

UNIVERSIDAD DE OVIEDO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO
FACULTAD DE DERECHO

Año XIV

1953 III

R E V I S T A

SECCION DOCTRINAL

- El postestamento judicial
comunal por D. Mariano Aguilar Navarro, página 37
- Acerca del Proyecto de Código de Comercio, por don
José Eug. Buzas, página 38.
- Ferros y afectos del reconocimiento de la filiación natural, por
don Alvarado García, página 46.

SECCION PRÁCTICA

- Algunos aspectos prácticos de la independencia judicial,
por D. Alvarado García, página 50.



JURISPRUDENCIA

- Tribunal Supremo, página 79.
- Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, página 87.
- Dirección General de los Registros y del Notariado, página 90.

SECCION INFORMATIVA

- Las Universidades de las Españas, página 107.
- El Congreso de la Asociación de Auditores de la Academia de Derecho
Internacional de El Haya, por E. S. S., página 114.
- Vida de la Facultad
- El recurso de ilegalidad contra los actos administrativos, por don
Gómez Alarcón, página 121.
- Sección del Estudiante
- "El convenio europeo de protección de derechos del estudiante", 4 de
noviembre de 1953, página 129.

1953 III - Trimestre - n.º 66

BIBLIOGRAFIA

- NUEVA SERIE
- Noticias bibliográficas, página 139.
- Noticias bibliográficas, página 141.

VOLUMEN I

SUMARIO

SECCION DOCTRINAL:

El protectorado dentro de una visión funcionalista del Derecho Internacional, por D. MARIANO AGUILAR NAVARRO, página 7.

Acerca del Proyecto de Código de Comercio Norteamericano, por don JOSÉ PUIG BRUTAU, página 28.

Forma y efectos del reconocimiento de la filiación natural, por D. MA-
NUEL ALBALADEJO GARCÍA, página 46.

SECCION PRACTICA:

Algunas cuestiones en torno al problema de la independencia judicial,
por D. VALENTÍN SILVA MELERO, página 65.

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Supremo, página 79.

Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, página 82.

Dirección General de los Registros y del Notariado, página 96.

SECCION INFORMATIVA:

La I Asamblea de las Universidades Españolas, página 107.

El Congreso de la Asociación de Auditores de la Academia de Derecho
Internacional de El Haya, por L. S. S., página 114.

Vida de la Facultad

El recurso de ilegitimidad contra los actos administrativos, por ALBI
GÓMEZ MORÁN, página 121.

Sección del Estudiante

"El convenio europeo de protección de derechos del hombre, de 4 de
noviembre de 1950", por don ANTONIO NARVÁEZ ACERO, página 130.

BIBLIOGRAFIA:

Recensiones, página 139.

Noticias bibliográficas, página 151.

SUMARIO

SECCION DOCTRINAL:

El preceptorado dentro de una visión funcionalista del Derecho Intercivil, por D. MARIANO AGUIRRE NAVARRO, página 7.
 Acerca del proyecto de Código de Comercio Norteamericano, por don José FRANC BUSTAMANTE, página 28.
 Forma y efectos del reconocimiento de la filiación natural, por D. MARÍA ARAZARDO GARCÍA, página 46.

SECCION PRACTICA:

Algunas cuestiones en torno al problema de la independencia judicial, por D. VALENTÍN DE LA MORA, página 63.

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Supremo, página 73.
 Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, página 82.
 Dirección General de los Registros y del Notariado, página 96.

SECCION INFORMATIVA:

Las Asambleas de las Universidades Españolas, página 107.
 El Congreso de la Asociación de Auditores de la Academia de Derecho Internacional de El Haya, por L. S., página 114.
 Vida de la Facultad.
 El recurso de legitimidad contra los actos administrativos, por ALFONSO GÓMEZ MORA, página 121.
 Sección del Estudiante.
 "El congreso europeo de protección de derechos del hombre de 4 de noviembre de 1950", por don ANTONIO NAVARREZ ALCARAZ, página 130.

BIBLIOGRAFIA:

Recepciones, página 139.
 Noticias bibliográficas, página 151.

“EL PROTECTORADO DENTRO DE UNA VISION
FUNCIONALISTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL”

— S U M A R I O —

El protectorado dentro de una
visión funcionalista del Derecho
Internacional

Por MARIANO AGUILAR NAVARRO

Acerca del Proyecto de Código
de Comercio Norteamericano

Por JOSÉ PUIG BRUTAU

Forma y efectos del reconoci-
miento de la filiación natural

Por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

“EL PROTECTORADO DENTRO DE UNA VISION FUNCIONALISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL”

SUMARIO: 1. Actualidad del tema.—2. Actitudes metodológicas.
3. El Protectorado y su realización histórica.—4. Falaces analogías.
5. Una explicación jurídica inadecuada. 6. Alienación proletaria y
alienación de pueblos. —7. El auténtico fenómeno del Protectorado
y la Organización Internacional.

I Actualidad del tema

La simple lectura de los periódicos bastaría para destacar la importancia que ha tomado el problema del protectorado internacional. El estudio de los trabajos de la séptima sesión de la Asamblea de las Naciones Unidas pone de relieve la repercusión que alcanza el tema del protectorado dentro de la convivencia internacional y de la organización de la Paz.

Uno de los hechos más característicos de nuestra hora presente es el fenómeno de la abierta rebeldía de los pueblos sometidos a grados diversos de sojuzgación. Como un reguero de pólvora se extiende por el Continente Negro el grito liberador. Entre los pueblos asiáticos la lucha por la emancipación se confunde con toda una acción profundamente revolucionaria en el orden de las estructuras sociales y económicas. Y frente a semejante panorama, nos encontramos con los viejos Estados europeos que mantienen la ficción de una protección internacional,

cuando ellos, a su vez, se ven compelidos a solicitar protección internacional, cuando ellos, a su vez, se ven compelidos a solicitar protección de terceras potencias y, en la misma represión del rebelde colonial, se sienten impotentes para sostener un estado de cosas que no pueden garantizar. La internacionalización real del conflicto de Indochina prueba hasta qué punto resulta inadecuada la explicación clásica del fenómeno de la protección internacional.

La vida política reposa sobre la acción de un aparato institucional y unos principios de legitimidad. En un momento histórico el principio de legitimidad, que logró imponerse a todos los demás asegurando una más efectiva lealtad del súbdito, fué la Nación Moderna (Ziegler). El progreso y las realizaciones potenciales de tal concepto no quedaron consumados totalmente. La experiencia ginebrina constituyó un planteamiento del tema, pero en modo alguno su solución. El régimen de las minorías nacionales y de los mandatos fueron malos sustitutos para la obligada realización universal del principio nacional. El fracaso de la Sociedad de las Naciones coincidió con el apogeo del nacionalismo hitleriano y el bolchevismo, que venían a revolucionar las poliformes fisonomías del nacionalismo. De hecho, el sistema burgués, que había constituido el clima favorable al nacimiento de la Nación, se mostraba ahora remiso y reservado para realizarlo en sus últimas consecuencias. No en vano tal realización suponía una nueva contradicción dentro del mundo burgués. La burguesía había creado unas libertades políticas para una minoría de individuos y un sistema de Estados Nacionales para un grupo privilegiado de comunidades humanas. La burguesía no estaba capacitada para garantizar a todos las libertades, ni para permitir que todos los grupos humanos alcanzaran el estatuto de Estados Nacionales.

La universalización de tales derechos individuales, así como la emancipación de los pueblos coloniales, representaba una auténtica revolución. No era problema que pudiera solventarse con meras declaraciones programáticas; lo que se hacía indispensable era un cambio de estructuras sociales y de formatos políticos. Y ésto no podía hacerlo la sociedad burguesa.

La emancipación colonial constituye el problema número uno de los que el Occidente tiene actualmente planteados. Acertaba plenamente Acheson cuando destacaba la prioridad de la cues-

tión colonial, llegando a situarla por delante de la obsesionante bipolaridad mundial que soportamos. La emancipación colonial no puede comprenderse si hacemos abstracción de lo que ha supuesto para la creación del gran capitalismo estatal la existencia de las colonias. No nos dejemos impresionar por el anticolonialismo norteamericano, pues, en tal caso, estamos en presencia de un capitalismo imperial, de un poder económico que corresponde de hecho a un gran espacio y que, como tal, no tiene la dependencia impuesta por la espacialidad, siempre reducida de un Estado moderno de configuración clásica. Lo que sí resulta comprensible es la actitud soviética. Los rusos comprenden perfectamente que la abolición de las colonias y protectorados tiene que resultar funesta para la conservación de las estructuras capitalistas.

La historia no camina rectilíneamente. Los hombres que pretenden una interpretación «more geométrico» de los hechos humanos incurren en graves errores. La complejidad de la existencia de los humanos no tolera automáticas sumisiones a esquemas lógicos trazados con mentalidad matemática. Y digo ésto, como reflexión al fenómeno histórico que actualmente presenciamos y que se manifiesta por un eclipse de fórmulas institucionales cuando aún muchos pueblos luchan por conseguir poseerlas. Cuando se percibe ostensiblemente el eclipse del «estado nacional», se operan, en lugares dispares, revoluciones y convulsiones profundas en la que se esgrime precisamente la aplicación de tal esquema político. Las viejas Naciones tratan de cobijarse en las estructuras federales (o los nuevos imperios) y pueblos, ayunos de madurez política, faltos de cultura creada, tratan de introducirse en la historia a través del pórtico de la Nación.

Un examen fugaz de estas apariencias nos llevaría a conclusiones peligrosas. Y por peligrosas estimo las concepciones que presienten una repetición de pasados movimientos de emancipación y unificación nacional. Los nacionalismos de finales del XVIII y de todo el XIX no son los que ahora se nos ofrecen con palpitante realidad polémica. Esos pueblos que se emancipan, lo hacen, en ocasiones, llevados de la mano de grandes potencias que los convierten en «Estados satélites» de realizaciones más o menos federales (piénsese en la comunidad de naciones británicas y en la constitución de la Unión Francesa); y, en otras circunstancias, vinculados a una bandera de revolución política de signo mesiánico y universalista. Son las Nacionalidades que

brotan traídas por fuerzas extremadamente internacionalistas. Aca-so no sea otra cosa que la confirmación plena de un proceso nacio-nalista que vino al mundo en un clima de real universalismo.

Nada tiene de extraño, al menos dentro de mi planteamiento, que este último nacionalismo esté pensado en función de un sistema de paz mundial. Lo que acontece es que el nacionalismo pasado nació dentro de la órbita de una filosofía social crédula en el teorema de la armonía de todos los intereses y en las atrevidas estabilidades sentimentales de Rousseau. Hoy la técnica del poder prevalece y convierte a todo fenómeno político en un aspecto parcial de una gran empresa tecnocrática. La historia del nacimiento del Estado Checoslovaco puso de relieve la aplicación de esos factores de técnica política (en aquel caso, esencialmente geopolíticos y estratégicos) en el proceso embriológico de la Nación. En la actualidad, el nacionalismo puede ser un simple expediente que se conjuga dentro de un mundialismo bastardo, en el que la figura de «Estado tapón» constituye el estímulo definitivo para el trazado de los mapas y el orto de los Estados Nacionales.

II Actitudes metodológicas

Realismo y autopismo se presentan con pretensiones dialécticas dentro del juego de los fenómenos sociales y políticos. Las dos posturas tienen su inmediata aplicación en el modo de tratar y entender el fenómeno del protectorado internacional. Existe una interpretación utópica que presenta dos dimensiones: positivismo jurídico (el protectorado entendido como un status de la personalidad internacional); moralismo cultural y humanitario (el protectorado explicado como realización de una sagrada misión de civilización).

El positivismo jurídico se limita a registrar la existencia de una relación jurídica, que se llama protectorado y que se interpreta de acuerdo a unas normas positivas. Dentro de tal mentalidad la nota contractualista predomina, y así el protectorado queda afincado en el seno de un tratado internacional, al que se pretende someter a las normas generales que rigen los pactos. El que el dato objetivo (acto fundacional), la nota subjetiva (alteración en la personalidad y capacidad internacional) y la realización funcional (misión y cometido del protectorado) no en-

cuentren una explicación correcta, preocupa menos a los positivistas que la dificultad de responder a la complejidad que ofrece el protectorado y la marcada intervención de la teoría de los «tipos» entendida como única salida a tamaña insuficiencia lógica. La ley fatal del positivismo, su nominalismo radical, queda reflejada en el triste destino de esta teoría positivista del protectorado, que tiene que contentarse con afirmar que es un concepto jurídicamente impreciso, difícilmente caracterizable y sólo comprensible por la invocación de un nombre, que también se discute.

Cuando los internacionalistas proclaman que el Protectorado constituye una fórmula mágica que responde a una necesidad sentida por todos los tiempos y que constituye una manifestación de generosidad en el orden internacional (Pillet), evidentemente están prisioneros por un marcado utopismo moralizante. Es una manifestación más del irrealismo y, al mismo tiempo, una dimensión especial de ese «moralismo» que tanto han fustigado los grupos personalistas de Mounier. Tal actitud viene a ser el compendio de todas estas corrientes, más o menos deformadas: moralismo aparential, progresismo puritano, modernismo historiográfico y culturalismo mesiánico. En realidad se trata de un optimismo pseudo-ideológico envenenado por la creencia (interesada) de una «élite» que se juzga encarnadora de las más sólidas virtudes. El puritanismo político y económico de la burguesía constituye el soporte de la empresa colonizadora que, crédula en los beneficios que reporta la acción de las grandes potencias capitalistas, piensa que el interés de los pueblos atrasados queda perfectamente satisfecho mediante su sumisión al poder de las potencias protectoras.

La interpretación realista se afina excesivamente en el plano material y político del fenómeno. Sólo quiere tener abiertos los sentidos para captar el puro derecho del poder. En estos autores el protectorado sólo representa una relación de poderes políticos en favor del más intenso y eficiente. En tal concepción, los protectorados constituyen meros síntomas de una política colonial y tan sólo representan el proceso de expansión de las grandes potencias. El realismo de estos pensadores les lleva a negar las posibilidades que entraña el fenómeno de la protección, que si bien es cierto que en su forma estatal resulta, en la mayoría de los casos, inconsecuente con sus propósitos, nada impide el reconocer la desigualdad táctica existente entre los pueblos. No puede

negarse la necesidad en que se encuentren muchas comunidades humanas de ser protegidas y ayudadas. Nada impide pensar en una relación de protección que tenga la augusta misión de llevar a buen término la defensa y ayuda a tales grupos humanos. Y todo ésto es, y debe ser, misión del protectorado internacional.

El positivismo jurídico mostraba en el protectorado—una vez más—su oposición a la realidad social y su desconocimiento de un proceso funcional. Los positivistas al originar la voluntad estatal como postulado omnicomprendivo en el Derecho internacional, se sometían a la férula de la ficción, y de la inconsecuencia. Todo fenómeno internacional tenía que ser explicado por la voluntad soberana de los sujetos internacionales, por su plenitud de decisión. Y, sin embargo, en el protectorado tenían que ingeniárselas de modo que la ausencia de esa voluntad (porque de hecho así sucedía) tenía que encubrirse con fórmulas ficticias. La protección respondía a un acuerdo de voluntades concluído entre sujetos plenamente soberanos. Se decía, inclusive, por muchos autores, que la Protección venía solicitada por el pueblo débil, y que en ningún caso podía pensarse en un protectorado impuesto en contra de la voluntad del protegido. La realidad era muy distinta, ya que en la mayoría de los casos la protección venía a ser la aceptación de una situación de fuerza y el sometimiento a la voluntad del Protector (Kelsen). Constituído el protectorado, todas las relaciones jurídicas quedaban pensadas conforme al servicio de la misma institución protectora. En el mejor de los casos, el protegido tenía que disponer su mismo aparato constitucional de modo que hiciera legalmente viable la dirección del protector. Los internacionalistas se veían forzados a reconocer: 1) que el protegido perdía su carácter de protagonista de una propia política internacional; 2) que el protegido era sustituido (o reemplazado) por el protector, que se erigía en representante necesario, en el obligado intermediario en las relaciones con terceros; 3) la voluntad del protector juzgaba del progreso y madurez del protegido, y, de hecho, se pensaba, en un protectorado perpetuo e irrevocable (infinidad de escritores señalan esta característica como uno de los rasgos típicos del protectorado). La conclusión obligada era negar la soberanía del protegido, y, en el mejor de los casos, admitir una personalidad reducida de tal sujeto internacional. Lo extremadamente curioso del caso radicaba en que se insistía en el carácter internacional que tenía la relación

entre protector y protegido, cuando de hecho en tal esfera se hacía más insistente la supremacía del protector; entre otras razones porque así lo reclamaba la misma misión protectora.

Al debilitar de tal modo los atributos del Estado protegido (en cuanto que su voluntad venía a ser confinada y sustituida en aspectos esenciales por la del protector), la relación contractual, con la que se explicaba todo el protectorado, quedaba en una situación radicalmente precaria. Al querer someter el protectorado a las leyes de los pactos internacionales, no advertían los positivistas las dificultades que ello entrañaba, debido, principalmente, a la sumisión del protegido. Esto se percibe muy significativamente al tratar de la extinción de los protectorados. La mayoría de los positivistas se limitan a declarar que tal fin del protectorado responderá a las leyes que resuelven la terminación de los tratados internacionales. Si examinamos detenidamente cuales son esos medios vemos hasta que extremo resultan inaplicables a la protección. Un protectorado no se estipula con un plazo determinado (con ello desaparece uno de los medios más característicos). El mutuo disenso supondría: 1) una situación paritaria de intereses y beneficios; 2) una similitud de voluntades. Nada de esto existe; los intereses entre protector y protegido son diametralmente opuestos en cuanto a la finalización del protectorado, y la voluntad del protegido —legalmente en cuanto a las decisiones internacionales (y el disenso en un tratado lo es)— queda sometida a la del protector. De hecho solo parece idónea la apelación a la «Cláusula rebus sic stantibus»; pero en tal caso la mutación de las circunstancias tendría que ser alegada y apreciada por el protegido, al que legalmente se le coloca, en la valoración de la coyuntura internacional, en una situación de dependencia. Solo queda abierto un camino: la guerra, y con él la protección muestra hasta qué punto resulta traicionada por el positivismo jurídico, que fuerza al Estado, que se sometió al protectorado por la violencia, liberarse de él por el mismo cauce. Scelle ha advertido la importancia que tiene la carencia de un sistema institucional que permite a la instancia supraestatal valorar ese cambio de circunstancias y pronunciar la terminación del Protectorado.

La concepción culturalista del protectorado evoca un auténtico despotismo ilustrado. La verdadera protección tendría la finalidad de crear —orgánicamente— la madurez estatal del protegido.

Tal empresa supone forzosamente hacer del Estado protegido el titular de una cultura (el Estado como empresa de cultura y comunidad cultural es algo que difícilmente puede desconocerse), que él mismo se labra en su propio quehacer. El protectorado estatal implica una discriminación de culturas, de modo que el protector se asigna la misión (y esto cuando el protector siente la grata misión de civilización) de imponer una cultura al protegido. Imponer una cultura supone establecer coactivamente una forma de vida que resulta extraña al protegido. Y así, en esta bárbara empresa de uniformidad cultural, el protector ha creado en el protegido un simple doble. La debilidad inicial del protegido puede concluir en una alienación total. La madurez del pupilo se ha alcanzado cambiando el alma de su propia comunidad. Con ello se hace irrealizable la madurez del protegido; es un magnífico sistema para esterilizar todo intento de emancipación. Piénsese que, los especialistas que han estudiado el fenómeno de la Nación Moderna, han advertido que la natalidad de las Naciones obedece al orto de una convicción, que hace de una comunidad un ente que se siente perfectamente diferenciado, con fórmulas propias con las que responder a la vida. Al protegido le faltarán esas fórmulas propias. Sus clases dominantes se habrán extranjerizado y, adquiriendo las formas de vida de la Sociedad protectora, pensarán que sus intereses peligran con la terminación del protectorado. Esto explica hasta qué punto los «pseudo gobiernos» de los pueblos protegidos son los más eficaces colaboradores de las potencias protectoras (especialmente cuanto la finalización del protectorado tiene que ser acompañada de una profunda revolución social; lo que fatalmente sucede, en cuanto que supone un levantamiento, una guerra, y esto en la actualidad viene acompañado de una revuelta).

El mesianismo cultural ha tenido una dimensión tremendamente espinosa para el mundo cristiano; me refiero a la actuación de las misiones de los pueblos blancos. Ya resulta alarmante (para un auténtico católico) que los gobiernos de las potencias coloniales hayan insistido en el valioso auxiliar que para la empresa protectora supone la actuación de las citadas misiones. Los Estados han querido hacer de ellas bondadosas introductoras de las glorias del protector y exponentes de su forma cultural y vital. Así, tales misiones religiosas, en algunos casos, han constituido lo que modernamente pudiéramos llamar comisiones cul-

turales extranjeras. La insistencia en presentar la equiparación entre cristianismo y cultura occidental, ha hecho destacar una limitación racial y geográfica que falsea al cristianismo y que está totalmente reñida con la verdad evangélica (el actual Pontífice ha denunciado sapientísimamente tal deformación). Las actitudes examinadas pecan de falta de verdadero realismo. No perciben que la realidad social es funcional, y que la vida de los pueblos no es otra cosa que la adecuación de unas instituciones al servicio de unos fines. Siempre que los órganos estén pensados para servir unas funciones, forzosamente resultará impuesta una interpretación funcionalista.

El protectorado internacional reclama un perfecto conocimiento de los fines que se persiguen, del problema que trata de resolverse. Conocidos estos supuestos resulta obligado pensar en la idoneidad de los medios puestos a su servicio. Sólo en una concepción solidaria y comunitaria de la vida internacional cabe pensar en una reclamación de protección. La aceptación de un bien común, de una total interdependencia de los pueblos, crea la situación real de tutor y pupilo. Es la existencia comunitaria, con su obligado abigarramiento y multiplicidad de realidades, la que puede permitir que el protectorado alumbre nuevas comunidades perfectamente maduras y auténticos miembros de la familia humana. La protección internacional es una manifestación de justicia social, de justicia distributiva (porque es carga para el protector y beneficio para el protegido), y tal forma de justicia resulta enviable en un sistema de poderes políticos estatales. Bajo el lema del «engrandecimiento de la patria ley suprema» no es imaginable un protectorado que responda a su finalidad.

III El Protectorado y su realización histórica

Se dice del Protectorado que es la fórmula moderna del vasallaje medieval. Esta indicación histórica nos es sumamente útil, entre otras razones por situarnos ante la perspectiva histórica del protectorado. Creo que sólo conociendo la realización histórica de nuestro fenómeno podremos llegar a comprenderlo y valorarlo.

El afincamiento del vasallaje en un sistema pluralista, feudal y comunitario, podía explicarnos cómo, en aquel entonces, se daba la finalidad protectora. Ha dicho Triepel (modernizando

fórmulas que pusiera en circulación Gierke) que la sociedad medieval se caracterizaba por el feudalismo, el federalismo, la pluralidad social y la hegemonía. Cada una de esas dimensiones encerraban posibilidades inmensas para captar la función protectora. El pluralismo social era una magnífica defensa contra los uniformismos nacidos de una sociedad movida por Leviathanes. El federalismo constituye la única técnica social susceptible de ambientar al pluralismo y de hacer de él el aliento que forme espiritualmente a la comunidad. El feudalismo entrañaba el sentido del deber y de la lealtad; del servicio y de la garantía. La hegemonía medieval era la realización de una misión providencialista, que hacía de los pueblos poderosos los guardianes de la paz y los ejecutores de la justicia. Para terminar, pensemos que todo aquel sistema estaba humanamente sentido e interpretado, y que, en la compleja pirámide de los pactos feudales, alternaban feudos de comunidades sociales y protecciones de hombres.

El Rey y el Capital estaban llamados a ser leales aliados en la tarea de instaurar el Estado Moderno. Lo que el capitalismo y las monarquías absolutas deben a los protectorados, en su progreso de nacimiento y engrandecimiento, la historia lo ha probado con abundancia de datos. Nadie desconoce cómo las colonias constituyeron el bastión en que se asentó definitivamente la supremacía del Rey y su independencia de la nobleza. Las colonias «patrimonio del Rey» fueron la baza fuerte que jugó el Monarca para instaurar su absolutismo.

El capitalismo necesitaba de la gran empresa de Ultramar. Sombart pone de relieve de qué modo la actividad económica, que suponía el equiparar las escuadras colonizadoras, fué un factor decisivo en la creación del capitalismo, al dar nacimiento a un comercio de mercaderías que se controlarán masivamente. Todo el ulterior proceso del gran capitalismo está en estrecha dependencia del mantenimiento de la situación colonial.

Uno de los méritos más destacados que presenta la monografía de Heilborn, consiste, a mi modesto entender, en la introducción histórica que precede al examen del fenómeno jurídico. La protección —dice Heilborn— ha nacido llevada por la Ley del engrandecimiento de los poderes europeos. Persiguiendo tal propósito, han sido después las circunstancias las que han moldeado convenientemente la figura jurídica. Asimilación, compañías coloniales, alianzas con los príncipes indígenas, protectorados y

alianzas; todo ello ha servido para cumplir el propósito de fortalecerse mediante el control de otros pueblos.

El Estado Moderno (especie de demiurgo) algo así como un volcán de fuerzas que lo mismo pueden encauzar que desorbitar la realidad social. El Estado no es sólo el ángel pacificador y ordenador de los clásicos (Maquiavelo, Bodino y Hobbes); es también un estímulo a la violencia y a la aventura. Y lo era más en sus momentos iniciales, cuando la impronta de la aventura renacentista estaba aún fresca. El Estado y sus Hombres surgían como aventureros y rebeldes, y necesitaban campo abierto para desahogar su violencia. No era fácil someter a la ley al Estado, y fué, por ello, que aquellos países descubiertos, situados más allá de las líneas de la amistad, constituyeron magnífico escenario en el que quemar la vitalidad de unos hombres y de un Leviathan. Al Estado incipiente le remordía la conciencia el sojuzgar a pueblos cristianos; en tanto que estimaba seguir viviendo en el clima espiritual del Medievo marchando a conquistar (evangelizando) nuevas tierras. Podía tener el Estado una doble cara: generoso y liberal ante Europa; dominador y batallador en las colonias. Inglaterra, que ha sido la potencia que más sabiamente ha manipulado la técnica del poder político estatal, supo comprender esta dualidad de comportamientos, y actuó, invocando en Europa la defensa del imperio de la ley y de la medida, y realizando en los otros Continentes una política de fuerza y anexiones.

Diversos internacionalistas (entre otros, Louter y Merignhac) han fijado su atención en descubrir la utilización que una política de equilibrio de poderes ha venido haciendo de la institución del protectorado internacional. Modernamente, el profesor Duncan Hall ha expuesto maravillosamente tal utilización en la forma de «entidades políticas» que, con diversas nomenclaturas, sirven para dar vida a la extensa franja «neutralizada» que reclama la existencia de una frontera internacional. La Sociedad internacional moderna ha surgido con el propósito de garantizar una situación jurídica de privilegio que habían pactado las grandes potencias (los fundadores del Sistema de Estados). Todo el orden internacional ha venido reposando en el mantenimiento de este «statu quo», de este equilibrio. En un principio la tarea no era del todo difícil, en cuanto que el volumen de poder que se exigía para gozar del concepto de Gran Potencia no resultaba

excesivo. Al progresar la vida social (al hacerse más compleja) aparecieron nuevas necesidades y nuevos instrumentos de poder. La progresión en pos del Poder originó una «criba» en las Grandes Potencias, y las que se sostuvieron lo hicieron mediante «nuevas ampliaciones» de poder. Esta ha sido la misión de los protectores y de las colonias, el otorgar los medios idóneos para confirmar la mencionada aplicación de poderío. El fenómeno se percibe muy claramente a partir de la célebre conferencia internacional de 1878 (piénsese en las pretensiones francesas e italianas sobre Túnez).

El Orden Europeo se ha asentado en los pilares de la empresa protectora. Estable la obligarquía europea, ha sido factible prolongar la hegemonía de nuestro Continente. Europa comienza a declinar después de 1919 cuando sus posesiones se hacen inseguras. Europa se ve obligada a una transformación radical desde el instante en que hay que dar por finiquitada la acción protectora. La Hegemonía de los pueblos oligarcas europeos (que no lo fué de Europa como tal) dará paso a la rectoría de Europa como Continente, al cual le es posible y necesaria la sagrada misión de contribuir al perfeccionamiento de otros pueblos, para que, por un proceso de creciente personificación, vengán a constituirse en miembros de una auténtica comunidad de pueblos y ciudadanos.

Hay internacionalistas (tal es el caso de Merignhac y Heilborn) que captan una relación entre el protectorado y la emancipación colonial. La historia política nos muestra casos en los que los estados se han ofrecido como adelantados de una liberación colonial, utilizando, al efecto, la institución protectora. De este modo, volveríamos a vislumbrar el vínculo existente entre el protectorado y ciertas formas de federalismo. Son ejemplos de una hegemonía que obedece a la ley del poder físico decreciente (Triepel), con el propósito de obtener el máximo de eficiencia diplomática operativa. En estos casos, la actuación liberadora acompaña a propósitos mesiánicos, que convierte a ciertos pueblos en adelantados providenciales (ésto explicaría la actitud de los pueblos anglosajones, en los que el mesianismo arranca de Milton).

La apoteosis del mesianismo —en el orden colonial— queda adscrita a la expansión de los totalitarismos. Fascismos y bolchevismos se han pronunciado por un anticolonialismo radical. Los nuevos órdenes totalitarios han puesto en práctica las viejas

fórmulas romanas, y de las alianzas desiguales y de las clientelas han hecho el sustitutivo de las colonias y de los protectorados. De seguro que en ambos casos nos encontraremos con una explicación profundamente sociológica y política. Frente a las formas protectoras egoístas de una sociedad judía y demoliberal, los sistemas totalitarios han hallado el medio orgánico de integrar a los pueblos atrasados en una empresa comunitaria. Este es el lenguaje querido de los pensadores totalitarios.

IV Falaces analogías

El Derecho internacional ha utilizado dos analogías. En un caso nos ha hablado del protectorado internacional como medio concreto de realizar, en determinadas circunstancias, la función de protección internacional. Modernamente se ha preferido hacer uso de la tutela privada, para decir que, como en la citada institución, el protectorado internacional es la presencia benefactora de un poder tutelar.

La primera equiparación ha quedado abandonada, y son ininidad los escritores que tratan de separar protección y protectorado, alegando que en la protección estamos ante dos sujetos internacionales con absoluta igualdad de estatuto jurídico, en tanto que en el protectorado se produce una desigualdad de situación jurídica (en este sentido, es interesante la consulta de las apreciaciones que, sobre el particular, emiten Heilborn, Kunz y Venturini). Al divorciarse (o diferenciarse) las dos figuras jurídicas de protección y protectorado, se ha recurrido a la institución de la tutela. Se trata de una idea tiernamente acariciada por la literatura internacionalista (así Gemma, Fauchille, Starke, Scelle, Schwarzenberger, etc.). Se dice que al protector le corresponde cumplir la misión del Tutor, y que el protegido tiene una situación perfectamente comparable a la del Pupilo.

Frente a tales pretensiones podrían alegarse un cúmulo de argumentos. Podría iniciarse la refutación poniendo de relieve la peligrosidad que encierra toda analogía de situaciones privatistas con las propias del orden internacional. Se haría valer que la estructura individualista y sumamente compleja del orden internacional no es apropiada para el trasplante de instituciones privadas (así se expresa Sereni hablando de la representación). Lo esencial es destacar que la tutela reclama una concepción

comunitaria de las relaciones y un bien común sobre el cual se trazan las realizaciones de la justicia distributiva. Porque de momento nada de ésto ha existido, es por lo que negamos (a priori) que la protección estatal haya podido ser una transplatación de la tutela. Cuando Scelle afirma que no está institucionalizada la acción de control de los protectorados, con su declaración nos suministra el argumento definitivo contra la equiparación propuesta. El que ciertos internacionalistas, comentando los pasajes de Vattel sobre la finalización (extinción) del protectorado, concluyan alegando que prácticamente no pueden llevarse a feliz término las decisiones del clásico, no es sinó prueba evidente de que resulta imposible presentar el protectorado como un supuesto de tutela.

El fondo de justicia social que representa la tutela crea unas instituciones en las que la garantía del cometido encuentra debido tratamiento legal. Bien en la fórmula romana de los órganos familiares que controlan la actuación del tutor; bien en la modalidad germánica, en la que es la misma Sociedad la que crea sus órganos para vigilar al tutor; en todo caso, resulta característica de la tutela esa supervisión del grupo sobre el tutor. En el orden internacional, el Estado protector es un poder omnímodo que se niega a presentar cuentas de su gestión y que alega que la apreciación de su acción tutelar es algo que a él sólo corresponde efectuar (de caso típico de competencia reservada se ha venido hablando, y como tal la ha definido la diplomacia francesa ante la séptima Asamblea de las Naciones Unidas).

V Una explicación jurídica inadecuada

Un análisis minucioso de la teoría jurídica del Protectorado no corresponde a la finalidad del presente trabajo (en otro lugar y momento prometemos hacerlo). Aquí nos vamos a limitar a señalar cómo los momentos constitutivos, los rasgos decisivos de la teoría jurídica del protectorado desmienten la justificación que se le pretende conceder. Nuestra tesis, sencillamente expuesta, queda contenida en estos términos: un verdadero protectorado supone una acción tutelar, que sólo es factible en el seno de una comunidad internacional y ejercida en nombre de la comunidad y al servicio del bien común. En una asociación de Estados (que no otra cosa es la actual comunidad internacional)

prevalente el egoísmo estatal, resulta totalmente imposible fraguar una tutela internacional.

Los perfiles más señalados de la teoría jurídica del protectorado son: 1) el acto constitutivo supone un pacto internacional; 2) las relaciones jurídicas que nacen del protectorado son muy diversas, pero quedan reglamentadas por partida doble: unos principios generales y la ley que representa el tratado de protectorado; 3) la finalidad del protectorado es defender al protegido contra: la amenaza exterior, la incapacidad doméstica y las revueltas intestinas; 4) las diferencias, que puedan suscitarse entre protector y protegido, tienen relevancia internacional y serán solventadas mediante la aplicación de los medios pacíficos que el Derecho internacional ha arbitrado; 5) el tratado de protectorado concluye cuando se produce alguna de las circunstancias, que la ley general de los tratados juzga como idónea para extinguir la relación pactada. Veamos, muy brevemente, qué vigencia (y qué eficiencia) tienen estos apartados.

La mayoría de los internacionalistas se han manifestado por la tesis de que sólo mediante un acto jurídico internacional puede constituirse un protectorado. Posteriormente se han indicado diversidad de supuestos, y se ha dado entrada al tratado, pero también al acto unilateral. Frente a los que han destacado la importancia del acto jurídico constitutivo (tratando de legalizar «ab initio» el protectorado) modernamente se ha destacado Venturini, para el cual lo esencial no es el acto jurídico sino la situación fáctica que pone de relieve una relación de sumisión. Si fuéramos muy escrupulosos en la exploración técnico-jurídica, podríamos distinguir entre el supuesto fáctico (situación de sumisión) y la constitución normativa que da relieve, en el Derecho, a la anterior circunstancia. En nuestra concepción funcionalista, el acto normativo constituye el comienzo del tratamiento funcional (y más en el protectorado, en el que el tratado es la ley fundamental de la relación). Sería obligado que la Comunidad internacional tuviera medios e instituciones para hacerse presente en el acto con el que se introduce una situación en el ámbito jurídico del protectorado. Nada de esto acontece en la práctica. El protectorado no es un acto típicamente voluntario (y no se esgrime la explicación que vale para justificar la obligatoriedad de los tratados de paz, pues ya la analogía de los argumentos convierte en sospechosa la tesis que sigue hablando de una tutela, a la que

se aplican principios que valen para poner fin a una guerra y garantizar la sumisión a una derrota). El Protectorado surge, en la mayoría de los casos, como una capitulación, y en otros muchos viene precedido de una alianza (potencialmente ilícita) en la que los Estados convienen la futura partición del Estado al que se someterá a protección.

La complejidad del Protectorado es de tal intensidad que un sector de la doctrina ha creído obligado el desistir de hablar de la institución del Protectorado; no habría Protectorado sinó una complejidad e infinidad de situaciones de protección. Dando por válida la crítica a tal interpretación, siempre queda patente el hecho de que la reglamentación general es sumamente reducida y que la ley verdadera del Protectorado está contenida en el tratado (en este sentido Brieryly, Kunz, Le Für, Hatsckek, etc.). Este hecho pone más en claro el carácter individualista, político y egoísta que tiene el Protectorado, y que es lo que le excluye de un régimen institucional (y de una función). Cuando se pretende señalar los rasgos esenciales, que son los que autorizan a juzgar una situación como de Protectorado internacional, se hace simplemente alegando una descripción funcional. Y, así, se señala que es esencial al Protectorado (y que la anotación es suficiente) el que exista una intromisión autorizada del protector con el propósito de hacer cumplir la garantía y la protección dispensada. Con tal proceder, los juristas se remiten a una apreciación sociológica, que saben ellos que vendrá a desmentir la afirmación legal, que reconoce existente el protectorado internacional.

El que los juristas clásicos valoren en tan alto grado el aspecto funcional, tiene una significación profunda para nosotros. En definitiva, ha quedado en suspenso todo juicio sobre la viabilidad del protectorado. En la realización de la empresa protectora, tiene que encontrar la teoría jurídica los credenciales que permitan seguir hablando de un auténtico protectorado. Las funciones asignadas han sido cínicamente elegidas, y son totalmente ilógicas en el momento internacional actual. Vattel consagró la idea de que el Protectorado nacía con el propósito de defender a los pueblos débiles contra la amenaza de una agresión externa. Hoy se ha cambiado totalmente la estimación de la agresión externa, de los modos de hacerla frente. Nada tiene de extraño que, en épocas en las que: 1) se admitía el derecho a la guerra; 2) se confiaba exclusivamente en la fuerza militar y en las alianzas

para levantar una acción de defensa resultará justificable que se viera en el Protectorado una fórmula de defensa (era una alianza, y como tal la consideraba Vattel). La Seguridad colectiva (única viable en nuestro mundo) tiene otros medios para defender a los pueblos del crimen internacional y se encarga a la comunidad el reprimirla, resulta anacrónica la existencia de las viejas alianzas protectoras, que no hacen sinó desmentir los postulados de la seguridad colectiva. La internacionalización del problema de Indochina prueba palmariamente lo insostenible que es la primera función asignada al Protectorado estatal.

La incapacidad doméstica de los pueblos, era otro de los alegatos que justificaban el protectorado internacional. Dejemos a un lado el dato político-histórico de que la mayoría, de las potencias protectoras de nuestros días, están situadas ante enormes dificultades económicas que les coloca en situación de Estados que solicitan (paradójicamente) que se les proteja, y limitémonos a dos consideraciones: 1) que el Protector en todo momento resulta más celoso defensor de sus intereses (de los de sus colonos) que de los del protegido (la actuación francesa en Marruecos y Túnez es un alegato continuo en tal sentido), y que el protectorado ha nacido históricamente para engrandecer al protector; 2) que en ocasiones, el protector ha utilizado al protegido (debilitándole) en empresas políticas de la Metrópoli (así, guerras) que nada tenían de común con el cuidado debido a un pupilo. La ayuda económica y cultural a los pueblos atrasados tiene que encauzarse por medio de instituciones internacionales (en tal sentido se ha pronunciado la carta de la ONU y cabe interpretarse de igual modo el último discurso del presidente de los EE. UU.). Como misión del Protectorado se ha señalado la defensa del gobierno (o régimen político, dinástico, etc.) del Estado protegido contra posibles revueltas internas (Heilborn y Kunz). Infinidad de comentaristas han advertido de qué modo este propósito puede traducirse por una acción obstructora, que las autoridades indígenas despliegan en contra de los intereses de sus propios pueblos (así se percibe en ciertas actitudes de notables marroquíes). Nace un pacto entre protector y autoridad protegida, por el que se da intervención al primero, alzándole en juez condenatorio de las reivindicaciones populares. Aquí, el protectorado se convierte en una intervención política intolerable.

En toda exposición del Protectorado encontramos afirmada

solemnemente la existencia de unos medios jurídicos internacionales que resuelven litigios que pueden darse entre protector y protegido. La unanimidad en la afirmación no nos releva de examinarla. No basta la afirmación general; es necesario probar que medios pacíficos concretamente podrán ser utilizados. Si pasamos revista a los que el Derecho internacional considera como medios pacíficos, veremos que ninguno es normalmente practicable. Mal puede invocarse el arbitraje, decisión judicial, mediación, conciliación y buenos oficios, cuando se sostiene que la relación entre protector y protegido pertenece a la competencia doméstica del protector y se piensa que ello equivale a negar la justiciabilidad de todo litigio. Sólo por la vía indirecta (cuando un tercero se siente lesionado por la conducta del protector, como fué el caso de los decretos tunecinos y de las reclamaciones de los E.E. UU. por la política económica discriminatoria de Francia) cabe introducir una instancia internacional en la valoración del Protectorado. Sólo resultan viables las negociaciones diplomáticas entre las partes del Protectorado (a las mismas se refirió la resolución de la ONU en el caso de Marruecos y Túnez), pero éstas vienen a ser el simple reflejo de la «constelación de las fuerzas políticas» en presencia (y, por lo mismo, estimulan a situaciones de violencia, así se ve en el proceso tunecino).

No creemos necesario detenernos en un examen de la inconsistencia que presenta la doctrina clásica respecto de las formas de extinción del protectorado. Bastará advertir que en las monografías y obras generales es la parte tratada con mayor desgana, y donde el desaliento adopta fórmulas expresivas de impotencia. En suma, nada fundamental de lo propuesto por la teoría clásica del Protectorado estatal queda incólume cuando se analiza funcionalmente la institución. El protectorado estatal no puede ser entendido como protectorado. Ya las discusiones sobre su terminología resultan sintomáticas (ver las consideraciones de Traver Twiss, Gemma Kiszr Niemeyer, Lawrence, etc.).

VI Alienación proletaria y alienación de pueblos

Una de las ideas más queridas del marxismo ha sido la de la alienación como síntoma característico del proletariado. Tal noción ha seguido vigente en los estudios sociológicos y ha sido completada con consideraciones que caen dentro del campo de la

psicología y de la psiquiatría. El proletario es un hombre alienado (en otro sentido se ha dicho que es un desarraigado) en cuanto que se ve forzado a vivir «dándose» en su totalidad, convirtiéndose en mercancía que se enajena. Este vivir una vida que no le es propia; el tener que transformarse en objeto, es lo que hace vincularse con una realidad orgánica, como es una auténtica sociedad política. Su situación de desarraigado nace, precisamente, de la convicción que alienta en sus actos de que siempre le resultará imposible conseguir un dominio sobre algo de su propia existencia. La influencia que puede tener la situación del proletariado en el crecimiento de la inestabilidad social y en el orto de los sistemas totalitarios se percibe incidentalmente en los últimos trabajos de Brugmans.

No han sido los marxistas, sino más bien los fascistas los que han transportado al ámbito de la política interestatal la distinción entre proletariado y burguesía. Una de las ideas más obsesionantes de los últimos años del fascismo italiano fué la creencia en la distinción entre pueblos proletarios y pueblos capitalistas. Los pueblos proletarios serían también comunidades alienadas, grupos humanos a los que les resultaba imposible forjarse un propio quehacer. Y entre estos «pueblos-objeto» figuran en primer término las colonias y los protectorados.

Lo que es curioso señalar, es que el plano socialista doméstico no se corresponde siempre con el panorama socialista internacional. Los representantes del Movimiento socialista para los Estados Unidos de Europa, inspiradores de la constitución de una izquierda europea, han acertado a registrar el divorcio existente entre un socialismo estatal (muy contagiado por los esquemas del Estado burgués) y un posible socialismo internacional, el cual superaría la actitud clasista para propugnar una nueva revolución, que algunos califican de la revolución del siglo XX (totalmente diferente de todas las anteriores, por ser revolución de estructuras universales). Las dos actitudes del socialismo han quedado marcadas en las reuniones socialistas de Rangun, en las que los prohombres socialistas asiáticos han criticado la conducta del socialismo europeo por no querer comprender, junto al fenómeno de la alienación de los hombres, el hecho de la alienación de los pueblos.

Si el orden interno está sumido en un caos y en una crisis total, al no poder encauzar al proletariado. El orden internacional

queda totalmente falto de soportes al mantener la condición de los pueblos alienados. Esto confirma, una vez más, la exactitud de la apreciación que Acheson hizo figurar en el prólogo al «libro blanco» sobre China. Lo terriblemente grave es que los occidentales, por el temor y cansancio que sufre la burguesía, se han dejado coger en la trampa del planteamiento bolchevique, y, por reacción de temor, han aceptado como indispensable una defensa del «statuo quo», es decir del mantenimiento de los pueblos alienados.

VII El auténtico fenómeno del Protectorado y la Organización Internacional

No pretendemos explicar, en toda su amplitud, la teoría del protectorado verdaderamente internacional que hay que oponer nitidamente al estatal. Limitándonos a los rasgos que estimamos más salientes, y, en espera de un análisis más detenido, que de momento demoramos, tenemos los aspectos que siguen: 1) la visión estatal del Derecho internacional ha sido superada y con el positivismo se hunde el monopolio estatal, que tan nefasto ha sido para el progreso del jus gentium; 2) el nuevo jus gentium (en oposición al inter gentes) tiene la finalidad de crear las nuevas condiciones de vida de una sociedad más humana y fraternal; 3) el futuro orden, por su fondo humanista, debe volver a afincarse en la consideración privilegiada de los hombres y de los grupos sociales menores; 4) la protección deberá dispensarse en sentido humano, preocupándose de la suerte de los individuos, y proporcionándole los esquemas sociales que le faciliten en su más perfecto desenvolvimiento moral (la comodidad moral de que hablaron los clásicos); 5) la protección sólo puede comprenderse sobre la base de la primacía del bien común y de los postulados de una auténtica justicia social; 6) se impone una planificación en defensa de la libertad, en favor de la incorporación a mejores condiciones de vida de todos los grupos humanos (se trata de un dirigismo especial, que es aceptado por los mismos representantes del liberalismo; así Madariaga reconoce que en los grandes espacios cabe la planificación sin atentarse a la libertad); 7) la organización internacional ha de encontrar, en la tarea protectora, la dimensión más firme de su realización; ya Carr presintió cómo las fórmulas de un nuevo orden internacional

deberían apuntar tareas iniciales de creación en común de nuevos supuestos sociales y económicos (la asistencia a los pueblos atrasados constituye tal misión), y es que tal realización puede suponer el nacimiento de un nuevo principio de legitimación, de una nueva lealtad que se polariza en torno de la comunidad internacional, y que ha surgido al reconocer el hombre que tal comunidad ha sido la única que ha convertido en realidad la aspiración máxima del hombre: alcanzar iguales posibilidades para todos y en todos los lugares; 8) una auténtica tutela internacional tiene que ser creada por la organización internacional, la cual se reserva la suprema competencia para ordenarla y realizarla; 9) la evolución histórica del Derecho internacional moderno encontraría en el mismo tema (con soluciones distintas en el inicio y en el epílogo); pues, surgido en la tarea del descubrimiento y subsiguiente sumisión de nuevos pueblos, concluiría con la integración de los mismos en una superior síntesis. Todo parece indicar que el Maestro Vitoria, al definir su concepto máximo de la comunidad natural del género humano, presintió cual sería la dirección que debería proseguir el Derecho de Gentes para corresponder a su realidad social; a esa comunidad de todos.

MARIANO AGUILAR NAVARRO

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

ACERCA DEL PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO NORTEAMERICANO

I El movimiento codificador en los Estados Unidos

Los modernos estudios de Derecho comparado permiten afirmar que los países de tradición jurídica romana, y los de *common law* se aproximan lentamente o evolucionan en sentido convergente. El acercamiento se logra a base de superar creencias opuestas: en los países de Derecho civil codificado, la errónea convicción de que la jurisprudencia no es fuente de Derecho, y en el mundo anglosajón, la creencia opuesta de que un sistema jurídico sólo puede resultar del Derecho que hacen los jueces. (1)

Conviene recordar que, hasta mediados del siglo XIX, los actos de promulgación legislativa eran considerados como remedios excepcionales en los países de *common law*. Sólo se recurría a ellos en algún caso concreto, para corregir ciertos defectos en el desarrollo natural del Derecho a través de la casuística judicial (2). La ley (*statute*) sólo era considerada como una *addenda* y *errata*

(1) Véase Jean BLONDEEL, «Le Common law et le Droit civil», *Revue Internationale de Droit Comparé*, octubre-diciembre de 1951, página 585 y ss.; E. M. METJERS, «Case Law and Codified Systems of Private Law», *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 33, págs. 8-18. Una interesante comparación entre el Derecho inglés y las modernas tendencias que se manifiestan en el Derecho alemán puede verse en el sugestivo libro de Georg DAHM, *Deutsches Recht* (1951), págs. 69-72.

(2) Véase Arthur LENHOFF, «Optional Terms and Required Terms in the Law of Contracts», *Michigan Law Review*, vol. 45 (1946), pág. 41.

del *common law*, sin que puedan desmentir esta visión peculiar del Derecho común anglosajón ciertas tentativas para sistematizar el Derecho inglés que aparecen en su historia. La confusión queda fácilmente evitada si se tiene en cuenta el distinto carácter que pueden tener las intervenciones legislativas.

Con una misma palabra, «legislación», cabe aludir a dos fenómenos diferentes. En nuestros días, a impulso del movimiento de intervención estatal, se piensa de manera preferente en el aspecto de la legislación que significa la implantación de nuevas fórmulas de convivencia social por parte del poder público. Pero es más antigua la idea de que el legislador no tiene a su alcance la realización de una obra de creación jurídica y que sólo puede sistematizar el conjunto de normas existentes.

Se ha dicho que «la convicción de que el Derecho no puede ser creado de manera consciente quizá es tan difícil de comprender para la gente moderna como lo hubiese sido la convicción opuesta para la gente de la Edad Media» (3). Esta concepción medieval penetró en el *common law* con más fuerza que en otro sistema jurídico, a pesar de estar en abierta contradicción con la realidad de un Derecho hecho por los jueces. La creación jurídica a través de la actividad judicial y de la solución caso por caso de los nuevos problemas, permitió que perdurase la versión tradicional de que las decisiones de los Tribunales eran simplemente declarativas del Derecho vigente. Un sistema jurídico que evolucionaba sin necesidad de actos formales de promulgación legislativa, podía acomodarse fácilmente a la convicción de que no se alteraba (4).

(3) Arthur von MEHREN, «The Judicial Conception of Legislation in Tudor England», en el volumen *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, Nueva York 1947, pág. 751.

(4) Roscoe POUND, en su libro *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921, págs. 182-183, habla de que existe «un elemento común en las dos doctrinas fundamentales del *common law*, la doctrina de los precedentes y la doctrina de la supremacía de la ley. El mismo espíritu las inspira. La doctrina de los precedentes significa que las causas han de ser juzgadas por principios alcanzados inductivamente a base de la experiencia judicial del pasado, y no por la deducción apoyada en las reglas establecidas arbitrariamente por el poder soberano. En otras palabras, la razón y no la voluntad arbitraria ha de ser el fundamento decisivo de la sentencia. La doctrina de la supremacía de la ley puede reducirse a la misma idea. Es la doctrina de que el soberano y todos sus mandatarios han de ajustar su conducta a ciertos principios y no al arbitrio de su voluntad; están obligados a seguir la razón, en lugar de ser libres para seguir el capricho».

Quando semejante ficción quedó desenmascarada, las meditaciones de los juristas anglosajones siguieron centradas en el Derecho creado por los jueces. El movimiento realista americano, a partir de HOLMES, no permitió abrigar dudas acerca del valor de creación jurídica que ha de ser reconocido en las decisiones judiciales. Se produjo entonces «la revolución pragmática contra el árido conceptualismo en el Derecho» (5), que ha puesto al descubierto que los jueces, no sólo deben aplicar ciertos criterios o puntos de vista de política jurídica, sino que de hecho lo hacen en forma muchas veces encubierta bajo la apariencia de una argumentación lógica (6).

Con todo ello, el Derecho legislado (*statute law*, en oposición a *common law*) todavía no tiene asignado o expresamente reconocido un papel de primera magnitud en el desarrollo del Derecho. Un trabajo de Julius COHEN, publicado en abril de 1950 (7), llama la atención sobre el hecho de que el realismo jurídico se haya preocupado exclusivamente del problema de la creación del Derecho a través de la función judicial. Por ello pide que se reconozca que también el poder legislativo crea Derecho y que en consecuencia, no le hace menos falta adoptar una actitud realista para que las leyes estén fundadas en los resultados alcanzados por una auténtica ciencia del Derecho, esto es, la que se funde en la observación de los efectos que produce la incidencia o el «impacto» de las normas en la conducta social.

Nos hallamos, pues, ante el reconocimiento expreso de la función creadora que incumbe a la legislación en los países de *common law*, de la misma manera que en los países de Derecho civil codificado cada día se reconoce más importancia al desarrollo del Derecho a impulso de las decisiones de los Tribunales. La primera tendencia se suma a la convicción, ya antigua en el mismo Derecho anglosajón, de que la legislación puede intervenir, no como poder creador de Derecho, sino para introducir claridad

(5) Afirmación de Julius COHEN, al empezar su artículo «Towards Realism in Legislation», *The Yale Law Journal*, vol. 59, abril 1950, página 886.

(6) El último trabajo de que tenemos conocimiento sobre uno de los temas preferidos por la especulación doctrinal de los juristas norteamericanos, el de la verdadera función de la lógica en la vida del Derecho, es el de Lee JOEVINGER, «An Introduction to Legal Logic», *Indiana Law Journal*, verano de 1952, vol. 27, n.º 4, pág. 471 y ss.

(7) El citado en la anterior nota 5.

en el conjunto de normas jurídicas vigentes. Como es sabido, BACON había proyectado recopilar el *common law* en unos pocos volúmenes, en un digesto, en el que trabajó, según parece, mientras estuvo encarcelado. Pero, aparte de otras proposiciones o tentativas en tal sentido, el gran campeón inglés de la codificación fué BENTHAM (8). En los Estados Unidos de América del Norte, el movimiento codificador ofrece, a mediados del siglo XIX, la gran figura de David Dudley FIELD, cuya polémica con James C. CARTER, a propósito de las ventajas o inconvenientes de la codificación, puede considerarse como la versión americana de la gran controversia entre SAVIGNY y THIBAUT sobre la misma cuestión en el mundo romanizado. (9).

Legislar con carácter innovador sobre puntos concretos y sistematizar el Derecho existente por medio de la intervención del poder legislativo, son fenómenos diferentes. Poco tampoco cabe diferenciarlos de manera absoluta. La formación de un digesto o de una reexposición del Derecho vigente casi resulta imposible sin introducir alguna modificación. Tanto más cierto esto aparece cuando el Derecho que se ha de ratificar y exponer en forma clara es el resultante de la casuística judicial. Hay que transformar entonces el valor ejemplar de los casos en el valor preceptivo de las reglas. E. S. ROBINSON diría que se trata de la transformación de las parábolas en proverbios (10). La tarea no es fácil, pues, como afirma alguien que tiene experiencia en la materia, no siempre resulta indudable, qué regla puede ser

(8) Cfr. Alison REPPY, «The Field Codification Concept», en el volumen *David Dudley Field-Centenary Essays*, Nueva York 1949, pág. 47, nota 150.

(9) Roscoe POUND, *The Spirit of the Common Law*, pág. 151: «Las doctrinas de la escuela histórica fueron enseñadas por primera vez en este país en un curso de conferencias que dió Luther S. CUSHING, en la Escuela de Derecho de Harvard, en 1849 y publicadas en 1851. Es interesante hacer notar que James C. CARTER era estudiante de Derecho en Harvard en el último año en que se dió dicho curso; sin tener en cuenta la impresión indeleble que producen las primeras enseñanzas que se reciben, resulta difícil comprender que un jurista de su talla asintiese dogmáticamente a los puntos de vista de Savigny en 1905». Véase, también, del mismo POUND, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico* (traducción española de *Interpretations of Legal History*), Barcelona 1950, págs. 48-49. Para todo lo referente a la obra codificadora de David Dudley FIELD, a la que se oponía CARTER, es fundamental el libro que hemos citado en la nota anterior.

(10) Véase E. S. ROBINSON, *Law and the Lawyers*, Nueva York 1937, pág. 213 y ss. Véase también, sobre lo mismo, nuestro libro *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona 1951, pág. 207 y ss.

inducida de una serie de casos relativos a un mismo problema. (11). En todo caso, codificar no puede ser equiparado simplemente a legislar, tanto si esta última actividad se entiende en el sentido de introducir alguna reforma o innovación parcial como en el de preparar un digesto o recopilación de los materiales jurídicos existentes. Como se ha dicho, codificar implica que se combinan en diversa medida las siguientes tareas: la formación más precisa de las reglas existentes que deben ser conservadas, la revisión de las que han de ser adaptadas a nuevas circunstancias y la creación de reglas nuevas que deban llenar lagunas que ofrece el sistema jurídico a la sazón vigente (12).

Sin perder de vista las ideas expuestas, conviene ahora llamar la atención sobre un movimiento legislativo de gran alcance que presenta entremezcladas en interesante medida las tendencias expresadas. Nos referimos al movimiento codificador norteamericano que ahora nos ofrece un sugestivo proyecto de Código de comercio uniforme (13). El Derecho del caso, el formado a base de resoluciones concretas, trata de quedar formulado de la manera más asequible. No consiste en un movimiento codificador que pueda equipararse por completo a las codificaciones que han dado unidad jurídica a los Derechos nacionales en el mundo romanizado. Ahora la codificación es el punto en que convergen diversas tendencias que responden a otras tantas convicciones: la de que es necesario sistematizar y simplificar el Derecho resultante de una larga práctica, la de que conviene introducir ciertas modificaciones que aconseja la experiencia y la de que es inevitable permitir y facilitar que la práctica siga desarrollando sobre la marcha las fórmulas jurídicas más ajustadas a la conveniencia de cada instante.

(11) Herbert F. GOODRICH, «Restatement and Codification», en el libro *David Dudley Field-Centenary Essays*, Nueva York, 1949, pág. 242. Este autor es el Director del Instituto de Derecho Americano.

(12) Cfr. YUEN-LI LIANG, «The United Nations and the Development and Codification of International Law», en el libro citado en la nota anterior, pág. 268. También, en el mismo volumen, Thomas E. ATKINSON, «Codification of Probate Law», pág. 177; Alison REPPY, «The Field Codification Concept», págs. 29 y 47; Carl Mc FARLAND, «Administrative Law and Codification of Statutes», pág. 206; Clyde EAGLETON, «International Organisation for Peace and Law», pág. 289.

(13) *Uniform Commercial Code, Official Draft. Text and Comments Edition*, 1952.

No se trata ya, simplemente, del triunfo de la razón sobre la tradición, como se ha dicho certeramente para aludir al significado de la codificación napoleónica (14). Ahora se trata de un nuevo y fértil punto de partida del Derecho del caso, sin caer en el viejo y utópico ideal de formar un sistema definitivo de Derecho positivo (15). En el actual movimiento codificador se reconoce que no existe o que no debe existir oposición entre las reglas formuladas con carácter general y la evolución del Derecho a través de la práctica. Cuando una norma general puede articularse con cierta seguridad, existen unos casos prácticos que podrían repetir un verso de Emerson: «Cuando huye de nosotros, somos sus alas».

Pero el actual y reciente proyecto de Código de comercio norteamericano no significa solamente la conversión de cierto sector de Derecho del caso en Derecho propiamente escrito. Gran parte de sus normas están destinadas a superar o a refundir una serie de las llamadas leyes uniformes. Intenta, pues, una superación del Derecho del caso y del Derecho propiamente escrito. En este sentido, conviene señalar que la redacción del proyecto es fruto de la colaboración de dos organismos: de la «Conferencia Nacional de Comisarios para la redacción de leyes estatales uniformes» y del «Instituto de Derecho Americano». El primer organismo ha dado lugar, desde su creación en 1892 hasta la fecha, a numerosos proyectos de leyes uniformes, varios de los cuales han sido efectivamente adoptados como leyes por muchos de los Estados de la Unión, y a una ley federal, la de 1898 sobre Quiebras (16). En cuanto al «Instituto de Derecho Americano», fué fundado en 1923 para llevar a cabo la magna empresa de redactar una exposición del *common law* vigente en los Estados Unidos. Los *Restatements* o reexposiciones del Derecho norteamericano resultante de la casuística judicial, fueron terminados en 1944 y constituyen una fuente auxiliar, con valor meramente persuasivo, pero de inestimable importancia práctica tan-

(14) Hessel E. YNTEMA, «The Jurisprudence of Codification», en el citado libro *Field Centenary Essays*, pág. 251.

(15) Cfr. K. N. LLEWELLYN, en la nota biográfica sobre J. C. CARTER publicada en la *Encyclopaedia of Social Sciences*, Nueva York 1931, vol. III, págs. 243-244.

(16) Véase Hessel E. YNTEMA, «Comparative Research and Unification of Law», *Michigan Law Review*, vol. 41, 1942, pág. 261 y ss.

to desde el punto de vista profesional como por su valor como instrumento para el estudio comparativo del Derecho (17).

La colaboración entre los dos organismos a que acabamos de referirnos ya revela el sentido de la codificación propuesta. Nada menos que nueve leyes uniformes están contenidas en un índice especial que señala la correspondencia entre sus preceptos —o algunos de ellos— y los del Código propuesto. Gran parte, pues, de la previa labor de la indicada «Conferencia Nacional de Comisarios» queda afectada por el proyecto de Código de comercio uniforme. Por otra parte, la directa y activa intervención del «Instituto de Derecho Americano» significa que la obra codificadora a que nos referimos no representa un abandono del Derecho del caso. Antes hemos citado unas palabras de K. N. LLEWELLYN, relativas a su criterio de que los códigos han de representar un nuevo y fértil punto de partida para la casuística, a la que de momento sistematizan y perfeccionan. Pues bien; en una obra debida a una colaboración tan amplia y numerosa, LLEWELLYN ha sido lo que otro autor llama el *leading spirit* de toda la empresa (18). Sus ideas, especialmente en la materia relativa a la compraventa mercantil, han ejercido una indudable influencia en la redacción del proyecto de Código uniforme.

II La estructura y contenido del proyecto de Código de Comercio uniforme para los Estados Unidos

Consideramos indispensable referirnos a la estructura del proyecto que comentamos y a ciertas peculiaridades de su técnica legislativa. A base de sus preceptos cabría redactar extensos trabajos que sin duda ocuparían a nuestros especialistas en Derecho mercantil y en Derecho comparado. A nosotros, después de señalar de manera sucinta la significación del proyecto dentro del moderno movimiento codificador, sólo ha de estarnos permitido referirnos a su contenido y estructura, y llamar la atención sobre alguna de sus más acusadas características. Nos referiremos concre-

(17) Sobre la tarea del Instituto de Derecho Americano, véase Roscoe POUND, en el vol. II, pág. 30, de la citada *Encyclopedia of the Social Sciences*, y los trabajos de YNTEMA y de GOODRICH citados en las anteriores notas 11 y 14.

(18) A. L. CORBIN, «The Uniform Commercial Code-Sales, should it be enacted?», *The Yale Law Journal*, vol. 59 (1950), pág. 821.

tamente, dentro de poco, a ciertos preceptos de su primer libro o parte general; y a una peculiaridad que se advierte en el Derecho de compraventa, relativa a la transmisión de la propiedad.

Ante todo conviene llamar la atención sobre la terminología jurídica anglosajona y el criterio que adoptamos para reflejarla en nuestra lengua. Así, puesto que la palabra *Article* se refiere a cada una de las diez grandes partes en que se divide el Código, la dejaremos traducida por «Capítulo»; mejor dicho, llamaremos capítulos a las diez grandes partes del Código en las que se regula una materia uniforme. Cada uno de semejantes capítulos está dividido en lo que llaman *Parts*, esto es, literalmente partes; pero nosotros emplearemos la palabra «Sección» para aludir a cada uno de semejantes grupos de preceptos dotados de cierta unidad dentro de cada capítulo. Finalmente, la palabra *Section* está empleada en el Código de comercio uniforme, lo mismo que en la mayoría de las leyes anglosajonas en el sentido de «artículos», esto es, para designar la más pequeña unidad normativa, dentro de la que sólo cabe distinguir párrafos y proposiciones gramaticales. Por tanto, a la gradación que en el original, siguiendo un orden de mayor a menor, queda expresada con las palabras *Articles-Parts-Sections*, nosotros haremos coincidir la gradación equivalente expresada con las palabras «Capítulos-Secciones-Artículos».

También requiere una especial advertencia la numeración que sigue el articulado del Código. En cada artículo, un primer guarismo indica a qué capítulo corresponde el precepto, y otra cifra, señalada con tres guarismos separados del primero por un guión, asignan una centena diferente y progresiva a los artículos de cada sección. Así, la indicación de que un artículo es el 4-101 permite advertir instantáneamente que se trata de un artículo correspondiente al capítulo IV y, dentro de éste, a su primera sección. Más concretamente, el artículo 4-101 es el primer artículo de la primera sección del capítulo IV. El artículo 8-316 corresponde, a su vez, al artículo 16 de la sección tercera del capítulo VIII; etc.

Los capítulos V, VI y VII no contienen la distribución intermedia de los artículos en secciones. La indicación de los artículos se hace de la misma manera, aunque la cifra colocada detrás del guión ha de corresponder siempre a la primera centena.

El capítulo I se refiere a las «Disposiciones Generales» del proyecto de Código, y contiene dos secciones: la primera (artículo

los 1-101 a 1-109) trata de la «Denominación abreviada, interpretación constructiva, aplicación y materia propia de la ley», y la segunda (artículos 1-201 a 1-208) de las «Definiciones generales y reglas de interpretación» (19).

El capítulo II trata de la importante materia de la compraventa mercantil y contiene siete secciones. La sección primera (artículos 2-101 a 2-107) contiene preceptos sobre la «Denominación abreviada, interpretación general y objeto» del capítulo. La sección segunda (artículos 2-201 a 2-210) trata de la «Forma, formación y reajuste del contrato». La tercera sección (artículos 2-301 a 2-328) se refiere a las «Obligaciones generales e interpretación constructiva». La sección cuarta (artículos 2-401 a 2-403) contiene tres importantes preceptos sobre «Transmisión de la propiedad, acreedores y adquirentes de buena fe». La sección quinta (artículos 2-501 a 2-515) está destinada a tratar del «Cumplimiento del contrato». La sección sexta (artículos 2-601 a 2-616) trata del «Incumplimiento, resolución y rescisión del contrato». Finalmente, la sección séptima de este capítulo (artículos 2-701 a 2-725) trata de los «Remedios» que asisten a las partes en defensa de sus respectivos intereses, esto es, de la protección jurídica del interés de los contratantes.

El capítulo III del Código trata de los «Efectos mercantiles» (*Commercial Paper*). Contiene ocho secciones. La primera (artículos 3-101 a 3-122) trata de la «Denominación abreviada, forma e interpretación». La segunda sección (artículos 3-201 a 3-208) corresponde a la materia sobre «Transferencia y Negociación». La sección tercera (artículos 3-301 a 3-307) a los «Derechos del tenedor». La sección cuarta (artículos 3-401 a 3-419) a la «Responsabilidad de las partes». La sección quinta (artículos 3-501 a 3-511) a la «Presentación, notificación de la falta de pago y protesto». La sección sexta (artículos 3-601 a 3-606) trata de

(19) Acerca de la distinción entre *interpretation* y *construction* en Derecho anglosajón, véase las interesantes referencias que contiene el trabajo de A. SCHILLER, «Roman Interpretation and Anglo-American Interpretation and Construction», *Virginia Law Review*, vol. 27, pág. 745. Aunque este autor afirma que la mayoría de autores angloamericanos emplean ambas palabras en el mismo sentido, nosotros creemos que expresan ideas diferentes: *interpretation* es hallar el sentido de las palabras usadas, *construction* es completar o integrar el texto vigente con preceptos que no contiene pero que concuerdan con el mismo. Véase, también, en nuestro citado libro *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, la nota 9 de la página 164.

la «Exoneración» de las partes. La sección séptima (artículos 3-701 a 3-704) de la «Presentación al cobro de los documentos de giro». Finalmente, la sección octava (artículos 3-801 a 3-806) trata de aspectos diversos (*Miscellaneous*) de la misma materia correspondiente al libro III. Por ejemplo, contiene disposiciones sobre los efectos que el libramiento de un documento de la expresada clase produce sobre la obligación para cuya efectividad se entrega; sobre los documentos perdidos, destruidos o robados, etc.

El capítulo IV está dedicado a la materia de «Depósitos bancarios y su cobro». Contiene cuatro secciones. La primera (artículos 4-101 a 4-108) contiene «Disposiciones generales y definiciones». La sección segunda (artículos 4-201 a 4-214) se ocupa del «Cobro de efectos: Bancos depositarios y cobradores». La sección tercera (artículos 4-301 a 4-303) trata de los «Bancos pagadores», y la sección cuarta (artículos 4-401 a 4-407) de la «Relación entre el banco pagador y su cliente».

El capítulo V está dedicado al tema de las llamadas «Cartas de crédito documentado» (*Documentary letters of credit*) a las que dedica los artículos 5-101 a 5-117.

El capítulo VI se ocupa de las «Transferencias en masa» (*Bulk Transfers*), interesante materia que trata de salvaguardar los derechos de los acreedores, y contiene los artículos 6-101 a 6-111.

El capítulo VII está dedicado a los «Resguardos de almacenes de depósito, conocimientos de embarque y otros títulos de propiedad». Está dividido en seis secciones. La primera (artículos 7-101 a 7-104) contiene disposiciones generales. La sección segunda (artículos 7-201 a 7-210) está dedicada a «Disposiciones especiales sobre resguardos de almacenes de depósito». La sección tercera (artículos 7-301 a 7-309), a «Disposiciones especiales sobre conocimientos de embarque». La cuarta (artículos 7-401 a 7-404) a las «Obligaciones generales que resultan de los resguardos de almacenes de depósito y de los conocimientos de embarque». La sección quinta (artículos 7-501 a 7-509) a la «Negociación y transferencia» de los mismos documentos, y la sexta (artículos 7-601 a 7-603) a disposiciones diversas sobre la misma materia (v. g., pérdida y extravío de documentos, embargo de bienes comprendidos en un documento negociable, etc.)

El capítulo VIII trata de los «Valores negociables» (*Investment*

Securities) y contiene cuatro secciones. La primera (artículos 8-101 a 8-104) sobre «Denominación abreviada y aspectos generales». La sección segunda (artículos 8-201 a 8-208) trata de las emisiones y de quienes las realizan. La sección tercera (artículos 8-301 a 8-319) se refiere a la adquisición (*Purchase*) de los valores negociables, y, finalmente, la sección cuarta (artículos 8-401 a 8-406) trata del registro de transmisiones.

El capítulo IX trata, genéricamente y con una técnica sumamente interesante y original, de regular los efectos de los contratos de garantía (*Secured Transactions, Sales of Accounts, Contract Rights and Chattel Paper*). Contiene cinco secciones. La primera (artículos 9-101 a 9-112) trata de la «Denominación abreviada, aplicabilidad y definiciones». La sección segunda (artículos 9-201 a 9-208) trata de la «Validez del acuerdo de garantía y derechos de las partes». La sección tercera (artículos 9-301 a 9-318) se ocupa de los «Derechos de terceros, derechos de garantía perfectos e imperfectos y reglas de preferencia». La sección cuarta (artículos 9-401 a 9-404) se ocupa del requisito de la registración (*Filing*), y la quinta (artículos 9-501 a 9-507) de las consecuencias del incumplimiento (*Default*).

Por último el capítulo X contiene los artículos 10-101 a 10-104 con las disposiciones pertinentes sobre la hipotética fecha de entrada en vigor del proyecto de Código de comercio uniforme y la cláusula derogatoria.

Otras particularidades técnicas merecen ser subrayadas. Cada artículo va seguido de un comentario—en la edición oficial del proyecto de Código de comercio uniforme—redactado o autorizado por la «Conferencia Nacional de Comisarios para la redacción de leyes uniformes» y por el «Instituto de Derecho americano». Tales comentarios «pueden ser consultados para la interpretación y aplicación de la ley». Según también hacen constar, la preparación del proyecto de Código de comercio uniforme comenzó en el mes de enero de 1945, mediante una labor conjunta de los dos organismos citados, y quedó definitivamente terminado en 1952.

Dentro de cada comentario pueden distinguirse, generalmente, las siguientes partes: la destinada a señalar qué preceptos de leyes uniformes anteriores quedan afectados por el artículo comentado; la que señala los cambios introducidos respecto a dichos preceptos; la finalidad a que responde la modificación; las remisiones o referencias a otros artículos del mismo proyecto de Código

y, de manera separada y especial, las remisiones a aquellos preceptos que definen conceptos empleados en el artículo de cuyo comentario se trate (*Definitional Cross References*).

Conviene tener en cuenta que, como habrá podido advertirse por el reseñado contenido del proyecto de Código, este es, en realidad, un Código de obligaciones mercantiles. La materia regulada (*commercial transactions*) ya ha sido objeto, en gran parte de regulación uniforme por varias leyes todavía vigentes. En el comentario inicial del Código se habla expresamente, en este sentido, de las siguientes, con indicación de la fecha en que fueron aprobadas por la «Conferencia Nacional de Comisarios»: la Ley Uniforme sobre Instrumentos Negociables (1896); la Ley Uniforme sobre Resguardos de Depósitos de Mercancías (1906); la Ley Uniforme sobre la Compraventa (1906); la Ley Uniforme sobre Conocimientos de Embarque (1909); la Ley Uniforme sobre Transferencia de Acciones (1909); la Ley Uniforme sobre Venta condicional (reserva de dominio) (1918), y la Ley Uniforme sobre depósitos de carácter fiduciario (*trust receipts*) (1933).

Dos de dichas leyes—añade el comentario—han sido adoptadas en todos los Estados de la Unión norteamericana y las demás han tenido amplia aceptación.

Ya hemos dicho que al final de cada comentario se contienen, cuando hace falta, las referencias a los artículos que definen conceptos empleados en el precepto comentado. No por ello ha de entenderse que se trata de un Código definidor de conceptos en sentido sustancial. No se intenta señalar dogmáticamente la supuesta naturaleza jurídica de ciertas figuras para dejarlas descritas de manera inalterable dentro y fuera del Código. El proyecto que examinamos contiene definiciones en sentido funcional, como puntos de convergencia de los efectos de sus disposiciones. Se trata de asegurar un perfecto engranaje y una uniformidad de sentido dentro del Código para que la correlación entre sus preceptos y las remisiones de efectos entre los mismos funcionen con la máxima exactitud. Por ello, en el artículo 1-102, se dice que las definiciones de conceptos no pueden ser alteradas por convenio entre las partes. Por supuesto, dichos conceptos están definidos, en la medida de lo posible, según el sentido más usual en el tráfico mercantil.

Con ello, indicado a grandes rasgos el contenido y la estruc-

tura del proyecto de Código de comercio norteamericano, vamos a pasar a la tercera parte de nuestro trabajo.

III Algunos de los rasgos más característicos del proyecto de Código de Comercio uniforme

Desde un punto de vista bastante general, vamos a insistir sobre dos rasgos del proyecto que nos ocupa: la conciliación entre el Derecho propiamente escrito o legislado y el Derecho del caso, y el que podríamos llamar «punto de vista funcional», en el sentido preconizado por Félix COHEN (20).

El capítulo I contiene, como hemos dicho, las disposiciones generales a todo el Código. El artículo 1-102 dispone que ha de interpretarse con criterio liberal, esto es, de manera flexible, precisamente para alcanzar los fines que se propone. Indica que estos fines son los encaminados a simplificar, modernizar y desarrollar con la máxima precisión y certeza las reglas de Derecho que rigen las operaciones mercantiles; asimismo, fomentar el desarrollo y evolución de la práctica comercial a través del uso, la costumbre y los convenios entre las partes, sin perjuicio de intentar la unificación del Derecho en las diferentes jurisdicciones.

Como señala el comentario, precisamente porque se trata de una obra proyectada para tener cierta permanencia, tiene en cuenta la necesidad de señalar y encauzar los medios naturales que han de dar lugar a su expansión y a su alteración gradual. Estamos lejos, por tanto, del cerrado dogmatismo encarnado en las codificaciones de la época de La Ilustración, las cuales, precisamente debido a su imaginaria perdurabilidad, trataban de evitar las alteraciones resultantes de la práctica (21). Ahora se procura, en cambio, facilitar que el Derecho contenido en el Código pueda desarrollarse y progresar a través de los nuevos casos. El Derecho privado siempre se halla en estado de creación permanente, como hemos sostenido en otro lugar. En este sentido, el comentario al artículo 1-102 cita como ejemplares unas decisiones judiciales que aplicaron a materia litigiosa no comprendida textualmente en cier-

(20) Felix S. COHEN, «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», *Columbia Law Review*, vol. 35 (1935), pág. 809 y ss.

(21) Cfr. Paul KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Munich 1947, pág. 183.

tas leyes uniformes, las consideraciones de política jurídica que dieron lugar a su promulgación. Esta es una realidad que el proyecto de Código no intenta coartar, sino que, por el contrario, estima que debe proseguir.

No cabe, pues, afirmar de manera simplista que los países de *common law* abandonan el Derecho creado por los jueces porque codifican. Esta codificación—repetimos una vez más con palabras de LLEWELLYN—es un nuevo y fértil punto de partida para el Derecho del caso, del que incorpora, depura y ordena las tendencias existentes. Como hemos dicho en otra ocasión, «el Derecho crece y evoluciona en manos de los prácticos y al compás de las nuevas necesidades gracias a que, en contra de lo que tantas veces se ha pretendido, la interpretación supone muchas veces una verdadera actividad creadora o de política jurídica, y no de aplicación automática de reglas establecidas» (22). O para decirlo con palabras de Paul SAYRE: «nuestro sistema confía en que el juez haga uso de sus propias convicciones morales. No esperamos que se limite a descansar en los valores que han sido observados en el presente y en el pasado. Parte de su deber consiste en usar su perspicacia y su imaginación para que la decisión sobre lo que en el futuro convenga sea debida a su sensibilidad de conciencia. Confiamos en que sea un pensador con fuerza creadora en este sentido, y no un autómatas que se limita a enterarse de los valores del pasado» (23).

En cuanto a lo que hemos llamado «adopción de un punto de vista funcional», nos referimos a una característica del Código en proyecto que puede ser observada en muchas de sus disposiciones, pero que nosotros señalaremos con referencia exclusiva al problema de la transmisión de la propiedad en la compraventa mercantil. Pero antes conviene hacer una breve digresión.

Conocida es la tendencia pragmática y realista del pensamiento jurídico norteamericano (24). Dentro de la misma destaca

(22) En nuestro citado libro *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, pág. 187.

(23) Paul SAYRE, «Value Judgments and the Law», *Iowa Law Review*, vol. 37 (1952), pág. 468.

(24) No conviene ignorar, sin embargo, la fuerza de la corriente neoescolástica en el pensamiento jurídico norteamericano. Véase la útil exposición de H. G. REUSCHLEIN, *Jurisprudence - Its American Prophets*, Indianapolis 1951, especialmente págs. 183 y ss. para los realistas, y págs. 360 y ss. para los neoescolásticos.

el nombre de K. N. LLEWELLYN, que precisamente ha tenido una intervención principal en los trabajos de redacción del proyecto de cuerpo legal objeto del presente trabajo. Sus ideas seguramente han dejado una huella profunda en los artículos del *Uniform Commercial Code*, especialmente en los del capítulo II, dedicado a la compraventa mercantil. Creemos que es posible advertirlo a través de la lectura de algunos de los estudios del citado autor (25).

Hemos dicho que la tendencia realista preconiza la adopción de un punto de vista funcional. Esta expresión la empleamos en el sentido que resulta de un célebre trabajo de Félix COHEN, titulado significativamente «El sin sentido trascendental y el punto de vista funcional» (26). Para resumir brevemente el pensamiento que desarrolla, diremos que se trata de afirmar que carece de sentido la tentativa de encauzar la vida de la sociedad con unos conceptos a los que se supone dotados de consistencia propia más allá de los efectos que producen, a pesar de que, en realidad, sólo han de quedar justificados por su eficacia. Una tendencia peculiar del lenguaje influye en este fenómeno por el que ciertos conceptos jurídicos adquieren una consistencia independiente de sus efectos. Uno de semejantes conceptos es el designado con la palabra *title* en Derecho anglosajón. El problema de saber cuándo el «título» pasa de uno a otro contratante equivale a la determinación de cuándo se transmite la propiedad sobre una cosa vendida.

En algunos trabajos, LLEWELLYN ha impugnado el tradicional concepto de *title*, por estimar que no puede regir con carácter unitario todos los problemas que suscita la consumación de una compraventa. Nosotros, en otro lugar, hemos resumido los términos de esta cuestión. El lenguaje del Derecho está lleno de metáforas porque las operaciones intelectuales hallan apoyo, facilidad y cohesión en la imitación de las cualidades que manifiestan las cosas materiales y los fenómenos físicos. Por ello se cree que la propiedad ha de pasar del vendedor al comprador

(25) En este sentido, consideramos especialmente interesantes los siguientes trabajos de K. N. LLEWELLYN. *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930); «Through Title to Contract and a Bit Beyond», *The New York University Law Quarterly Review*, vol. 15 (1938), pág. 159 y ss.; «On Warranty of Quality, and Society», *Columbia Law Review*, vol. 36 (1936), página 702 y ss.

(26) Véase la anterior nota 20.

de una manera absoluta, como si se tratara del desplazamiento de una sustancia física que no puede hallarse al mismo tiempo en dos lugares distintos. Pero esta fundamentación materialista o sustancialista es completamente falsa. La referencia al momento de adquirir la propiedad no alude a ninguna transformación física del comprador en propietario, sino que el problema consiste en hallar las soluciones más convenientes para cuestiones tan distintas como son: (a) los derechos que en defensa de su interés asisten al vendedor que ha entregado la cosa vendida antes de haber cobrado el precio, y los que asisten al comprador que ha pagado el precio y no ha recibido la cosa comprada; (b) la determinación de la parte afectada por la pérdida o desmerecimiento de la cosa en el tiempo que media entre la perfección y la consumación del contrato; (c) los derechos que asisten al que adquiere una cosa de quien ya la había vendido a otro, en concurrencia y colisión con los derechos del primer adquirente; y (d) los derechos que asisten a los terceros, esto es, a los acreedores del vendedor y del comprador, para estimar que la cosa vendida se halla incluida en el patrimonio del uno o del otro.

En este sentido, el proyecto de Código de comercio uniforme para los Estados Unidos contiene preceptos reveladores de su tendencia funcional. Para concretarnos al capítulo II relativo a la compraventa, señalaremos que a través de todos los preceptos correspondientes se advierte la tendencia a desistir de centrar en un concepto único de transmisión de la propiedad las soluciones que se adoptan ante cada uno de los problemas aludidos. El comentario al primero de sus artículos (artículo 2-101) afirma que «la ordenación del presente capítulo está hecha según lo que resulta del contrato de compraventa y de las diferentes fases de su cumplimiento. Las consecuencias jurídicas están indicadas como resultantes directamente del contrato y de la acción esgrimida a su amparo, sin recurrir a la idea de que el factor determinante estriba en saber cuándo la propiedad o el título se transmite o se debería transmitir. Con ello se trata de evitar que ciertas consecuencias prácticas que han de producirse entre hombres prácticos dependan de la localización de algo intangible, cuya transmisión nadie puede hacer objeto de prueba, y sustituir semejantes abstracciones por la prueba de palabras y de actos tangibles».

Podría objetarse que la sección cuarta de dicho capítulo II, contiene tres artículos (artículos 2-401, 2-402 y 2-403) que se

refieren concretamente a la transmisión de la propiedad, a los derechos de los acreedores del vendedor sobre los bienes vendidos y al poder de disposición a favor de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Pero no menos significativo resulta el carácter limitado o supletorio del primero de dichos preceptos, relativo a la transmisión de la propiedad (*passing of title*). En su primer párrafo afirma que «cada una de las disposiciones de este capítulo relativas a los derechos, obligaciones y recursos del vendedor, del comprador, de los adquirentes o de otras terceras partes se aplica con independencia del título de propiedad sobre los bienes (*irrespective of title to the goods*), a no ser que la disposición se refiera a dicho título. En la medida en que se trate de situaciones no previstas por otros preceptos de este capítulo y en las que la materia relativa al título de propiedad sea relevante, se aplican las siguientes reglas». A continuación dicta las reglas acerca de la transmisión de la propiedad que, por lo tanto, tendrán carácter supletorio respecto de todas las demás contenidas en dicho capítulo sobre la compraventa mercantil. Cabe sintetizar esta regla fundamental, pero limitada o supletoria, diciendo que la propiedad de los bienes vendidos no puede transmitirse antes de que sean identificados; que una vez identificados, regirá sobre el particular lo convenido expresamente entre las partes; que a falta de acuerdo, el título pasa al comprador en el tiempo y lugar en que el vendedor completa su prestación relativa a la entrega física de los bienes, etc.

El comentario al mismo artículo 2-401 insiste en que el capítulo relativo a la compraventa trata de las cuestiones que se promueven entre comprador y vendedor sin referirse, excepto en este artículo general, a la cuestión de si el título de propiedad sobre los bienes se ha transmitido o no. Por tanto, para cada situación de hecho que se presenta, los preceptos del proyecto de Código de comercio tienen previstas las soluciones más adecuadas prescindiendo de lo que es obsesión de los juristas dogmáticos, esto es, de que tales preceptos puedan quedar «lógicamente» referidos a un concepto unitario de transmisión de la propiedad. En este sentido queremos terminar señalando que se trata de una tendencia que halla un interesante paralelo en ciertos Derechos europeos. Así, dice el jurista danés Henry USSING que «lo que nos separa de la mayoría de los países consiste en que, para nosotros, la transmisión de la propiedad no es una noción simple

es indivisible. Analizando esta noción se observa que ella cubre toda una serie de efectos jurídicos. Según nuestros autores, es preciso darse cuenta de todas estas consecuencias y es preciso considerarlas por separado o tener en cuenta cada efecto jurídico. Sólo con este método se podrá dar a cada problema práctico la solución que le conviene» (27).

En los Derechos romanizados, en cambio, predomina el criterio doctrinal de que la propiedad es algo que ha de transmitirse al mismo tiempo por completo y para todos, aunque luego resulta indispensable atemperar las consecuencias prácticas de semejante criterio con una serie de ficciones o de disposiciones especiales destinadas a introducir distinciones entre los derechos de las partes y los de terceros. Ante la misma realidad, los Derechos escandinavos y anglosajón no pretenden mantener un criterio unitario en la transmisión de la propiedad, sino que se inclinan hacia la que F. H. LAWSON ha calificado de transmisión relativa, de la propiedad: el cumplimiento de los requisitos a los que va ligada la transmisión de la propiedad entre las partes no da lugar a que se transmita al mismo tiempo respecto a terceros (28). Que ambas concepciones no son radicalmente diversas, sino que responden a una distinta calificación técnica de los mismos problemas e incluso de soluciones equiparables, es algo que merece atención como uno de los temas más interesantes que puede proponerse el estudio del Derecho comparado.

JOSÉ PUIG BRUTAU

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO
DE BARCELONA

(27) Henry USSING, «La Transfert de la Propriété en Droit Danois», *Revue Internationale de Droit Comparé*, enero-marzo de 1952, pág. 6 y ss.

(28) F. H. LAWSON, en las adiciones a la segunda edición del libro de BUCKLAND y McNAIR, *Roman Law and Common Law*, Oxford 1952, páginas 291 y ss.

FORMA Y EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACION NATURAL

SUMARIO: FORMA.—I. Formas posibles.—II. Reconocimiento en acta de nacimiento.—III. Reconocimiento en testamento.—1. Testamento.—2. Clases de testamento: el testamento no documento público.—3. Casos en que la invalidez del testamento no procede de revocación. ¿Es válido en ellos el reconocimiento testamentario?—4. Revocación real.—IV. Reconocimiento en "otro documento público".

EFECTOS.—I. Efectos.—II. ¿Son independientes de la anotación en el Registro?—III. Momento desde el que se producen.—1. Nuestra opinión.—2. Examen particular del caso de reconocimiento testamentario.

FORMA DEL RECONOCIMIENTO

I Formas posibles

Con arreglo al artículo 131, del Código Civil «el reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público».

Se requiere la validez del acta de nacimiento, del testamento o del documento público, en general. Sin embargo, cuando la invalidez del testamento proceda de revocación, valdrá, no obstante, el reconocimiento (artículo 741).

En algunos casos lo que no sirva como reconocimiento podrá utilizarse como base para exigir la declaración judicial de paternidad. Por ejemplo el testamento ológrafo nulo pero que en la cláusula referente al reconocimiento sirva como escrito indubi-

tado del padre en el que expresamente reconozca su paternidad (artículo 135, 1.º).

II Reconocimiento en acta de nacimiento

Tiene lugar cuando la manifestación sobre la paternidad la realiza el reconocedor al comparecer en el registro civil para practicar la inscripción de nacimiento del reconocido.

Dice el artículo 51 de la Ley del registro civil: «Respecto a los recién nacidos de origen ilegítimo, no se expresará en el registro quienes sean el padre ni los abuelos paternos a no ser que el mismo padre, por sí o por medio de apoderado con poder especial y auténtico haga la presentación del niño y la declaración de su paternidad. Lo mismo se observará en cuanto a la expresión del nombre de la madre y de los abuelos maternos».

Suprimida por el Código —artículo 328— la necesidad de presentación del recién nacido, bastará la declaración sobre su paternidad.

Se trata de hacer tal declaración en acta de nacimiento, y no es, por tanto, documento apto para un reconocimiento la partida sacramental de bautismo (Resoluciones de 28-IV-1915 y 5-VII-19199, y Sentencias de 1-VII-1895 y 14-VI-1927 (1)).

El acta de nacimiento es lo mismo que se haya extendido o no fuera del plazo. La Orden de Justicia de 9 de enero de 1932 dispuso que en lo sucesivo pudiesen efectuarse los reconocimientos de los hijos naturales en las actas de nacimiento extendidas fuera de plazo, previo el expediente ordenado en el Decreto de 1 de mayo de 1873, y R. D. de 19 de marzo de 1906.

El fundamento de esta razonable postura lo recoge la propia orden, y consiste, ni más ni menos, en que las garantías de fijeza y autenticidad que se persiguen con esta forma de reconocimiento «se logran con la intervención del funcionario encargado del registro civil, lo mismo en las inscripciones efectuadas dentro de plazo que en las verificadas fuera del mismo, previo el expediente oportuno».

(1) Sobre ello cfr. PAGANO, 471; FEDELE, 324, y, en general, para más doctrina y jurisprudencia italiana V. CICU, p. 150.

III Reconocimiento en testamento.-I Testamento

El Código dispone que el reconocimiento «deberá hacerse en... testamento...» (artículo 131), es decir, acto que formal y substancialmente sea testamento (2).

Por ello no es posible reconocer en *forma* testamentaria que no encierre testamento (3).

Hay dos cosas indudables:

1.^a Si la forma testamentaria en que se reconoce es la de documento público el problema tiene escasa trascendencia (4), ya que, en todo caso, habrá un reconocimiento hecho en documento público.

2.^a Si se trata de una forma testamentaria considerada simplemente como *mera* forma, utilizada absolutamente sin consideración a la muerte, y que, además, no sea documento público, es inadmisibles reconocer en ella. Así si alguien, sin ánimo de testar, reconoce a un hijo observando los requisitos, por ejemplo, del testamento ológrafo o los del marítimo hecho en peligro de naufragio.

Pero aún puede quedar la duda para un tercer supuesto: el del reconocimiento hecho en testamento que no contenga disposición de bienes.

Cuestión que se resuelve en base al presupuesto de que no es posible un testamento sin disposición de bienes, ya que el artículo 667 define el testamento como «acto por el cual una

(2) En algún caso, como el del art. 738, distingue el Código entre testamento, como conjunto de substancia y forma, y *forma* testamentaria.

(3) En igual sentido para el Derecho italiano: CARRESI, p. 92 y 93. En contra CICU p. 153. Se apoya éste en el art. 587-2.º que dice: «Las disposiciones de carácter no patrimonial, que la ley permite que se realicen en un testamento, tienen eficacia cuando se realicen en un acto que tenga la forma de testamento, aunque falten disposiciones de carácter patrimonial».

(4) Aunque pueda haber necesidad de autorización judicial.

persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos» (5).

2 Clases de testamento: El testamento no documento público

Creemos que puede reconocerse en cualquier clase de testamento, común o especial, ordinario o extraordinario (6).

¿Existe el reconocimiento por hacerse en testamento o existe sólo cuando éste sea documento público?

Nos inclinamos por lo primero a pesar de que el artículo 131 diga: «...en testamento o en *otro* documento público».

(5) Cfr. CASTAN, IV p. 259 ss. sobre nuestra doctrina y jurisprudencia respecto al particular.

El caso planteado en el texto, como se ve, no es de posible falta de testamento porque se trate solamente de un esbozo o proyecto o de un simple ruego, sino que, presupuesto el ánimo de disponer para situaciones posteriores a la muerte, estas disposiciones no alcancen a los bienes (así, el testador regula solo sus exequias y enterramiento, nombra tutores—artículo 204—y consejo de familia—art. 294—autoriza el matrimonio para los supuestos del art. 45-3.º y del 168, y reconoce un hijo natural, asegurando finalmente no disponer de sus bienes aunque no carece de ellos).

Admitido que no se trate en tal caso de disposición *mortis causa* en sentido técnico patrimonial, sino de disposiciones de carácter personal o familiar que accidentalmente pueden ir unidas en el testamento a la disposición de los bienes. Admitido, sin duda, también, que la naturaleza del reconocimiento es absolutamente no *mortis causa*, se contenga o no en testamento. Pero, ¿se puede decir que en el anterior ejemplo hay testamento o no?

A tenor del art. 667 no lo hay. Cabría sólo el problema de si es posible admitir en tal caso la existencia de un testamento en el que se regulan determinadas situaciones no patrimoniales para después de la muerte del que las regula.

Si se acepta la respuesta afirmativa, en tal testamento podría incluirse un reconocimiento.

No queremos entrar en la cuestión de si el que careciese de bienes no podría testar y, por ello, no podría realizar las disposiciones no patrimoniales que el Código admite se hagan en testamento. Tal cuestión se soslaya admitiendo que basta una disposición *potencial* de bienes (así, se debe entender que testa el que sin tener bien alguno—lo cual por otro lado es prácticamente imposible—instituye herederos por mitad a sus dos hijos).

Ahora bien, en el caso que hemos planteado, del presunto testamento se excluye *toda* disposición de bienes, incluso la meramente *potencial*.

(6) Así lo entiende también la doctrina. Por ejemplo ROYO p. 272 y 273, PUIG PENÁ p. 77; CARCIENTE p. 53 y 54.

El artículo 251 del nuevo Código civil italiano ha venido a zanjar la discusión entablada de antiguo en la doctrina italiana sobre si era posible el reconocimiento en determinadas formas testamentarias. Afirma tal artículo que se puede reconocer «...en un testamento, cualquiera que sea la forma de éste».

Esto no quiere decir que sólo sea posible reconocer en un testamento que desde su otorgamiento sea documento público, ni tampoco que —aun siendo posible el reconocimiento en testamento no documento público— haya sólo reconocimiento cuando se eleve tal testamento a documento público.

En contra de nuestra tesis se pueden alegar diversas consideraciones, como son:

1.º Que el Código dice «...testamento u *otro* documento público» (7).

2.º La modificación que el Código introdujo respecto a lo que decía el artículo 124 del proyecto de 1851.

3.º Las expresiones utilizadas por jurisprudencia (así, por ejemplo, el T. S.-14-V-1895 dijo: «El documento propio para hacer constar el reconocimiento de un hijo natural es el *acta de nacimiento o la escritura pública*») y por legislación (así por ejemplo, la Orden de Justicia de 9 de enero de 1932 dijo: El Código civil al determinar que el reconocimiento de un hijo natural debe hacerse en acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público... atiende... a la garantía de autenticidad que ofrece la intervención del funcionamiento público ante el cual el acto se hace constar o se otorga el documento»).

4.º Ser absurdo que no haya reconocimiento en el caso del artículo 135-1.º y si lo haya, por ejemplo, al momento de otorgarse un testamento ológrafo, o el militar del artículo 720.

Esta última objeción fácilmente se refuta advirtiendo que, en todo caso, el reconocimiento es formal y, en estos supuestos, se encierra en la forma, más o menos simplificada, en la que se puede testar. Y que las razones para permitir reconocer en dichas formas son tan sólidas como las que pueda haber para permitir testar en ellas.

Por lo demás, hay que admitir que tanto la Ley como la Jurisprudencia parecen haber tenido ante la vista, al hablar de reconocimiento en testamento, el caso de testamento documento público. Pero no es menos exacto que hablando el artículo 131 en general de testamento y no excluyéndose explícitamente ninguna clase de éste, parece poco segura, a pesar de las anteriores

(7) MANRESA I p. 622, por ejemplo, cree que con las palabras «*otro documento público*» queda incluido el testamento ológrafo *luego* que sea protocolizado.

consideraciones, la exclusión de la posibilidad de reconocer en algún tipo de testamento, lo mismo que la afirmación de que no existe el reconocimiento desde que el testamento, aunque no sea documento público, exista.

3. Casos en que la invalidez del testamento no procede de revocación. ¿Es válido en ellos el reconocimiento testamentario?

Dijimos que, como el reconocimiento es irrevocable, cuando la invalidez del testamento proceda de revocación, valdrá, no obstante, el reconocimiento (artículo 741). Pero hay otros casos en los que se duda si el reconocimiento sobrevive o no al testamento, es decir, si sigue siendo válido cuando el testamento ha dejado de serlo por una causa que no sea la revocación.

Así CARRESI (8) se pregunta: ¿*Quid* del reconocimiento realizado en un testamento especial que ha caducado? (C. c. español art. 719, 730). Y cree que en este caso la caducidad afecta también al reconocimiento, que en defecto de una disposición legal contraria —como existe para el caso de la revocación— debe seguir la suerte del acto en el que se contiene.

COSATTINI (9) piensa, contrariamente, que si se considera que las formas testamentarias especiales caducan en base el presupuesto de que en el negocio *mortis causa*, tanto más en cuanto hecho en circunstancias excepcionales, la voluntad es ambulatoria hasta la muerte, resulta más correcta la solución opuesta; puesto que en el caso del reconocimiento no se da este presupuesto, tratándose, como se trata, de un acto irrevocable.

Igualmente, entre nosotros, cree OYUELOS (10) que valdrá el reconocimiento en caso de caducidad o nulidad del testamento (nosotros, como veremos, rechazamos lo primero, y creemos insostenible lo segundo).

También surge problema en el caso de forma excepcional de testamento ordinario (así artículo 703), o bien de no protocolización del ológrafo (artículo 689).

No menos puede dar lugar a peculiares cuestiones el testamento cuando no se redacta por escrito (así artículo 702), o

(8) Página 94, nota 1.

(9) Número 50, p. 157.

(10) Página 203

cuando, como en el caso del artículo 720, no sólo es otorgado de palabra, sinó que «quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó».

Todo lo anterior es susceptible de razonamientos en pro de tesis opuestas.

Prima facie parece poder alegarse a favor de la validez del reconocimiento, aunque el testamento sea inválido: 1.º. El trato de favor que se le dispensa haciendo que no pierda su fuerza legal aunque se revoque el testamento (artículo 741); permitiendo la anotación en el registro del reconocimiento hecho en testamento sin necesidad de acreditar el fallecimiento del testador (R. O. de 5 de mayo de 1917, etc.). 2.º Que el reconocimiento no participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y el testamento sólo juega el papel de acto solemne en el que puede contenerse.

Sin embargo, como hemos visto que acertadamente dice CARRRESI (11), en defecto de disposición en contrario, como el artículo 741, el reconocimiento debe seguir la suerte del acto en el que se contenga.

Si el artículo 741 sólo declara que la revocación del testamento no hace perder su fuerza legal al reconocimiento, es porque las otras causas de invalidez le afectan, ya que la sección 1.ª del capítulo I del título III del libro III (donde se encuentra ese artículo 741), se titula «De la revocación e ineficacia de los testamentos». Así, pues, la única causa de invalidez que no afectaría al reconocimiento, sería la que proviene *exclusivamente de la mera voluntad del testador*, pues las demás provienen de una disposición del legislador, que no excluye de la invalidez ninguna de las cláusulas que el testamento contenga (12).

4. Revocación real

Y no acaban aquí las dudas. El reconocimiento —hemos dicho— sólo sobreviene al testamento inválido por revocación.

Pero, ¿qué hay del caso de la llamada revocación real?

(11) Página 94

(12) En el sentido del texto RAAPE, p. 103 y, entre nosotros, OLIVA 3.273. En contra CICU, p. 154 y nota 18. Con diferentes soluciones según los casos cfr. CARCIENTE, p. 51 y 55.

Por ejemplo, un testamento cerrado aparece en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan (artículo 742-1.º). Y tal testamento está escrito, a ruego del testador, por persona distinta, bien que rellenando los requisitos del artículo 706-4.º. Así que ni siquiera cabe el recurso de utilizar el testamento como escrito indubitado del padre en el que expresamente reconozca la filiación.

Se prueba que el hecho ocurrió por voluntad del testador (artículo 742-2.º pr., *a contrario sensu*) y se prueba, asimismo, la autenticidad del testamento (artículo 742-2.º *fine*).

Nos encontramos, pues, frente a un caso de revocación real. ¿Se aplica el artículo 741 o no?

Creemos que indudablemente sí (13).

Así, pues, aunque revocado realmente el testamento, el reconocimiento es válido, y en tal caso lo que sucederá es que hay derecho a proceder como si el testamento no estuviese revocado, a los solos efectos de conseguir la forma de documento público para el reconocimiento.

En otros casos, al revocarlo realmente, la destrucción del documento impedirá averiguar la existencia de un reconocimiento del que no quedarán huellas.

Pero lo mismo en los casos que se trate de revocación real que en los que se trate de destrucción no debida a revocación—porque no toda destrucción ha de proceder de revocación real—creemos que si se puede reconstruir la existencia del reconocimiento en el testamento, será válido (14).

IV. Reconocimiento en "OTRO documento público"

Además del acta de nacimiento y del testamento, el reconocimiento puede verificarse en cualquier otra clase de documento público, que a tenor del artículo 1.216 del C. C. es el autorizado por un Notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley (cfr. L. E. C. artículo 596).

(13) Así también CARRESI, p. 95; CICU, Reconocimiento, p. 3.

(14) Así también CICU Reconocimiento, y Sent. Tribunal de Torino 1 VII 1946. Cfr. también CARRESI, p. 91 ss. y COSATINI, p. 207 ss. En contra DEGNI, comentario al artículo 254 y 255.

Todo documento público es apto para verificar el reconocimiento, ya que el artículo 131 del C. C. no excluye ninguno.

Los más corrientemente empleados a tal fin, serán, sin duda, la escritura pública y el acta de matrimonio de los padres (cfr. Ley del Registro civil artículo 67-9.º) (15).

No pretendemos aquí, ni podría ser, enumerar todos los posibles documentos públicos. Sólo indicaremos algunas decisiones del T. S. sobre el particular, y opiniones de la doctrina.

No puede menos de reputarse como documento público la partida sacramental de matrimonio en la que los padres reconocen solemnemente a un hijo (sent. 11-IV-1898).

También ha declarado el T. S. como ya dijimos, que no es documento público la partida sacramental de bautismo.

SANCHEZ ROMAN (16) advierte que como documento público debe calificarse el acta de conciliación (L. E. C. artículo 476) (17).

Sobre el reconocimiento por comparecencia ante el Juez Municipal ha declarado el T. S. «que el artículo 131 sólo otorga validez al acta de nacimiento al testamento y a otros documentos públicos, carácter que no es posible atribuir a aquella comparecencia, puesto que no se halla incluida entre ninguno de los documentos enumerados como tales en el artículo 596 de la L. E. C., ya que la Ley sólo atribuye al funcionario encargado del registro civil de las personas, la función de autorizar el reconocimiento de hijo natural en el acta de nacimiento de éste, pero no fuera de ella» (sent. de 7-VI-1949).

PUIG PEÑA (18), finalmente, se pregunta si será posible hacer el reconocimiento en las capitulaciones matrimoniales otorgadas ante el Secretario del Ayuntamiento (artículo 1.324 del C. C.) (19) o en interrogatorio practicado ante la autoridad

(15) Y las certificaciones del acta de matrimonio (V. SCAEVOLA, p. 374) ya que las certificaciones expedidas por los encargados del registro son documentos públicos (v. MANRESA I p. 622).

(16) Página 1.030.

(17) Así también cfr. SAVATIER R. número 400; CARCIENTE, p. 54; ZACHARIÆ-CROME § 538, p. 541 y nota 23, (véase sobre este y otros supuestos). Sobre otros supuestos v. CICU, p. 149 y ss.

(18) Página 78.

(19) DE BUEN—p. 604—creo que sí.

judicial. Este último punto—indica—ha sido discutido y parece que un sector de la doctrina se inclina en sentido positivo (20).

EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

I. Efectos

El efecto del reconocimiento en cuanto acto jurídico es, conferir al reconocido un *status jilii*: el de hijo natural reconocido.

Los derechos que se le concedan, los deberes que se le impongan, y, en general, las relaciones jurídicas concretas en las que, con motivo del reconocimiento, aparezca como sujeto, no son sino el contenido de ese estado que se le confiere.

Pero el estudio de todo ello no es de este lugar sino que se verifica al tratar de los estados de la persona, ya que nosotros sólo estamos examinando un medio, y no el único, de conseguir el estado de hijo natural reconocido, pues también la declaración judicial de paternidad lo atribuye.

Dentro de los límites en los cuales la relación biológica de filiación, mediante el reconocimiento, da lugar a un estado de filiación, tiene un carácter de relación orgánica, sujeta a los principios generales propios de las relaciones de Derecho de familia (21). Sin embargo, no son aplicables al estado de filiación natural reconocida, sin más, los principios y normas propios del estado de hijo legítimo. El elemento común de ambos, la relación de filiación, tiene carácter y disciplina fundamentalmente distintos (22). El estado del hijo natural reconocido se agota en las relaciones con su padre y aunque estas relaciones se hayan constatado respecto a los dos padres, se tienen dos relaciones distintas de filiación, dos estados independientes entre sí (23).

Sentado lo anterior debemos resolver ahora dos cuestiones: la eficacia del reconocimiento, ¿es independiente de su anotación en el Registro?, y, ¿desde qué momento se producen sus efectos?

(20) Así recientemente SANATIER R. n.º 400, cfr. también COVIAN página 814.

(21) CICU, p. 130; BIANCHI, p. 27 y ss.; DUSI, p. 547 y 571.

(22) CICU, p. 130; BIANCHI, p. 29; DUSI, p. 548 y ss.

(23) CICU, p. 129.

II. ¿Son independientes de la anotación en el Registro?

Respecto de la primera cuestión que la respuesta en nuestro Derecho positivo debe ser afirmativa: el reconocimiento es eficaz y el estado se adquiere, pues, aunque aquél no haya ingresado en el Registro. En tal caso no habrá todavía un título de estado. Este no se puede acreditar mediante título, sino mediante el documento en el que el reconocimiento se haya verificado, o, probando, de cualquier manera, que se verificó debidamente. Pero tal reconocimiento existe y es eficaz (24).

Contrariamente COSATTINI cree que el reconocimiento que aún no ingresó en el Registro es ineficaz en orden a la atribución del estado (25).

Nosotros pensamos que tal postura no puede acogerse para nuestro Derecho, aparte de que es también equivocada para el italiano (26). Creemos que los efectos del reconocimiento se producen desde el momento que el acto se perfecciona (o a la muerte

(24) Para el Derecho francés, cree SAVATIER R., número 103, que la regla de que el reconocimiento prueba la filiación *erga omnes* no puede aplicarse a los reconocimientos hechos fuera del Registro, hasta que sean transcritos.

(25) Números 60 y ss., p. 185 y ss.

Para COSATTINI, el reconocimiento tiene un efecto autónomo como negocio jurídico, la fijación del hecho de la procreación y, asimismo, para este autor, el reconocimiento se integra en otro supuesto de hecho juntamente con otros dos elementos: la relación de filiación biológica y el ingreso del reconocimiento en el Registro. El supuesto de hecho compuesto por esos tres elementos es el que produce el efecto de constituir el estado. Por ello, éste no surge antes del ingreso del reconocimiento en el Registro, pues hasta tal ingreso, el supuesto de hecho está incompleto. Pero, además, COSATTINI, piensa que, aun completo el supuesto de hecho, es ineficaz hasta la constitución del título de estado, que es condición de eficacia respecto de aquél.

Y como el título de estado de hijo natural es el acta de nacimiento de tal hijo con la anotación del reconocimiento, hasta que no ha practicado dicha anotación no hay título de estado, y, por tanto, no se adquiere el estado (El supuesto de hecho se completa antes de la constitución del título, ya que el reconocimiento no tiene acceso al Registro mediante la anotación en el acta de nacimiento, sino que primero se transcribe, y a la transcripción sigue la anotación del reconocimiento transcrito, en el acta de nacimiento del reconocido).

(26) Contra COSATTINI, últimamente CICU, p. 136, nota 7, y extensamente, ATTARDI, el cual dedica todo su trabajo a demostrar, principalmente cómo el título de estado no es ni condición de existencia ni condición de eficacia del estado.

del testador) y concurren al consentimiento del hijo o la autorización judicial, cuando son precisos, y no se hallan tales efectos subordinados a la previa anotación del reconocimiento en el Registro civil.

Falta en nuestro Derecho base alguna que permita vincular la eficacia del reconocimiento a tal anotación. Pues ni de las disposiciones del Código referentes a la filiación legítima (artículo 115 y ss.) o legitimada (artículo 123) o adoptiva (artículo 179) o al matrimonio (artículo 53 y ss.), ni de las disposiciones de la Ley del Registro civil referentes a la anotación del reconocimiento (artículo 60, 61, etc.), ni de otra disposición alguna, es posible sacar argumento favorable a la tesis de que la constitución del título condicione la adquisición del estado de hijo natural reconocido. Mientras que las normas referentes a los diversos estados, y precisamente la excepcional privación de efectos civiles al matrimonio canónico, que prevén los artículos 77 y ss. (27) confirman la existencia de la regla general contraria en materia de estado civil. Incluso en pro de nuestra tesis podemos alegar lo que GARCIA GOYENA (28) decía comentando el artículo 358 del Proyecto de 1851: «El reconocimiento quedó ya perfecto por la escritura, según el artículo 124, y desde entonces adquirió el hijo su estado y derechos de reconocido: estas formalidades (inscripción en el libro de nacimientos) posteriores son meras precauciones y referencias para el mejor orden y mayor facilidad».

No ignoramos, sin embargo, que es posible se sigan inconvenientes de la falta de publicidad que la no anotación supone, pero, en todo caso, tales inconvenientes no fundamentan la necesidad de la anotación para la eficacia del reconocimiento. Contra quien pretendiera basarla en ellos se podría alegar:

1.º Que nuestro Derecho no acoge regla general alguna a cuyo tenor la constitución del título de estado sea condición de eficacia del estado (29).

(27) No podemos entrar aquí a examinar el dislate que supone, dentro de nuestro Derecho, el privar de efectos civiles al matrimonio canónico no inscrito. Baste sólo decir que tal privación de efectos se queda en meras palabras, y que el matrimonio canónico, aun no inscrito por culpa de los contrayentes, produce tantos efectos civiles como el matrimonio civil no inscrito.

(28) Página 329.

(29) Cfr. DE CASTRO, p. 81.

2.º Que tampoco hay disposición especial que lo ordene en el caso del reconocimiento.

3.º Que tal publicidad no es tan efectiva, como lo demuestra, por ejemplo, el propio Código civil en su artículo 113 *in fine*.

4.º Que los inconvenientes de que el reconocimiento fuese ineficaz hasta su anotación no serían menores que los de su eficacia a pesar de dicha anotación.

III. Momento desde el que se produce

Respecto a la segunda pregunta que hacíamos, ¿desde qué momento se producen los efectos del reconocimiento?, creemos que, salvo lo que decimos en el caso *infra* A), no hay efectos retroactivos. Así que se trata de ver desde cuándo se producen esos efectos irretroactivos.

1. Nuestra opinión

A) Cuando son precisos la autorización judicial o el consentimiento del reconocido, los efectos del reconocimiento no se producen hasta que aquéllos concurren, pero se retrotraen al momento en el que el reconocimiento hubiese sido eficaz si no hubieran sido precisos tales consentimientos o autorización.

B) Y ese momento es:

a) El de la existencia del reconocimiento hecho en documento público.

Existe el reconocimiento desde que se extiende el acta de nacimiento en el Registro, o desde que se otorga el testamento-documento público, o desde que se otorga el «otro documento público».

b) El de la muerte del testador si se reconoció en testamento que no sea documento público.

2. Examen particular del caso de reconocimiento testamentario

Por lo que respecta al reconocimiento testamentario hemos de hacer un examen más detallado de nuestra afirmación.

Sobre ello se discutió mucho, principalmente en la doctrina italiana. El Código de 1942 solucionó el problema disponiendo

que el reconocimiento produce efectos a partir de la muerte del testador (artículo 256) (30).

ROYO (31) piensa «que el carácter secreto del testamento cerrado y del ológrafo demoran por esta circunstancia los efectos del reconocimiento hasta la protocolización, *post mortem* del testador».

La posición que concede eficacia al reconocimiento desde que se realizó nos parece razonable para el caso de que el testamento otorgado sea documento público, y, en tal caso, hasta el funcionario tiene el deber de ponerlo en conocimiento del encargado del Registro civil, para su anotación. (Ley Registro civil artículo 61, cfr. Reglamento Notarial artículo 254). Por otro lado, el que quiera evitar tal eficacia o publicidad del reconocimiento puede hacerlo en otra clase de testamento.

Pero en el caso de que se reconozca en testamento que no sea documento público creemos más acertado que el reconocimiento, aunque existe desde el otorgamiento del testamento, sea eficaz sólo al morir el testador.

Cualquier objeción contra esta afirmación nuestra, tendría la fácil respuesta de que quien quiere reconocer con *eficacia desde ahora*, puede hacerlo en documento público. Pero no es admisible quererlo *eficaz desde ahora*, para que sea conocido sólo al momento

(30) Para las opiniones sobre el Código de 1865 v. ROMANO, § 15, p. 82 y ss.; SCADUTO, p. 19 y ss.

El art. 256—1.º del Código de 1942 dice: «El reconocimiento es irrevocable. Si se realiza en un testamento produce efecto desde el momento de la muerte del testador, aunque el testamento haya sido revocado». La R. G. al Proyecto definitivo, decía—número 264—: «He querido aclarar que los efectos del reconocimiento testamentario se producen al momento de la muerte del testador, en conformidad con la naturaleza del acto en el que se contiene el reconocimiento».

Después del nuevo Código v. COSATTINI, n.º 66, p. 203; CARRESI, p. 92; AZZARITI y MARTINEZ, p. 872; CICU, Reconocimiento, p. 4 y ss. Como dice éste—p. 5—«la doctrina bajo el nuevo Código no se explica bien del todo. No está claro si el reconocimiento no puede tener efectos antes de la muerte porque no puede tener efecto el testamento, o bien porque no pueda tenerlo el reconocimiento por sí mismo. Ya que no se duda que éste es acto que conserva su propia naturaleza, se debería considerar que la ineficacia del reconocimiento depende del no poder hacer valer el documento en el que se contiene».

(31) Página 273.

de la muerte (32). Tal *eficacia oculta*, o se queda sólo en palabras o es inadmisiblemente práctica, y más expuesta a problemas y complicaciones que beneficiosa.

Y, desde luego, no es lo mismo el caso de tener, por ejemplo, oculto el reconocimiento hecho en un testamento ológrafo, para que luego sea eficaz desde el otorgamiento, que el caso de que, siendo conocido, por haberse hecho en documento público, pueda ser eficaz desde su realización, cuando concurren el consentimiento del hijo o la autorización judicial.

Por lo cual no se puede pensar que admitida la eficacia retroactiva en el caso de la autorización judicial o del consentimiento, habría la misma razón para admitir la *eficacia oculta* en el caso que ahora tratamos.

A pesar de todo, no dejamos de darnos cuenta de que ni nuestra Ley —que calla absolutamente— ni tampoco nuestra jurisprudencia distinguen en cuanto al momento de eficacia de los reconocimientos testamentarios, según el testamento sea o no documento público. Pero nuestra distinción la pensamos aceptable sobre todo en base a que la *normal* eficacia del contenido de los actos *mortis causa* se produce al momento de la muerte. Y aunque el reconocimiento no sea acto *mortis causa*, su eficacia al momento de la muerte, podría apoyarse en el acto en que se contiene. Y el adelantarse de los efectos en el reconocimiento hecho en testamento-documento público podría explicarse, no en base al testamento sino al documento público.

Concluyendo: si el testamento en que se reconoce no es documento público, existe prácticamente una excepción al principio de que no está permitido al reconocedor limitar los efectos del reconocimiento, difiriéndolos en el tiempo.

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

(32) Aunque los efectos del reconocimiento se produzcan *ex lege* y aunque no sea admisible someterlo a término, no conviene olvidar que es influyente la voluntad del reconocedor, en cuanto puede realizar o dejar de realizar o retrasar el acto del reconocimiento. Por lo cual el razonar sobre cual haya sido esa voluntad, puede servir, al menos indirectamente, para adoptar una u otra posición.

AUTORES Y OBRAS CITADOS EN ESTE TRABAJO (*)

- ATTARDI.—Eficacia jurídica degli atti di stato civile, Città di Castello, 1949.
- AZZARITI y MARTINEZ.—Derecho civil italiano secondo il nuovo Codice, 2.^a edición, II, Padova 1943.
- BIANCHI.—Curso de Codice civil italiano, 2.^a edición, VI-2.^a, Torino 1908.
- CARCIENTE.—De la condition juridique de l'enfant naturel simple en Droit comparé, 3.^a edición, París 1951.
- CARRESI.—Il riconoscimento dei figli naturali, Milano 1940.
- CASTAN.—Derecho civil, IV, 6.^a edición, Madrid 1944.
- CICU.—La filiazione, 2.^a edición, Torino 1951.
- CICU.—Riconoscimento in testamento distrutto, separata de Il Foro padano, mayo 1947.
- COSATTINI.—Il riconoscimento del figlio naturale, Padova 1942.
- COVIAN.—Hijos naturales, en Enciclopedia Seix tomo XVII.
- DE BUEN.—Notas a la traducción del Curso de Colín y Capitant, I, Madrid 1922.
- DE CASTRO.—Derecho civil de España, II-1, Madrid 1952.
- DE GNI.—Comentario al C. C., dirigido por D'Amelio, libro I, Firenze 1940.
- DUSI.—Della filiazione e dell'adozione, 2.^a edición Napoli-Torino 1924.
- FEDELE.—In tema di riconoscimento di filiazione naturale, en Foro italiano 1943, I, 324 ss.
- GARCIA GOYENA.—Concordancias, motivos y comentarios del C. c. español, I, Madrid 1852.
- MANRESA.—Comentarios al C. c., I, 6.^a edición, Madrid 1943.
- OLIVA.—Reconocimiento de hijos, en Diccionario de Derecho Privado, II, Barcelona 1950.
- OYUELOS.—Digesto, tomo I.

- PAGANO.—Sul riconoscimento di filiazione naturale nell'atto di battesimo, en Giur. it. 1946, I, 2, 471 ss.
- FUIG PEÑA.—Tratado de Derecho civil español, tomo II, vol. II.
- RAAPE.—La posizione giuridica del figlio naturale secondo il nuovo C. c. italiano, en Annuario di Diritto comparato, 2.^a serie, vol. XVII, fasc. 2.^o, 1943, pág. 91 y ss.
- ROMANO.—Appunti sulle disposizioni testamentarie attinenti al Diritto di famiglia, en Annali. Perugia 1931 (XL).
- ROYO.—Derecho de familia, Sevilla 1949.
- SANCHEZ ROMAN.—Estudios de Derecho civil, 2.^a edición, V-2.^o, Madrid 1898.
- SAVATIER (RENÉ).—Cours de Droit civil, 2.^a edición, I, París 1947.
- SCADUTO.—Note sul regolamento della fillazione naturale secondo il progetto del libro I. C. c., en Annali Messina V (1931) página 7 y ss.
- SCAEVOLA.—Código civil, III, 5.^a edición, Madrid 1943.
- ZACHARIAE-CROME.—Manuale di Diritto civile francese, trad. italiana, vol. III, Milano 1908.

(*) Para descargar las notas insertamos esta lista de autores y obras. En dichas notas se cita sólo con el nombre del autor y el número correspondiente a la página o columna de la que aquí indicamos. Como de CICU utilizamos dos, la segunda va individualizada con el término «Reconocimiento», primera palabra de su título.

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL PROBLEMA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

— SUMARIO —

Algunas cuestiones en torno al
problema de la independencia
judicial

Por D. VALENTÍN SILVA MELERO

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL PROBLEMA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Algunas de las cuestiones que se enuncian en este trabajo han sido tratadas en otro lugar bajo el título «En torno a la función del Juez en el Estado moderno» (Rev. de la Universidad de Oviedo-1944) Ahora se plantea el problema objeto de estudio en relación a conclusiones prácticas con referencia a algunas direcciones legislativas y doctrinales de la post-guerra.

La Sociedad humana, desde que organizada, proclamó el principio «de que a nadie es lícito tomar la justicia por su mano», expresión gráfica de que la función de juzgar no compete al particular interesado, sino que es misión de un Organó independiente, cuya actuación se regula con mayor perfección, a medida que se va robusteciendo el poder del Estado, ha tendido siempre a valorar esta función como la de importancia más destacada y ha cifrado su mayor orgullo en realizar la justicia con mayor exactitud.

Cierto que este ideal se ha frustrado muchas veces, como otras muchas obras de los hombres, ha quedado en ocasiones como un mero propósito, y en otras, en apariencias y formulismos, pero en todo caso en el fondo de las conciencias, con excepción de aquellas en que la desviación ha sido total, palpita el ideal de lo justo como una razón suprema.

Cuenta Weisler en su «Geschichte der Rechtsanwaltschaft» que *el definidor del Derecho*, se explicaba en un mito nórdico, por la aparición taumatúrgica de una figura que descendiendo de los Cielos llegó a la tierra en una embarcación,

perdida en los mares y que las olas arrastraban hasta las playas de Frisia. A este ser mítico, se le denominó *Asega* y su misión era decir *el Derecho*: en una palabra, ser Juez. Tan elevado se estimó el concepto, que se le hizo descender del Cielo a la tierra, sin duda porque la función de juzgar merecía en el sentir popular los mejores conceptos de elevación... Y así fue siempre: Preocupación de filósofos, historiadores, teólogos y juristas. Antorcha de revoluciones, en cuyo fondo turbulento fluye, a veces por derroteros equivocados, el anhelo de la justicia. Conmociones políticas y sociales, que aspiran, a veces, también, con la inconsecuencia explicable por los errores humanos, al imperio de la Justicia que ha sido el motor, de turbulencias, guerras, conmociones políticas y sociales, proyectadas al logro de aquel ideal.

Para dar a cada cual lo que le corresponde, según el concepto tradicional, se organizó una institución calificada de Poder Judicial, unas veces, y de función jurisdiccional otras, y a este fin, se designaron e instituyeron los Jueces, encargados de realizar el Derecho, de hacerlo valer, de que mediante sus resoluciones el orden jurídico perturbado se restablezca, para que la situación de hecho marche paralela al Derecho, y no vayan ambos por caminos o derroteros extraviados, según el concepto del pandectista *Windscheid*.

Pero esta función judicial plantea múltiples exigencias. De un lado condiciones humanas que supongan gran claridad de inteligencia, valor y entereza, comprensión y flexibilidad. De otra parte, una gran formación jurídica y moral, una objetividad para garantizar un juicio imparcial, sin consideración a ningún estímulo que no sea el cumplimiento del deber, y en cualquier supuesto la eliminación de cualquier influencia o sugestión partidista. Es lógico, por consiguiente, la aspiración de una independencia del Organó jurisdiccional, que de no estar eficazmente garantizada, imposibilitaría la realización de la función. Ahora bien, una síntesis de los problemas que abarca este tema aparece llena de dificultades, porque sin duda el proceso histórico no siempre ha sido interpretado con exactitud, y además, la cuestión de la independencia de los Jueces va más allá del puro problema político. Está afectada por la posición del Juez en relación a la norma, por el orden institucional del Estado, por la situación del Juez dentro del Proceso en relación a los poderes de dirección e impulso y, por último, es inevitable contar

con la serie de proyecciones de la mente humana, hacia la realización ilusionada de utopías, que es preciso recortar en su realización práctica, valga la expresión, para hacer viable un anhelo que no exageramos si calificamos de transcendental y de dimensiones universales.

Históricamente se ha negado la existencia de una independencia judicial, hasta los días de la instauración del llamado estado de Derecho, conforme a la teoría de *Montesquieu* para quien la exteriorización de la soberanía del Estado radica en la división de los Poderes, principio deducido de la ordenación inglesa, cuya constitución era, a su juicio, la base de los modernos criterios fundamentales sobre la independencia judicial.

Sin embargo este problema preocupó con anterioridad y sino de *jure*, al menos de *facto*, se consideró mucho antes de las direcciones revolucionarias, la importancia de la función jurisdiccional, el prestigio y la independencia de la Magistratura.

Hay un modelo de jueces que pervive en el recuerdo desde épocas remotas: el Pretor romano, uno de cuyos méritos principales se ha dicho que fué la aplicación de las Leyes, a relaciones jurídicas que literalmente no comprendían, remedio que permitió mantener en vigor normas incompletas y anticuadas. Conciliaron el texto legal a las nuevas necesidades de los tiempos, proveyeron a las deficiencias de las *doce tablas*, fundamental en el Derecho Privado de Roma, y obligatoria aún en los días lejanos del Imperio. Dieron el Derecho justo para cada caso concreto, magnífico arte, que labraron fundamentalmente con sólo tres principios: *et honeste vivere. alterum non laedere y suum cuique tribuere*. De ellos ha podido decirse que cuando tales hombres existen, las prescripciones y reglas pierden importancia. El Proceso romano que *Ihering* entendía como una mecánica fría, fué una leyenda con la que *Wlasack*, el gran romanista, terminó, poniendo de relieve la inexistencia de un Pretor autómatas. El Juez romano era un hombre que fundamentalmente merecía la máxima confianza. Antes de producir su sentencia consultaba al *Consilium*. En la penumbra de la Sala de audiencia, se percibía la figura del *Prudente*, asesor desinteresado y Consejero magnífico. El resultado fué una justicia que si no perfecta, se aproximó a este ideal de perfección

y a la que nadie osó jamás ironizar ni zaherir. Mereció el respeto de todos.

Corre el tiempo en la Historia. Roma queda en la lejanía. La influencia germánica llegará al Juez hasta el automatismo. Espectador en la contienda, el litigio es un duelo. La prueba en el Proceso, no va a dirigirse a formar el libre convencimiento del Juez, sinó que será el resultado de la intervención de fuerzas sobrenaturales. Después en el Proceso común, resultante de diversas tendencias, la sátira va a prender en las carnes de los juzgadores y la desconfianza en la función impondrá la tónica.

El absolutismo de Estado se traducirá luego en la fórmula del Rey Sol «*L'Etat c' est moi*» y los detractores del sistema exclamarán años más tarde «lo que quería el Rey lo quería el Juez». Este no tenía libertad y debía hacer lo que mandaba el monarca, por lo menos, así lo afirmaban los que iban a producir nada menos que una Revolución. ¿Fué ésto exacto? Veámoslo:

Federico el Grande vive en *Sans Souci*. El Rey absoluto protege a filósofos en boga. El titulado autócrata, no tiene inconveniente en acoger las ideas innovadoras de Beccaria, que dulcifican las duras penalidades de la época. En las cercanías de la regia mansión, un molino es la vida toda de un menestral que con su industria atiende al sustento de los suyos. El Rey, a quien desagrade, al parecer, el ruido monótono de la labor dura, llama a su presencia al molinero para que le transmita la propiedad del molino, a lo que el interpelado se niega.

—Bien, dice el Monarca, me lo cederá por la violencia.

La respuesta del molinero queda prendida en la páginas de la Historia...

—Podrías hacerlo, responde, si no hubiera Jueces en Berlín.

Lo cuenta *Schiffert* en su obra «*Die Deutsche Justiz*». *Pierre Benoit* llevará tema parecido a las páginas de la novela.

El hecho no era nuevo, tiempo atrás los Jueces de Aragón habían absuelto a Antonio Pérez, y no precisamente con la voluntad de Felipe II; y en nuestro Teatro clásico el respeto de los Reyes por la Justicia, aparece con aquella elocuencia que Calderón hace vivir, poniendo en los labios de Pedro Crespo, la frase laudatoria dirigida al Rey que aprueba la justa pero ilegal resolución de Alcalde de Zalamea. ¡Sólo Vos a la Justicia tanto podáis honrar...! Era natural, el español conocía muy bien la famosa sentencia de San Isidro de Sevilla «*Rex eris si recte*

facies», que con los años, se traducirá en la frase famosa de «Rey serás si fueras Derecho, e si non, non serás Rey»...

No obstante, las corrientes enciclopedistas propugnaron la terminación del arbitrio judicial, con la exclusiva vinculación del Juez a la Ley, lo que se hizo realidad, como es sabido, ulteriormente dentro de la teoría ya aludida de la separación de poderes, aunque sea forzoso reconocer que la realización total de este principio apareció pronto como imposible. *Esmein* ha dicho que, uno de los Poderes domina a los demás a pesar de todo, y éste es necesariamente el Poder legislativo, y en la práctica la teoría de *Montesquieu* en la cual cada poder es vigilante del otro, el recíproco *Kontrol System* del Estado parlamentario-democrático, produce un cuarto Poder: el del Gobierno, que en nuestros días ha llegado a ostentar destacada preeminencia con las consecuencias dolorosas señaladas por *Ripert* en su libro «Le déclin de Droit». Por lo demás teóricamente los principios aludidos determinaron la figura de un Juez encadenado, preso en las mallas de la Ley, de la que el Juzgador no es más que su altavoz. Juez deshumanizado se ha dicho, que ha perdido el cerebro al mismo tiempo que el corazón y el alma. *Bettioli* ha puesto de relieve recientemente, como por medio de la aplicación rigurosa del principio de legalidad se puede privar a los Jueces de su independencia, sin contar naturalmente con que aún en Estados democráticos, ésta no ha sido siempre respetada, pese a todas las declaraciones teóricas.

Contra la anulación de la personalidad de los Jueces fué lógica la reacción de la doctrina, y la repulsa de los hombres que tenían asignada la función de juzgar. El Derecho no está todo en la Ley, es preciso distinguir entre el Derecho legal y el justo, proclamará *Stammler*. El ideal será buscar el fin, que es el creador del Derecho dirá *Ihering*; dictar buenas sentencias, aunque sea con malos fundamentos exclamará *Kohler*; proceder según normas rectas etico-teológicas agregará *Wieland*. La jurisprudencia conceptual, pierde terreno, para dar paso a las tendencias del Derecho libre uno de cuyos matices más destacados será la llamada jurisprudencia de intereses. Eugenio *Ehrlich*, ya en esta ruta proclama la existencia de lagunas en la Ley, que es preciso llenar *ex aequo et bono*. Parece como si se produjera una visión retrospectiva.

Por eso *Adickens* expresará que juzgar es más que asunto propio del entendimiento cosa propia del corazón y del carácter. *Heck* admitirá hasta las resoluciones contra la Ley en caso de necesidad extrema, y *Max Rumpf*, ya en plena rebeldía afirmará que el Juez admite apreciaciones, no es un esclavo de la Ley, tiene una personalidad respetable. *Bülow* habla de que la Ley no llena toda la finalidad, siendo un plan para una futura y deseada ordenación que el Juez ha de completar, y *Goldschmidt*, liberal, desarrollará su tesis de la doble ordenación jurídica, una la legal y otra la judicial, las cuales, cada una en su esfera, regulan la vida del Derecho. ¡Se ha quebrado la legalidad formal! Se han venido abajo las ilusiones de los doctrinarios de la Revolución, que soñaron con un Juez autómatas y con una Ley que lo previera todo. Entre el asombro general, *Magnaud* absolverá a Luisa Menard, culpable de hurto de pan, frente al texto literal de la Ley, con aquel considerando famoso, crítica despiadada de un sistema «de que es lamentable que en una sociedad bien organizada alguien pueda carecer de pan». Se deshizo el encanto. La ficción revolucionaria de formulismos, fracasa con estrépito en la propia Francia cuya Magistratura muestra su gran capacidad adoptando el Código de Napoleón a las nuevas exigencias, con arreglo al lema de Saleilles «Par le Code Civil mais au delà du Code Civil».

La vinculación del Juez a la Ley parece que fué inspiración inglesa, pero se olvidó que el Juez inglés como el Prætor romano son hombres en los que se confía. En el Continente se impuso la nota de desconfianza y por eso no se pudo comprender el principio británico de «hombres y no normas» postulado con el que se tropieza en opinión de *Mendelshon Bartholdy*, cuando tratamos de derivar del sistema inglés una conclusión para mejorar nuestra ordenación. De la Magistratura inglesa ha dicho *Beceña*: «El hombre no sucumbe ante la letra de la Ley, sinó que ésta es vivificada por aquél, en los límites que permite un sentido de la Justicia y la equidad en que se inspira, pero para lograr ésto hace falta una formación jurídica forjada en la misma lucha donde el Derecho se debate. La Ley se impone a la comunidad como guía de conducta, a través de su interpretación por los Tribunales, que son los que ponen vida en las palabras muertas de la Ley».

El continente europeo no siempre copió bien estos principios, y la consecuencia fué, que por mantener un concepto de legalidad formal en primer plano, se olvidó en ocasiones la

Justicia, y ello naturalmente motivó que quedara en el aire un problema que un día se creyó definitivamente resuelto.

El siglo pasado es en un aspecto, un período de lucha entre el pensamiento positivista con su culto a la Ley, y a los conceptos, y el pensamiento teológico, que da entrada en la esfera del Derecho a las realidades materiales e ideales de la vida. Pero para que esto pueda realizarse, es indispensable que el Juez posea unos poderes y atribuciones, y es necesario proclamar principios en orden a los Poderes de dirección e impulso procesal de los Jueces, ya que su independencia sería ilusoria si dentro del Proceso aparece como una sombra, como una estatua, inhibido de las luchas de los hombres. Hasta hace poco tiempo, con la excepción del Código procesal austriaco, que se calificó de autoritario. ¿Cuál era el panorama de la posición del Juez dentro del Proceso en el Continente? Pues aproximadamente la misma que nos ofrecen nuestras Leyes Procesales, de la que con referencia a la civil pudo decir Becuña, que era casi el Proceso común, aquel tipo procesal de acusada desconfianza en el Juez quien se nos presenta cruzado de brazos, presenciando la consumación de la injusticia, en ocasiones, sin poderlo evitar, y asistiendo impasible a todas las tentativas de fraude procesal, presenciando como las partes pueden mentir a su antojo, incluso bajo juramento, según la expresión de *Wetzell*.

Ante esta realidad parece difícil hablar de independencia judicial y de sus garantías, si queda pendiente el hondo problema de conciencia, si no se satisface la preocupación por la Justicia meta en definitiva de la actuación del Juez, que no queda cumplida con teóricas declaraciones, si no que precisa realidades tangibles y prácticas, y si es cierto que esta situación ha cambiado en algunos países por el influjo de teorías políticas diferentes a los del Estado democrático-liberal, parece que es indispensable hacer de la contienda judicial un instrumento eficaz de realización del Derecho. El Juez ha de gozar de un margen de libertad, con poderes directivos dentro del Proceso, sanciones para la falsedad y la mala fé, y exigencia a las partes en el Proceso civil de un deber de veracidad, con sanción penal para el delito de fraude procesal. Juez activo y subordinación de los

intereses privados a los públicos cuando aquéllos entran dentro del marco procesal.

No se trata, como fácilmente se comprende, de que el Juez pueda crear su Sentencia como un investigador o un artista crean sus producciones al modo propugnado por Saver. La función judicial tiende a velar por la seguridad del tráfico jurídico, unidad y permanencia de la jurisprudencia, seguridad del Estado, y garantía del orden y la paz, llevando a todos la certidumbre de la realización del Derecho y la existencia de garantías jurídicas. Para realizar esta función, es necesario atribuir al Juez facultades de interpretación tan amplias como precise, para obviar las lagunas de la Ley, que no existen cuando se entiende la ordenación jurídica en sentido general, pero sin exagerar el arbitrio judicial hasta desconocer la existencia de derechos subjetivos, bastando simplemente con atribuir al Juez precisos poderes para realizar su misión e instauración de aquel ideal de la justicia, de la que ha dicho *Carnelutti* recientemente que es como el oro, muy noble para circular puro entre los hombres por lo cual necesitó una aleación con otro metal, y como las Leyes son Ley de justicia, agrega el Maestro italiano, también los Jueces son Ley de verdad. ¡Bendito sea el Juez cuya sentencia posea como el oro fino Ley de 18 quilates!

Modernamente se ha considerado el problema de la independencia judicial, bajo un doble aspecto: el de la función y el de la organización.

El primero, la llamada independencia funcional, afecta a la esencia misma de la actividad jurisdiccional, que a diferencia de la administrativa, no precisa de una subordinación jerárquica, en lo que se refiere a las órdenes de los superiores, ya que el Juez está subordinado únicamente a la Ley, según las normas de interpretación y conforme a sus convicciones jurídicas. El sometimiento del Juez, pues, desde el plano de la función, es exclusivamente a la norma abstracta y general, sin intermedio de ningún sujeto. Esta independencia funcional ha sido siempre reconocida, al menos en teoría, incluso en los regímenes más autoritarios, por eso, se ha destacado como de gran valor práctico el problema de la independencia en relación a la organización judicial.

Como fácilmente se comprende, el objetivo es asegurar a los Jueces una situación jurídica que favorezca su fuerza de re-

sistencia a través de un sistema de garantías, entre las que destaca la inamovilidad, pero sobre todo, manteniendo el principio que se ha calificado de auto-gobierno de la Magistratura, único modo de hacer tangible una independencia frente a los demás poderes del Estado. En una palabra, que la Magistratura debe constituir un orden autónomo e independiente de cualquier otra potestad, principio que si, como es lógico, afecta también al aspecto funcional, se refiere fundamentalmente al de la llamada organización judicial. Por eso en el vértice de la organización judicial se ha propuesto en algunos países la creación del llamado Consejo Superior de la Magistratura, discutiéndose la composición de este Consejo y si debe estar formado exclusivamente por Magistrados o también por Representantes del Parlamento, y debatiéndose en torno al problema de quien debe ser el Presidente, llegando a propugnarse que lo sea el propio Jefe del Estado.

Este Consejo ha sido previsto recientemente por las Constituciones vigentes en Francia e Italia y sus funciones vienen a ser una limitación de las del Ministro de Justicia, en lo que respecta a la ordenación judicial; preocupando la cuestión de si tal Consejo, pudiera determinar la formación de una especie de casta que pueda eventualmente asumir una posición contraria a las direcciones políticas y a las decisiones del poder legislativo, y llegando a ser prácticamente irresponsable, inconveniente que se trata de obviar con la posibilidad de disolución del Consejo por Decreto del Jefe del Estado, y por una composición mixta de funcionarios y miembros del Parlamento en los que concurra la cualidad de Especialista en materia jurídica.

La misión atribuida al Consejo Superior de la Magistratura, se ha dicho que tiene carácter administrativo desde el punto de vista objetivo, pero con el riesgo de que sus resoluciones queden sustraídas a las garantías establecidas para los demás actos de esta índole, punto sin duda delicado y que a estas horas motiva en Italia preocupación, ya que surge la duda de si el régimen de auto-gobierno se resuelva en una atenuación del control de legitimidad establecido en interés general, y debilitando las garantías de independencia, aunque parezca paradójico, que los Magistrados han venido ostentando tradicionalmente desde la instauración del estado del Derecho. Para obviar estos inconvenientes se ha propugnado que contra las resoluciones del Consejo Superior se establezca el régimen normal de Recursos de naturaleza administra-

tiva previstos para las demás resoluciones de la Administración Central

La serie de cuestiones político-sociales y técnico-jurídicas que ha planteado en otros países, el llamado Consejo Superior de la Magistratura, no ha llegado a puntos de vista unánimes que permitan mantener la armonía entre las diferentes direcciones, pero la verdad es que las discrepancias se refieren a la reglamentación de la Institución, manteniéndose en la hora actual en general la conveniencia del auto-gobierno.

En cualquier caso la independencia del Consejo de referencia en relación a los demás órganos constitucionales no puede hacerle incontrolable o irresponsable. Sus actos, repetimos, pueden estar sometidos al control ordinario, según su naturaleza objetiva. Se trata, en definitiva, de un Consejo, como puede ser el de Estado o el Tribunal de Cuentas, cuya independencia se ha dicho con razón recientemente por el Profesor *Pergolesi*, no los hace, ni mucho menos, incontrolables.

Por lo demás, la objeción de que tal Consejo pueda llegar a ser el representante de una casta o cuerpo muerto, en el cual pueda existir el peligro de que se interprete el Derecho con rígida inamovilidad, parece peligroso imaginarlo, ya que se trata de que tales Consejos tengan naturaleza administrativa, y no judicial, desde el punto de vista de su concreta y específica misión.

Concretando, pues, nuestro punto de vista, diremos con el Profesor *Castán*, de que el sentido de la independencia judicial supone en las Sentencias y en las demás actuaciones que los Tribunales deben atenerse a la Ley, pero a través de sus propias concepciones jurídicas, y si dependen de la Ley ha de entenderse ésta en sentido amplio como norma jurídica. En cualquier caso, la independencia judicial, tanto equivale a percibirla en su proyección exterior, posición de la Magistratura frente a los Poderes públicos y fuerzas sociales, como en la anterior, posición del Juez frente a las partes y en relación a la desvinculación del Juez en el ejercicio de su ministerio, de sus afectos o desafectos terrenales. Y si el primero de aquellos aspectos, el político, tiene indudable importancia, el segundo no conviene desvalorizarlo. Tanto importa a una independencia judicial no estar al alcance de la

influencia del Gobierno ni de los partidos políticos, como aparecer desvinculada de las propias pasiones, afectos o desafectos, y siendo ineludible una ordenación procesal que permita realizar la justicia sin otras ataduras que las indispensables en función de las garantías ineludibles.

Magistratura, pues, al margen de función o cargo político, y ordenación que haga realidad la independencia y la tutela.

Resumiendo, pues, las garantías de la independencia judicial, pudiéramos especificarlas en las siguientes:

1.^a—Sistema apolítico y rigurosamente técnico de ingreso en la Carrera Judicial por medio de un procedimiento que asegure la adecuada selección del personal, tanto desde el punto de vista de la capacidad y competencia, como de la formación moral.

2.^a—Un límite en la edad de ingreso que asegure la indispensable madurez.

3.^a—Indispensables garantías de inamovilidad con una correlativa responsabilidad efectiva.

4.^a—Un sistema de escalafón, ascensos y provisión de vacantes, libre de ingerencias gubernativas.

5.^a—Régimen de auto-gobierno de la Magistratura, bajo la dirección, control y exclusiva competencia del más alto Tribunal de cada país y de sus Organismos Inspectores.

6.^a—Remuneración holgada, que asegure la independencia económica y atraiga a la función judicial a lo más selecto de los juristas de cada país.

7.^a—Una ordenación legal que permita a los Jueces amplios poderes de dirección e impulso procesal.

8.^a—Tipificación y sanción penal del llamado delito de fraude procesal.

9.^a—Libertad del Juez en materia de interpretación de la Ley, conforme a sus propias convicciones jurídicas, y a las normas técnicas que regulen esta materia.

10.—Reiteración del principio de que las sentencias y resoluciones judiciales no tienen carácter general.

11.—Prohibición absoluta de ejercer cargos públicos a los Jueces y Magistrados.

12.—Mantenimiento del principio de la unidad jurisdiccional y restricción a lo indispensable de las llamadas jurisdicciones especiales.

En todo caso, la independencia judicial, al margen de las

normas que la tutelen, garanticen y protejan, será problema que dependa sobre todo de la plena y perfecta conciencia jurídica y moral del los Jueces, de sus cualidades personales, y de su formación técnica. Una personalidad relevante, será sin duda la prenda segura de una independencia que por sí sola se proclama, aunque sea ineludible que de un modo paralelo aparezca legalmente garantizada

VALENTIN SILVA MELERO

CATEDRÁTICO DE LA

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

TRIBUNAL SUPREMO

Sección dirigida por D. LUIS RIERA F. SOLIS

Sentencia de 19 de mayo de 1953

ARRENDAMIENTOS URBANOS. RESOLUCION DE CONTRATO. DESAHUCIO.

COMENTARIO: Nuestra Ley de Enjuiciamiento civil establecía que los contratos tenían como vigencia el término establecido por las partes. Y concedía al arrendador acción para desahuciar al inquilino, cuando se cumpliera el término del mismo o expirase el del aviso y por falta de pago de la renta.

Mas por las circunstancias de todos conocidas, hubo de surgir una nueva legislación que con un signo de marcada protección al inquilino, como elemento más débil, señalara que los contratos se prorrogarían forzosamente al llegar a su término, y con respecto al arrendador, y voluntariamente para el inquilino. Y para salvaguardar de algún modo los legítimos derechos de los propietarios hubo de conceder excepciones a la prórroga, y acción para resolver el contrato, todo por causas taxativas y también sobradamente conocidas.

Y en estas leyes de emergencia, ya no se habló de desahucio, sino de procesos de resolución de contrato, o de imprórroga (Art. 76 A 149 de la L. de A. U.).

Y al establecer en su sección correspondiente que jueces y Tribunales habrían de conocer de estas cuestiones, y por qué trámites, tiene una frase bastante expresiva, al decir en su artículo 162 que cuando el juicio sobre resolución de contrato, fuere por causa distinta de la de falta de pago, se tramitará por las reglas establecidas en la Ley de Justicia Municipal... pero que la ejecución de la sentencia CUANDO EN ELLA FIGURE PRONUNCIAMIENTO QUE OBLIGUE A DESALOJAR LA VIVIENDA, se acomodará asimismo a las reglas establecidas para los juicios sobre resolución por falta del pago de la renta, es decir a lo establecido en la sección cuarta, título XVII, libro segundo de la Ley de Enjuiciamiento civil, es-

to es el procedimiento para la ejecución de sentencia en los juicios de desahucio.

Pero no todos lo han entendido así, y varias veces hemos visto cómo se planteaban incidentes sobre el alcance de las sentencias de desahucio, después de la publicación de la legislación de emergencia.

Y el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de mayo próximo pasado, de que es ponente don Luis Vacas Andino, sienta la doctrina de que el desahucio acordado en una sentencia en cuanto priva al arrendatario del goce o uso de la cosa arrendada, obligándole a devolver al arrendador la posesión natural de aquella que por virtud del contrato de arrendamiento se lo había transmitido, implica la resolución del contrato dicho.

Como de las consideraciones que sirven de fundamento a tal resolución, quedan evidenciadas diáfamanamente las cuestiones de hecho, nos abstenemos de señalarlas:

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso, amparado en la causa tercera del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se funda en que teniendo los contratos carácter obligatorio y correspondiendo al arrendatario el dere-

cho de usar y gozar de la cosa arrendada, tiene que ser mantenido en este derecho mientras el contrato de arriendo no se resuelva; y como la sentencia recurrida no declara resuelto el contrato de arrendamiento existente entre la parte actora y la demandada, sino que se limita a decretar el desahucio de los locales arrendados y, en su consecuencia a condenar a los demandados a que dejen libres, vacuos y expeditos dichos locales a disposición de los actores, han sido infringidos por la sentencia expresada, según el recurrente, los artículos 1.258, 1.278, 1.543, 1.546 y 1.155 del Código civil, así como el 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en sus causas segunda y tercera; pero como la sentencia recurrida, fundándose en la infracción de la cláusula 19 del contrato de arrendamiento que prohibía a la arrendataria subarrendar y traspasar los locales arrendados sin la autorización expresa y escrita del arrendador, quien se reservaba concederla bajo la base de nuevo contrato directo entre él y el nuevo arrendatario, y en no haberse sujetado el traspaso a los requisitos exigidos por el artículo 45 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, llega a la conclusión de que procede la resolución del contrato, conforme

a la causa tercera del artículo 149 de la Ley especial, y en la parte dispositiva de dicha sentencia se acuerda el desahucio solicitado en la demanda, es visto que la resolución del contrato que se discute ha sido decretado por la sentencia recurrida porque el desahucio acordado por la misma, en cuanto priva al arrendatario del goce y uso de la cosa arrendada, obligándole a devolver al arrendador

la posesión natural de aquella que por virtud del contrato de arrendamiento se le había transmitido, implica la resolución de dicho contrato, y, por tanto, cae por su base el primer motivo del recurso, fundado en que el contrato de arrendamiento subsistía entre las partes, no obstante el desahucio decretado por la sentencia recurrida.

LUIS RIERA F. SOLÍS

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE OVIEDO

ARRENDAMIENTO DE FINCAS URBANAS
RESOLUCION DE CONTRATO.

ANTECEDENTES: Los señores G. dueños de una casa sita en la calle de Uría de esta Ciudad, concertaron, mediante documento privado de fecha 1 de marzo de 1939, con la sociedad A. C. de Oviedo, el arriendo de un piso entresuelo, para ser destinado a Casino o Club, expresándose entre otras condiciones la de que al terminar el arriendo sería devuelto el local en las mismas condiciones en que lo recibía el arrendatario, a la arrendadora, y sin que en su interior se pudieran realizar obras que alteren su actual estructura, de no mediar autorización por escrito.

También mediante dicho documento y en cláusula aparte se cedía por la misma arrendadora a la citada sociedad, en arriendo, el piso bajo—comercial—previo el precio que se estipulaba y estableciendo en cuanto a este arrendamiento las condiciones entre las cuales figuraban, el compromiso de la arrendadora de do-

tarlo de servicio de calefacción a base de la ya existente en el piso entresuelo.

Después de haber transcurrido varios años en el uso de los locales arrendados, para la finalidad pactada de dedicarlos a Casino o Club, comenzaron a surgir desavenencias entre las partes, e incluso se plantearon litigios, cuyo resultado no hace al caso.

Y al fin surge la litis comentada, mediante demanda formulada por la arrendadora sobre resolución de contrato por realización de obras que modifican—dice—la configuración de los locales arrendados, y que concreta en que en el piso bajo se instaló hace unos años una cocina, dando salida a los humos por la chimenea de la calefacción, colocando al efecto un tubo de salida al patio hasta hacer el empalme con referida chimenea. El haber suprimido un tabique en el piso entresuelo, haciendo de dos habitaciones una, y el haber modificado un retrete convirtiéndote en urinario uniperso-

nal, así como reducir las dimensiones de una habitación para, a expensas de la superficie de ésta, construir un tocador en comunicación con uno de los retretes.

Opuesta la sociedad inquilina del inmueble a la demanda, formuló reconvencción solicitando se condene a la arrendadora a hacer desaparecer los obstáculos que puso al normal uso de los locales y de sus servicios, al obturar o mandar obturar la chimenea de salida de humos correspondiente a la cocina instalada en el piso bajo; al impedir el paso por un patio de luces existente en la planta baja, al privarles del uso de una carbonera, y por último, al serles suprimido el uso de la puerta de acceso directa desde el piso entresuelo a la escalera principal.

CUESTIONES PLANTEADAS

Hemos de señalar en primer término la que sirve de base a la demanda. Resolución del contrato por realización de obras no autorizadas.

Después de haberse producido aquella diferenciación tan honda en el concepto y regulación del contrato de arrendamiento de fincas urbanas, en el Código civil y su ley adjetiva, y la Ley o disposiciones legales sobre arrendamientos urbanos, propio y adecuado el primero al

espíritu que imperaba y al concepto que se tenía en la segunda mitad del siglo pasado, y adaptado el segundo—o sea la regulación especial, a la necesidad operada de protección al inquilino para que éste pudiera obtener seguridades de permanencia en los locales adquiridos para su hogar o para el desenvolvimiento de sus actividades comerciales—, a los propietarios sólo les quedaron libres algunos dispositivos para valorar sus intereses, y que pudieran concretarse en las excepciones a la prórroga obligatoria para el de los contratos por las causas que taxativamente marcaba la ley especial, o para obtener la resolución del contrato por concurrir alguna de las causas, también nominativamente señaladas en la misma legislación.

Y así observaremos que casi todos los litigios planteados en estos últimos años, tienen por objeto la existencia o subsistencia del contrato de arrendamiento, y en los cuales aparece el arrendador como actor y el arrendatario como demandado, sosteniendo el primero la cesación del arriendo y el primero su continuación.

El caso de autos, es, a primera vista, uno de tantos en que el arrendador pretende obtener su liberación de la atadura fuerte que el legislador le impu-

so mediante la prórroga obligada, y amparándose en la causa de realización de obras no autorizadas.

Pero se da la novedad, de que el arrendatario no se limita tan solo a defender su postura, sino que a su vez reconviene pretendiendo sujetar aún más al arrendador, impulsándole la realización de actos que dificultan el normal uso de la cosa arrendada, y solicitando se le condene a dejar hacer, y a hacer, todo aquello que estima corresponde a su derecho de arrendatario.

Lo que el actor pone a la consideración del Juzgado, es si la realización de obras por el arrendatario, sin su autorización expresa, como se había pactado, es causa de resolución del contrato por haber incurrido en lo previsto en la causa 5.ª del artículo 149 de la Ley de A. U. o simplemente por incumplimiento de aquello a que se obligó expresamente.

Después de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y en especial de la de 14 de abril de 1951—de la que fué ponente el Magistrado don Manuel Ruiz Gómez, que en los diversos puestos que desempeñó en este territorio, especialmente como Juez de Primera Instancia de Pola de Laviana, Fiscal y Magistrado de la Audiencia, dejó un recuerdo tan excelente—, y

en la que se define jurídicamente lo que constituye la «modificación de la configuración» de un local, al decir en un Considerando: «Que al referirse la ley a modificar la configuración de una habitación o local de negocio, debe entenderse referida, si algún sentido en lo corriente ha de atribuirse, como es obligado, a la disposición legal, a la modificación que en sentido horizontal o vertical se produzcan mediante las obras realizadas por el inquilino o arrendatario sin el consentimiento del arrendador»... y que «la construcción de un tabique que dividió en dos el local, modificó la configuración de éste»... y que tal modificación, es según lo expuesto causa de resolución del contrato, sin atención a que con las modificaciones desnterezca o no el local»..., parecía, que las obras que se declararon como probadas en el juicio, entraban de lleno en lo que se definió como modificación de la configuración del local.

Pero en la sentencia, según luego se verá, se distingue entre las obras realizadas en el piso principal —alteración de tabiques, etc.—, y las realizadas en el bajo, resolviendo que las primeras por haberse realizado dentro del ámbito de aplicación de la legislación anterior, no le eran aplicables las disposiciones

de la vigente Ley de 31 de diciembre de 1946.

En cuanto a la instalación de una cocina en el piso bajo, ya se plantea el problema de forma distinta.

Alquilado aparte, dicho local, que era un bajo comercial, sin que tuviera instalada cocina, y con la finalidad de destinarlo a Casino o Club, y comenzado el uso y continuado durante algunos años, ¿se puede entender que la cocina es necesaria para el normal uso del local arrendado, atendida la finalidad a que iba a ser destinado?

En caso afirmativo, la obra a realizar de instalación de cocina, es o merece la consideración de urgente y de las que puede hacer el inquilino, sin esperar a que lo haga el arrendador?

¿No sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 150 o en su caso el 151, con la opción para pedir o la resolución del contrato o la exigencia de que el arrendador haga las obras y abono de indemnizaciones?

La excepción registrada en el apartado C de dicho artículo 151, con respecto a la calefacción, permitiendo en este caso que el inquilino por sí emplee medios supletorios, ¿no induce a creer que en los demás casos no puede realizar estas instalaciones por sí el arrendatario, sino

más bien pedir o la resolución del contrato o exigir que el arrendador las realice?

Todas estas consideraciones se nos ofrecen en la resolución de las peticiones formuladas en demanda.

En cuanto a las de la reconvención, también se presentan entre otras las siguientes:

No expresándose en el contrato que forme parte de lo alquilado, una pequeña dependencia o patio de luces, donde están instalados los calderines de la calefacción y las pesas del ascensor, y que tiene una puerta de acceso al bajo arrendado, y otra en el lado opuesto, que da a la escalera, ¿se puede entender que el arrendatario tiene derecho a usar de dicha dependencia para un más cómodo paso con ciertos materiales, como carbón, leña y escombros o residuos?

Alquilado con separación, el piso entresuelo, con condiciones distintas de las fijadas para el bajo, y teniendo en la época en que se verificó solamente una puerta de acceso, cual es la que comunica directamente con la escalera, y abierta por el arrendatario una comunicación entre ambos pisos, mediante una escalera interior, ¿se puede entender modificado el contrato en el sentido de renunciar el arrendatario al uso de la puerta del piso entresuelo, quedando obligado a ve-

rificar la comunicación de éste con el exterior, a través de la escalera interior y por la puerta del bajo?

¿Puede el arrendador cerrar dicha puerta del piso entresuelo o impedir de algún modo que el arrendatario la utilice normalmente sin incurrir en incumplimiento del contrato por no mantener al arrendatario en el normal uso de los servicios de la cosa arrendada?

Otras cuestiones más se plantean, pero que no nos parecen de tanta importancia.

El Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, que es titular del Juzgado donde el juicio se tramitó, dictó con fecha 3 de julio próximo pasado, Sentencia, por la cual al desestimar la demanda y estimar en parte la reconvencción, trata todas estas cuestiones y las resuelve, con fundamento en las consideraciones siguientes:

CONSIDERANDO: Que la presente litis viene determinada en cuanto a la demanda y reconvencción que la rigen, a la solución de los siguientes problemas de hecho y jurídicos: 1.º Si procede la resolución del contrato de arrendamiento de los locales a que tal litis se refiere, o sea el bajo y entresuelo de la casa número treinta de la calle de Uría de esta ciudad, por la

realización de las obras a que se ajude en los apartados A), B), C) y D) del hecho segundo de la demanda referida y 2.º Si los actores han realizado las perturbaciones del normal uso de los precitados locales arrendados objeto del actual debate jurídico, y de sus servicios, a que se hace mención en el apartado a) de la súplica base de la acción reconvenccionalmente planteada por la entidad demandada, pues las demás cuestiones planteadas penden, en su solución de la que deban merecer las que quedan expresadas.

CONSIDERANDO: Que con relación a la pretensión de resolución arrendaticia planteada por los demandantes a consecuencia de las obras que se invocan en los apartados B) y D) del hecho segundo de la demanda inicial, procede llegar a la conclusión legal de su desestimación, porque si bien es cierto que la entidad demandada, procedió a realizar obras en el entresuelo objeto de autos, consistentes en hacer de dos habitaciones una, suprimiendo el tabique que las separaba, y en reducir las dimensiones de una habitación para, a expensas de la superficie de ésta, hacer un tocador en comunicación con uno de los retretes, también lo es que dichas obras figuran lleva-

das a cabo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, y, por consiguiente, que no procede la resolución arrendaticia pretendida por los demandantes con fundamento en tales circunstancias de hecho y con base en la causa 5.ª del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos, pues es preciso tener presente, que, al tiempo de la realización de las referidas obras, enunciadas en los expresados apartados B) y D) del hecho segundo de la demanda que rige el actual proceso, la legislación vigente estaba constituida por el R. D. de 29 de diciembre de 1931, con la modificación establecida en el mismo por el de 2 de junio de 1933, conforme tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 13 de noviembre de 1948, 10 de mayo de 1949 y 9 de junio y 18 y 22 de diciembre de 1950, y claramente se deduce de la ausencia de efectos retroactivos de la invocada Ley de 31 de diciembre de 1946, en sus causas resolutorias, que concretamente se expresa en la 13, de sus disposiciones transitorias; y como según el tenor del inciso B) del artículo 5.º de dicho decreto de 29 de diciembre de 1931, la procedencia del desahucio o resolución arrendaticia por obras, únicamente procedía, en

la época de la realización de las comentadas en el presente Considerando, cuando originasen una alteración de las condiciones del edificio o la producción de daños en el local, de costosa reparación, no acreditado ni lo uno ni lo otro en el presente caso, veda la efectividad de la resolución de arrendamiento que se pretende a medio de la presente contienda jurídica, con fundamento en las expresadas obras sin que a ello sirva de obstáculo el contenido de la cláusula 1.ª del contrato de arrendamiento controvertido, de primero de marzo de 1939, puesto que sus términos no pueden ir en contra de lo regulado, durante su vigencia, en el repetido Decreto de 29 de diciembre de 1931, en razón a que los precisos y claros términos de su artículo 13 determinan la no producción de aquellos pactos que se establezcan en los contratos en oposición a las disposiciones del aludido Decreto.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la pretensión de la propia resolución arrendaticia planteada por los mencionados demandantes, por derivación de las obras que se consignan en los apartados A) y C) del precitado hecho segundo de la demanda inicial, también es de llegar a la conclusión de su invia-

bilidad, ya que si resulta evidente que con posterioridad a la entrada en vigor de la repetida Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, la Entidad demandada, procedió a realizar la instalación de una cocina en el bajo arrendado, dándole la salida de humo por un tubo con salida al patio y empalme en la chimenea de calefacción, y a modificar un retrete convirtiéndolo en urinario, ninguna de las dos circunstancias de hecho producen la aplicabilidad de la ya citada causa 5.^a del artículo 149 de la vigente Ley de Arrendamientos, en que fundamentan los demandantes la acción resolutoria que ejercitan, cual se deduce de los siguientes razonamientos: 1.^o Porque, según claramente se deduce de la naturaleza de tales obras, la instalación de una cocina en dependencia destinada a tal finalidad y la sustitución de un retrete por un urinario unipersonal no origina modificación en la estructura del local, ni se acredita, en modo alguno, que debilite la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción, como imperativamente requiere dicha causa 5.^a del aludido artículo 149 para que pueda producir los efectos resolutorios que establece y 2.^a Porque la misma naturaleza de las obras que se comentan en el presente

Considerando, revela, con notoria claridad, que se está no ante la presencia de obras no permitidas a que alude la antedicha causa 5.^a, sino ante obras que determinan una mejora y perfeccionamiento del local arrendado, en cuanto teniendo como marco dependencias destinadas a la finalidad para que tales obras han sido realizadas las complementan y benefician.

CONSIDERANDO: Que en consecuencia de lo razonado en los dos precedentes Considerandos es de llegar a la conclusión de desestimación de la demanda que rige la presente litis y promovida contra el «R. A. C. de A.» tanto más cuanto que las obras a que se deja hecha alusión enmarcan, indudablemente, dentro del destino que tiene todo local arrendado a los fines de instalación en ellos de una Sociedad recreativa cual la aludida.

CONSIDERANDO: Que dilucidado el problema derivado de la aludida demanda, procede entrar en el examen de las diversas cuestiones que son objeto de la reconvencción formulada por la tan citada Entidad «R. A. C. de A.» contra los demandantes.

CONSIDERANDO: Que evidenciado del resultado de los

diversos medios probatorios indispensables servicio en un local practicado en los autos, que el cal que tiene como finalidad piso bajo, objeto de la debatida arrendaticia la instalación en él relación arrendaticia, tiene una de un Casino o Club; y al ser chimenea destinada a la salida ello así claro es que impone al de humos de la cocina, que la arrendador el mantener en condiciones aludida chimenea ha sido obtu- raciones de normal utilización rada, y que la Entidad deman- las instalaciones de la referida dada vino disfrutando de la uti- dependencia destinada a cocina, lización de una puerta de acce- y, en consecuencia, la chimenea so al patio de luces de bajo, de la misma, por derivación de desde el portal del inmueble y la genérica obligación que todo de la carbonera asignada a los arrendador tiene de «mantener locales arrendados, hasta que, al arrendatario en el goce pa- por fricciones con dicha Entidad cífico del arrendamiento por todo el administrador de los deman- do el tiempo del contrato» (ar- dantes impidió la prosecución tículo 1.554 números 1.º y 3.º de tal disfrute, claramente con- del Código Civil) con la consi- duce a la estimación de tales guiente obligación, a cargo del particulares de la precitada re- mentado arrendador, de produ- convención planteada conforme cir el cese de la aludida per- a los siguientes razonamientos: turbación en la normal utiliza- 1.º Porque desde el momento ción de la chimenea en cuestión, en que en el piso aludido existe en virtud de los claros términos la adecuada instalación, a me- del artículo 151, en relación con dio de la correspondiente chi- el 150 de la tan citada Ley de menea, de una dependencia sus- Arrendamientos Urbanos de 31 ceptible de ser destinada a co- de diciembre de 1946; 2.º Por- cina, resulta completamente ló- que acreditada la existencia de gica y normal la posibilidad de una puerta que da acceso al hacer usu adecuado de tal de- patio de luces del bajo referido pendencia, en razón a que el desde el portal del inmueble, su arrendamiento de derecho, en su restablecimiento, en su uso y tanto no se determine concreta y destino, por parte de la En- excepción, al uso íntegro del tidad demandada es obligado por local arrendado, y por tanto in- tratarse de dicha puerta de un cluso al corriente uso de sus servicio normal del piso bajo normales dependencias, como es en cuestión, que, indudablemen- la destinada a cocina, tanto más te, cumple un fin de salida ac- si se considera que éste es un cesoria del aludido bajo, prin-

principalmente para sus servicios accidentales, y venir afectada igualmente, en su consecuencia, por los precitados artículos 150 y 151 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 en su relación con los números 1.º y 3.º del artículo 1.554 del Código civil; y 3.º Porque el particular referente al uso, por parte de la Sociedad demandada R. A. C. A., de la carbonera asignada a los locales arrendados—y cuya real existencia viene implícitamente admitida por la denunciante—reconvenido, desde el momento en que el mismo no ha formulado alegación alguna de inexistencia de tal carbonera—es de igual procedencia, en razón a los repetidos artículos 150 y 151 de la mentada vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los expresados números 1.º y 3.º del artículo 1.554 del Código Civil, ya que toda carbonera, al ser por su destino un servicio accesorio del local arrendado a que viene adscrita determina su disfrute por el arrendador al no venir excluida en el arrendamiento concertado.

CONSIDERANDO: Que la pretensión reconvenicional afectante a la puerta del piso entresuelo que da a la escalera principal no merece igual solu-

ción estimatoria que la que corresponde a las demás que quedan expresadas en el exterior. Considerando, ya que fundamentada tal pretensión, a través del hecho tercero de la reconvenición, no en una situación de hecho impeditiva, en modo general, del uso de tal puerta, sino tan sólo limitada a que por las noches se cierre por el portero de la casa de autos una cancela existente en el portal, con el indudable fin de impedir una situación de libre acceso a los demás pisos de la aludida casa después de las diez de la noche, no determina un estado de cosas, por parte de los arrendadores, revelador de una actuación obstativa a los intereses y derechos de la Sociedad demandada, y sí solamente una actuación lógica y natural, encaminada a armonizar los legítimos intereses de la aludida Sociedad con los de los demás inquilinos de la casa en que radican las dependencias objeto de litigio, sin que, en definitiva, el uso de éstas resulte obstaculizado o perjudicado, toda vez que el acceso a tales locales objeto de arrendamiento en favor de la mentada Sociedad «R. A. C.», después de las diez de la noche en que tal cancela es cerrada hasta la mañana siguiente, puede ser normalmente realizado a través de una puerta

existente en el piso bajo, y a la altura del portal de la casa, con acceso desde el mismo al piso entresuelo a medio de una escalera interior construída al efecto, pues si bien es cierto que los demandantes, en su calidad de arrendadores, deben respetar y mantener los derechos de la citada Sociedad demandada derivados del vínculo arrendaticio en ella concertado, también lo es que igualmente deben respetar y mantener análogos derechos de los demás arrendatarios de los restantes pisos de la casa en que la relacionada Sociedad se encuentra instalada, y entre cuyos derechos figuran, indiscutiblemente, el de procurar que a la noche no se pueda tener fácil acceso a tales pisos por personas ajenas a los mismos, lo que únicamente puede impedirse mediante la existencia de servicios, tales como la citada cancela, supletorios del portal cerrado durante la noche que, normalmente, suele existir en toda casa y que en la de autos no puede darse a causa del servicio que, a través del mismo, tiene el «R. A. C. A.» a medio de la antedicha puerta existente en el aludido portal y establecida con la concreta finalidad de entrada a las dependencias de la mentada Sociedad.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, la singular circunstancia de que la Entidad demandada «R. A. C. A.» no haya acreditado ni pretendido acreditar, en modo alguno, en el curso del debate jurídico planteado a través de la presente litis, la utilización de la puerta que relaciona el ya citado piso entresuelo con la escalera principal de la casa en que radica, con posterioridad a la construcción de una escalera plenamente capaz para su destino, que sirve de comunicación interior entre los pisos bajo y entresuelo objeto del vínculo arrendaticio controvertido, ni que la cancela en cuestión haya sido instalada con posterioridad al nacimiento del repetido arrendamiento debatido, y el que, por el contrario, los demandantes justifiquen a medio de la prueba que a tal fin aportaron, que la relacionada Sociedad se haya servido para el acceso de sus socios a las dependencias que la integran, al menos desde la construcción de la ya citada escalera de comunicación interior entre los referidos pisos bajo y entresuelo, tan sólo utilizando la puerta existente a la altura del portal de la casa que conduce al repetido piso bajo para pasar desde éste, por la aludida escalera interior, al piso primero,

y sin utilización de la puerta del piso entresuelo que da a las escaleras principales de la casa, claramente determina el nacimiento de una firme presunción de que la instalación de dicha escalera de comunicación entre los citados pisos bajo y entresuelo tuvo como finalidad el establecer un servicio de acceso principal a todas y cada una de las dependencias que integran ambos pisos referidos sin precisión de tener que utilizar una puerta como la instalada en el piso principal, aparte de originar un molesto e inadecuado acceso a través de las escaleras de la casa, produciría un acceso de entrada no muy acomodado a las características que normalmente debe tener todo local destinado a Casino o Club.

CONSIDERANDO: Que la presunción a que se hace mención en el Considerando que antecede, al enmarcar dentro de los términos del artículo 1.253 del Código Civil, determina una situación de hecho, por parte de la tan citada Sociedad demandada «R. A. C. de A.» reveladora de una implícita renuncia a la utilización de la decantada puerta del piso entresuelo que conduce a las escaleras principales de la casa a que corresponde, al menos en tanto se mantenga el contrato de

arrendamiento discutido con relación tanto al referido piso entresuelo como al piso bajo, por cubrirse el servicio de ambos, en su correlación arrendaticia, tanto por la puerta de entrada establecida a la altura del portal de la casa como por la escalera de comunicación interior entre ambos pisos, y cuya implícita renuncia tiene legal valor al amparo de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 111 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y conforme a lo prevenido en el artículo 13 de la misma Ley especial, dada la analogía que guarda el arrendamiento de un local para instalación de un Casino o Club con el del local de negocio, al no moverse aquél, por su destino, en el ámbito de vivienda.

CONSIDERANO: Que cual ya se apunta a través de los razonamientos empleados en el precedente Considerando, la situación de vigente conjunto arrendamiento con relación a los pisos bajo y entresuelo mantiene la subsistencia de implícita renuncia, según viene razonado, con respecto al uso de la puerta de salida del piso entresuelo a la escalera principal, sin perjuicio, claro está, de que tal situación de hecho y de derecho pudiera quedar alterada en el supuesto de que se diese

la circunstancia de limitación del vínculo arrendaticio a dicho piso entresuelo por derivación de la cláusula 6.ª del comentado contrato de 1.º de mayo de 1939, pues, en tal supuesto, precisaría el piso entresuelo la utilización de su correspondiente vía de salida, toda vez que al desaparecer la relación de interior comunicación del expresado piso entresuelo con el piso bajo originaría la aplicabilidad del principio de derecho de que «desaparecida la causa, debe cesar el efecto».

CONSIDERANDO: Que, a tenor de lo dispuesto en el apartado A) del artículo 151 de la repetida Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, en el supuesto de perturbaciones de hecho o de derecho a que alude la causa 1.ª del artículo 150 de la propia Ley, el arrendador deberá abonar al arrendatario, cuando éste lo exija, una cantidad, a vía de indemnización, que no podrá ser nunca inferior al importe de una mensualidad de renta.

CONSIDERANDO: Que, en su consecuencia, es de estimar parcialmente la reconvención formulada por la Entidad demandada «R. A. C.», conforme a lo razonado en los antecedentes Considerandos,

CONSIDERANDO: Que la aplicabilidad a las cuestiones debatidas, tanto a medio de la demanda como de la reconvencción, de las normas contenidas en la vigente legislación de Arrendamientos Urbanos plasmada en la Ley de 31 de diciembre de 1946, y concretamente en los artículos de la misma invocados en los precedentes Considerandos, surge de la circunstancia de que la relación arrendaticia en que tales demanda y reconvencción se fundan, contemplan no la existencia del arrendamiento de una industria o negocio de Casino o Club conforme a los términos del artículo 4.º de la precitada Ley de Arrendamientos Urbanos, a medio de entrega por el arrendador al arrendatario no solamente del local sino también del negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea la unidad patrimonial con vida propia susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente, para serlo, de meras formalidades administrativas, cual se evidencia de tal artículo y tiene reiteradamente exigido el Tribunal Supremo para la calificación de arrendamiento de industria y negocio (Sentencias ratificadoras de otras precedentes, de 20 de marzo, 3 de junio, 30 de noviembre y 22 de diciembre de

1950) —sino la de arrendamiento de locales con la finalidad de establecimiento en ellos, por parte del arrendatario, de un Casino, con la consiguiente equivalencia a la concepción del local de negocio que determina el artículo 5.º de la tan citada Ley de 31 de diciembre de 1946, y en razón a los términos del artículo 13 de la misma, dada la analogía existente entre el arrendamiento de los locales debatidos y los enmarcados en el ámbito del relacionado artículo 5.º; tanto más cuanto que deviene inaplicable al contrato de arrendamiento controvertido el artículo 6.º de la referida Ley especial, —puesto que este precepto parte del supuesto de que se trate de arrendamiento de industria o negocio—, ya que viene dicho que el sometido a debate en la presente litis **no es de tal naturaleza por referirse, única y exclusivamente, a los locales para instalación en ellos, por el arrendatario, de un Casino, y no a una unidad patrimonial entregada por el arrendador, con vida propia, susceptible de inmediata explotación o pendiente, para serlo, de meras formalidades administrativas, cual requiere el ya invocado artículo 4.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y las Sentencias del Tribunal Supremo ya**

citadas, interpretativas del alcance del referido precepto legal, porque como certeramente expresan los comentaristas Carnicero Espino, Garralda y Valcárcel («Arrendamientos Urbanos Pg. 26, si el arrendatario —como sucede en el caso de autos, concertara tan sólo el uso del local para establecer en él centros de recreo, casinos, teatros, circos o cinematógrafos, o sea su propia industria o negocio de espectáculos, la relación arrendaticia entra en la influencia de la Ley Especial, al amparo de lo consignado en su artículo 1.º.

CONSIDERANDO: Que la consistencia de lo consignado en el Considerando que antecede, implícitamente lo reconocen las propias partes demandante y demandada, cuando fundamentan las pretensiones que formulan, a través de la demanda y reconvencción que respectivamente ejercitan, en correlativos preceptos de la repetida Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946.

CONSIDERANDO: Que a mayor abundamiento, la adaptación a la referida legislación especial del contrato discutido, en cuanto a las peticiones reconventionales que devienen estimadas —una vez razonado el

enmarque de éstas en aquélla— dimana de los claros términos de la Disposición Transitoria 1.^a de la indicada Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, a cuyo tenor lo dispuesto en dicha Ley, sin otras excepciones que las que resulten de sus propios preceptos, será de aplicación no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino también a los que en dicho día se hallaren en vigor; y sin que a tal adaptación legislativa del comentado contrato se oponga la excepción de no retroactividad consignada en la 13.^a de las aludidas Disposiciones Transitorias, puesto que nacidas unas de las causas motivadoras de las acciones que rigen las pre-

tensiones reconventionales que se estiman con viabilidad legal con posterioridad a la entrada en vigor de la practicada Ley Arrendaticia Urbana, y siendo las demás iniciadas con anterioridad a tal entrada en vigor de la Ley en cuestión, pero con subsistencia después de la vigencia de la misma, prevalecen las normas sustantivas de esta actual especial legislación por estar comprendido el «status», o situación de hecho actual, en su presupuesto de aplicación, según tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 26 de noviembre y 23 de diciembre de 1947 y 20 de enero de 1948.

L. R.

DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

FACULTADES DE LOS ALBACEAS EXISTIENDO LEGITIMARIOS (ART. 901 DEL C. CIVIL, RESOLUCION DE 19 DE JULIO DE 1952 EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO POR DON M. Q. H. CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE C. V. A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA. B. O. 13 DE ENERO 1953.

Resultando que don J. de A. y E. falleció bajo testamento otorgado ante el notario de San Sebastián don R. N. en cuya cláusula 16 hizo la designación de albaceas solidarios a favor de su esposa doña I. F. y de su hijo don I. de L., a quienes confirió el testador, además de las facultades legales, «las de apoderarse de mis bienes, reclamar, percibir y cobrar toda clase de cantidades, créditos, frutos, rentas y cuanto les correspondiera, imponer y retirar de Bancos, cajas de depósitos o cualesquiera otras oficinas, establecimientos de crédito, casas mercantiles o de particulares; vendan mis bienes; paguen cualquiera obligación; administren durante la proindivisión todos los bienes durante la testamentaria, referentes a ésta, ya judicialmente, ya extrajudi-

cialmente, y deleguen su cargo en la persona o personas que les parezcan, para todo lo cual les prorrogan el año de albacealigo por otros dos más». Resultando que ante el Notario de Madrid don M. A. R. (ya muerto el testador) se otorgó escritura por la que don M. Q. H. compró una parcela del terreno situado en término de Fuencaerral al sitio conocido por X X, que se segregó de una finca comprada constante matrimonio por don J. de A. y E., compareciendo en dicho otorgamiento como vendedor don I. de L. en los conceptos siguientes: a) Como albacea nombrado con carácter solidario por su padre don J. de A. y E. en el testamento precitado. b) En representación de su madre doña I. F. en virtud de poder otorgar ante el Notario de Madrid N. N., en que le facultó en la cláusula primera para vender toda clase de bienes muebles e inmuebles o participaciones indivisas de éstos, y, en su caso, practicar agrupacio-

nes y segregaciones, concertar los precios y condiciones de venta y recibir al contado o a plazo o confesar la percepción de las cantidades que provengan de dichas transmisiones; y en la octava para otorgar y suscribir toda clase de documentos públicos y privados y adquirir bienes muebles, inmuebles o derechos reales por los precios y condiciones que tengan a bien estipular, sin excluir la permuta de fincas o permutas indivisas o independientes por segregación y todo cuanto sea complementario de lo expuesto sin limitación alguna.

Resultando que presentada copia de la expresada escritura en el Registro de la Propiedad de C. V., fué calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto *insubsanable* de falta de capacidad de los vendedores, ya que la finca vendida pertenecía a la Sociedad Conyugal en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.315, 1.401 y 1.407 del Código Civil y a la disolución de la Sociedad por fallecimiento del marido pertenece a su viuda y a sus herederos y, por tanto, carece de facultades para venderla el albacea del cónyuge premuerto. No se admite la anotación preventiva».

Contra la nota denegatoria del Registrador interpuso don M. Q.

H. recurso gubernativo. Visto lo alegado por el Registrador en defensa de su nota y del informe del Notario autorizante, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por análogas razones a las expuestas por el Notario: La Dirección General acuerda revocar el auto apelado y *confirmar* la nota impugnada, excepto en cuanto a la naturaleza del defecto que se estima subsanable: Todo ello con base en la siguiente doctrina que transcribimos íntegramente.

1.º Que los problemas planteados en el recurso se reducen a determinar: si el albacea en unión del cónyuge viudo, puede enajenar una parcela de terreno, segregada de finca que forma parte de los bienes de la sociedad de gananciales, sin previa liquidación de ésta, y si la autorización de vender «mis bienes», que el testador concede al albacea, debe interpretar referida sólo a los privativos del causante o comprende también los de dicha sociedad legal.

2.º Que la nota no plantea de manera expresa la cuestión de los poderes del albacea para enajenar bienes inmuebles cuando existan legitimarios, tratada en el escrito de interposición del recurso, en los informes del Registrador y del Notario y en el auto del Presidente de la Au-

diencia; pero en cuanto *implícitamente* está contenida en el defecto señalado en la calificación, es necesaria examinarla para resolver de manera congruente con las pretensiones de las partes:

3.º Que el poder de disposición de los bienes gananciales, a título oneroso, normalmente corresponde durante el matrimonio al marido, y fallecido éste y antes de la liquidación hereditaria, según tiene reconocida la jurisprudencia de este Centro en Resolución de 17 de noviembre de 1917, surge una situación intermedia, que sin llegar en el Registro a la adjudicación de cuotas definidas, respecto de cada uno de los inmuebles, *condensa la facultad de enajenar en el supertite y en los representantes del premuerto sean herederos, albaceas, etc.*

4.º Que en virtud de amplias facultades, el albacea, con la representación de la viuda, vendió una finca, y dada la naturaleza, caracteres y efectos del sistema sucesorio seguido en nuestro Derecho, en el que la legítima se define como «la porción de bienes del que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos», hay que estimarla necesaria, para enajenar, la intervención de todos los legitimarios, conforme afirmó la jurispuden-

cia antes de 1909, inspirada en el propósito de evitar posibles perjuicios a los *herederos*, puesto que, cualesquiera que sean las atribuciones conferidas por el causante al albacea, como ampliación de las que integran el cuadro legalmente estatuido, nunca podrán ser superiores a las de aquél.

5.º Que de los artículos 813 y 853 del Código Civil relativos a las legítimas y a las causas de desheredación y de los 903 y 901 del mismo Código sobre facultades en el Albaceazgo, se infiere también la necesidad de la intervención de los legitimarios para protección de sus derechos, que especialmente resulta del párrafo segundo del artículo 1.056 de dicho Código el cual no tendría razón de ser, si el albacea pudiera en todo caso satisfacer las legítimas en metálico; interpretación que armoniza con lo preceptuado en algunos Códigos Civiles modernos y con lo declarado por la Jurisprudencia de otros países.

6.º Que la Ley Hipotecaria de 1909 al regular en el párrafo séptimo del artículo 20, una excepción al principio del tracto sucesivo, prescribió el consentimiento de los herederos forzosos; y las Leyes de 30 de diciembre de 1944 y 8 de febrero de 1946, que ampliaron dicha excepción «a favor de los man-

datarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes», no reprodujeron el requisito del consentimiento; pero esta supresión no priva de valor a la Jurisprudencia hipotecaria anterior a 1909, fundada en preceptos de derecho material y ha de entenderse como nueva redacción de reglas de carácter formal encaminadas a facilitar la inscripción y evitar asientos innecesarios y gastos; por todo lo cual procede la denegación de la inscripción del título presentado, si bien debe ser revocada la nota del Registrador en el extremo referente a la clase del defecto, toda vez que éste podría ser subsanado si prestaren su consentimiento todos los legitimarios.

COMENTARIO: Comencemos nuestro comentario sentando claramente nuestro parecer en absoluta conformidad con el criterio que sienta la Dirección General de los Registros y del Notariado en este problema, aun cuando, a efectos doctrinales, no nos agrade enteramente su formulación, tal y como aparece en la Resolución más arriba transcrita.

Es interesante recordar un po-

co la evolución del criterio de la Dirección General en orden al problema, y nada mejor que ir en este camino de la mano del magnífico González-Palomino (1). «La teoría de que los albaceas a quienes el testador haya concedido facultades expresas de enajenación no pueden utilizarlas sin consentimiento de los herederos forzosos, tenía como fundamento exclusivo la mala lectura del párrafo 7.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, porque eso no lo decía el artículo 20 ni en su párrafo séptimo ni en ningún otro. Ahora ya no existe ese párrafo. Al menos no existe con el mismo contenido que antes. Pero la teoría que había hecho en él su madriguera no se resigna y anda por ahí buscando otra. ¿A que no adivinan dónde? ¡Pues en el Código Civil! ...en la edición que yo tengo del Código Civil figura un articulito que dice así: Artículo 901.—«Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes». La facultad conferida por el testador a los albaceas para que enajenen bienes de la herencia, haya o no legitimarios, ¿es contraria a alguna ley? Que yo sepa no. Los redactores del Có-

(1) Enajenación de bienes pseudo-usufructuarios.—Tomo V, págs. 944 y ss. de Los Anales de la Academia Matritense del Notariado.

digo Civil no distinguieron entre herederos voluntarios y los que no lo fueran para el ejercicio por el albacea de las facultades que el testador le hubiera conferido. En los primeros momentos de aplicación del Código parece que no se presentaron dudas. La Dirección General tampoco había puesto reparos y el tercer considerando de la Resolución de 10 de mayo de 1890 sienta la doctrina de que la facultad concedida a los albaceas de vender bienes para pago de deudas, no es contraria a las leyes, haya o no herederos forzosos.

Pero en el año 1891 la Dirección da un golpe de estado, cambia de rumbo. La doctrina oficial nació por obra y gracia de la Resolución de 25 de agosto de 1891. Como quiera que el Código Civil seguía vigente y el 901 seguía diciendo lo mismo, en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 hizo lo que pudo para legitimar su golpe de estado, metiendo en la Ley Hipotecaria el antiguo párrafo 7.º. El efecto fué mágico, pues desde entonces toda la doctrina, admitió, como cosa juzgada, que no había ni una palabra que decir, y punto en boca. En el artículo 20 estaba el único argumento contra el 901 del Código Civil. En nuestros días todo es agua pasada. El párra-

fo 7.º ha sido derogado. El apoyo legal que antes se creía tener no se tiene ya. Como resumen: en el estado actual de nuestro derecho positivo, perturbado por el párrafo 7.º del artículo 20 en 1909, depurado por la reforma reciente, los albaceas, expresamente facultados por el testador, pueden enajenar, por sí solos, bienes de la herencia, aun todos los de la herencia, si el testador lo ha querido haya o no legítimos, sin que ésto implique que no lo puedan hacer también los herederos forzosos o voluntarios».

Hasta aquí González Palomino, en una síntesis, que mejor o peor hecha por nosotros hemos querido reproducir, de su tesis, ya que constituye un poderoso argumento por su autoridad, contra la anterior doctrina de la Dirección General y naturalmente contra la presente resolución, que una vez desaparecido el párrafo 7.º del repetido artículo 20, parecía indicar un cambio de rumbo en el criterio de la Dirección. Cambio de rumbo que no sólo estaba señalado por la supresión arriba indicada sino por haberse establecido como fortalecimiento aparente de este criterio dos disposiciones reglamentarias, las de los artículos 86 y 87, que si bien, sobre todo el segundo, se refieren al artículo 15 de la Ley, la redacción del 86 parece admitir

derecho de los herederos forzosos. (Los llamo así porque admito la tesis de González Palomino de entender que en el sistema español existen tres clases de delación, la testada, intestada y legitimaria—pág. 538—). Así el párrafo 2.º del artículo 1.056 que cita la Resolución; el artículo 840 que posibilita, como asimismo el 838, el pagar a ciertos legitimarios en metálico, disposición que supone una excepción de la regla general; el 832, como criterio aclarador o interpretativo, al establecer que la mejora... «será pagada con los mismos bienes hereditarios» (siempre teniendo en cuenta que si es mejora no es legítima); el 813 en su párrafo 2.º que prohíbe sobre la legítima gravamen ni condición, (cuando existen herederos la facultad de disposición puede recaer en el albacea, porque sobre la herencia voluntaria puede establecer condiciones el testador), el 661 que establece que los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (3), y como consecuencia les es también aplicable el 440. Como la legítima afecta a una cuota que ha de pagarse sobre los bienes hereditarios, como mientras esta cuota no se concrete, responden del pago, que es partición, todos los bienes de la herencia, y como

sobre los bienes adquirió el legitimario su derecho, en tanto no se concrete su porción legitimaria, desde el momento de la muerte del testador, es claro que los albaceas no pueden romper este derecho enajenando bienes de la herencia, sin el consentimiento de los legitimarios, porque en ellos recae un derecho que está por encima de las posibilidades dispositivas del testador y por ende de las de los albaceas.

Tenemos que aclarar que cuando empleamos la palabra cuota no tenemos de la misma el mismo concepto, a efectos de nuestro derecho sucesorio, que el maestro González Palomino, aunque encontremos justa la aplicación que hace del mismo cuando dice que los legitimarios son cuotistas. Según su interpretación nos llevaría a la conclusión de que los legitimarios son legata-

(3) (Dejemos ahora la discusión de si el legitimario responde o no de las deudas hereditarias, recordemos sólo las frases de Vallet de Goitisoló en la Revista de Derecho Privado, t. 32, año 1948, pág. 323, cuando dice... «la pretendida irresponsabilidad de los legitimarios por las deudas del causante. Pero no hay en el Código Civil base firme para este punto de partida. No nos parece suficiente la locución «porción de bienes» empleada por el artículo 806, ni tampoco el precepto del artículo 818, porque su disposición es de carácter puramente contable. Su fin es acotar—como dice Porpeta («Naturaleza de la legítima».—Principios de Derecho Sucesorio, pág. 150. Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, año 1946.)—la zona en que pueden moverse los actos de disposición a favor de personas extrañas, mediante un cálculo que por fuerza tiene que recaer sobre el valor líquido de la herencia y no sobre el valor bruto». Entendemos, que si acepta pura y simplemente su cualidad de legitimario, el 1003 le afecta total y absolutamente y por tanto, evitando entrar en el problema, afirmamos que el 661 es aplicable al legitimario).

rios. Como tales cuotistas nosotros creemos que no (recuérdese que según el mismo Palomino hay tres clases de delación, una que constituye la sucesión legítima o forzosa), solamente recordaremos que el código dice solamente (art. 768) que será considerado como legatario el instituido en cosa cierta y determinada y si se admite por la doctrina (4) que al amparo del 815 se puede dejar la legítima como legado, a contrario sentido tenemos que afirmar que no puede considerarse al legitimario como tal legatario.

* * *

Pese a que encontramos acertada la dirección que la Resolución señala, una vez que la nueva Ley Hipotecaria había prescindido de la anterior redacción del artículo 20, y por ello excusamos el quebrantamiento de 117 del Reglamento Hipotecario, creemos que en todo caso cuando

se planteen problemas de esta naturaleza conviene que se examine en cada supuesto concreto si la enajenación afecta a los derechos de los legitimarios. La alusión del 853 la consideramos innecesaria, la de los artículos 903 y 901 tal y como aparecen en la resolución no muy clara en su consecuencia.

L-C de E.

(4) En relación con este problema puede verse además de las citadas. ROCA SASTRE. *Institución de Derecho Hipotecario*, tomos I y II, 2.^a edición, t. I, pág. 754, nota 1.—*Naturaleza de la legítima*, R. de Derecho Privado, año 1944, pág. 209 y ss.—PUIG BRUTAU, *Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral*, Estudios de Derecho Privado (colaboración con Roca Sastre), t. II de Sucesiones.—VALLET DE GOITISOLO, *Imputación de legados otorgados a favor de los legitimarios*, R. de D. Privado, año 1948, página 315 y ss.—KIPP, *Sucesiones*, vol. II, pág. 212 notas de Roca Sastre.—GONZALEZ COLLADO, *El legitimario no es sucesor*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. III, página 513 y ss.—SOLS GARCIA, *El heredero: ideas para su estudio*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año 1944, mes de setiembre.—ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945.—DAVILA GARCIA, *Herederos y legitimarios*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1943, pág. 661 y ss.—VIRGLI SORRIBES, *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (julio-agosto de 1945).—LACAL, *Herederos legitimarios*, R. C. de Derecho Inmobiliario, 1945, pág. 723.

LA PRIMERA ASAMBLEA DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

SECCION INFORMATIVA

— S U M A R I O —

I Asamblea de las Universidades Españolas

El Congreso de la Asociación de
Auditores de la Academia de Dere-
cho Internacional de El Haya.

Por L. S. S.

VIDA DE LA FACULTAD

El recurso de ilegitimidad contra
los actos administrativos

Por ALBI Y GÓMEZ MORÁN

SECCION DEL ESTUDIANTE

El convenio europeo de protec-
ción de derechos del hombre

Por ANTONIO NARVÁEZ ACERO

LA PRIMERA ASAMBLEA DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Aunque de una manera hartó somera, no queremos dejar de señalar en nuestras columnas la celebración en Madrid de la I Asamblea de las Universidades Españolas, Asamblea que acogimos con alegría porque a nuestro modo de ver no significa tan sólo un «examen de conciencia colectivo», sino, en su significación, como una llamada de alerta de una institución vital. También nosotros confiamos en que haya de marcar una nueva etapa, pero de pura superación porque no entendemos que se pueda hablar de separación entre vieja y nueva Universidad, la gloria consiste en ser una, que a honra tenemos el Séptimo Centenario de la Salmantina, y en mostrarnos herederos de la más grandiosa tradición cultural de occidente.

Don Joaquín Pérez Villanueva, Director General de Enseñanza Universitaria ya señaló en su discurso de apertura los puntos fundamentales sobre los que había de discurrir la Asamblea: *«Una política que diese mayor soltura administrativa, menos rigidez burocrática, más—si se quiere—autonomía funcional a nuestras Universidades, podría prudentemente compensarse con estas reuniones.»*

Pensamos, pues, que por estas razones y otras muchas, esta Asamblea era necesaria. Estamos seguros de que los universitarios, y los no universitarios, habrían así de entenderlo. Como una limpia iniciativa que entra de lleno en lo que viene siendo la línea de actuación del Ministerio. En este sentido figuran varias disposiciones y propósitos que matizan un entendimiento de la Universidad y postulan su servicio. Tal, la disposición que, se

refiere a los Tribunales y el Nuevo Consejo Nacional de Educación. Es deseo ir articulando una legislación que permita oír a la Universidad en todas las cosas sustanciales. Proyectos e iniciativas ya anunciadas por el señor Ministro, que se hallan en estudio, y para el que se recaba vuestro consejo y asesoramiento. Así la concesión del Doctorado a todas las Universidades; una mayor participación de la Universidad en su propio gobierno, la tendencia, que aun habrá de perfilarse, a conceder a las Universidades una intervención más acusada en la designación de su profesorado, la vigorización económica y financiera de las Universidades, el mayor entronque de las mismas con la vida real de las comarcas o regiones donde están enclavadas, un más estrecho contacto con las fuerzas económicas y sociales, cuya real expresión debe ser en último término la Universidad».

Reunidas las distintas comisiones a las que para mayor facilidad de trabajo les había sido encomendado el estudio de las distintas ponencias, fueron aprobadas, como conclusiones, acuerdos interesantísimos del que solamente transcribimos los de importancia extraordinaria para la Universidad o los fundamentales referentes a la Facultad de Derecho.

En la sesión del día 14 de julio se aprobó la ponencia «Autonomía Universitaria» de la que era ponente el señor Jordana de Pozas. En sus conclusiones se establece:

Primera.—*Desde el punto de vista orgánico y funcional, el régimen de autonomía es el sistema óptimo para los fines científicos y sociales que la Universidad debe cumplir.*

Segunda.—*El retorno a un régimen de autonomía universitaria sólo puede efectuarse con éxito de modo paulatino y a medida que se vayan dando los supuestos políticos sociales y corporativos inexcusables.*

Sexta.—*En el orden docente, la autonomía universitaria se extenderá a la creación de enseñanzas profesionales de carácter complementario o ampliatorio de las del plan nacional y a la iniciativa y propuesta para la reforma de éste.*

Séptima.—*La autonomía de las Universidades será completa en el orden administrativo, con sujeción a las normas de carácter general dictadas por Ministerio de Educación Nacional.*

En la II Sesión Plenaria se aprobaron, la ponencia «Remuneración del Profesorado» de la que es ponente el profesor Luna. El profesor López Rodó propuso una enmienda al párrafo primero de la conclusión cuarta, la cual, votada que fué, y aprobada, quedó incorporada al texto definitivo de las conclusiones, el cual dice así:

Primera.—*Con la remuneración que por todos conceptos percibe hoy el Catedrático de Universidad, no le es posible vivir con el decoro que su rango exige, ya que su remuneración «real» en 1953 es de cuatro o cinco veces inferior a la que percibía en 1913.*

Segunda.—*La Universidad española padece las consecuencias de la escasa remuneración de sus Profesores, que de continuar, produciría una inevitable decadencia.*

Tercera.—*En los últimos años se ha roto la igualdad proporcional entre las remuneraciones que en presupuestos disfrutaban los Catedráticos de la Universidad, con las establecidas en los mismos, durante un siglo para otros funcionarios de la Administración pública, de rango y jerarquía análogas; desigualdad que aumentaría todavía mucho más si se tuviera en cuenta los recursos extrapresupuestarios.*

Cuarta.—*El sueldo y la remuneración total del Catedrático numerario de Universidad debe permitirle cubrir holgadamente las necesidades personales y familiares de acuerdo con el rango social que a su elevada función corresponde, sin injustas y recientes discriminaciones, a aquellos que disfrutaban en los Presupuestos Generales del Estado otros funcionarios con los que estaba equiparado en los presupuestos de 1935. Hechas las oportunas operaciones, éstas arrojan un sueldo de entrada de 28.000 pesetas, que, con los debidos complementos al mismo, hacen 63.900 pesetas de remuneración total, y de término, 59.700 pesetas de sueldo, que con los complementos resulta una remuneración total de 106.650 pesetas. Igual proporción se observará para las categorías intermedias.*

Quinta.—*Los Catedráticos que mediante contrato de dedicación plena con su Universidad respectiva contraigan, aparte de las obligaciones legales que actualmente tienen, la de consagrarse exclusivamente a las funciones científica y docente, renunciando a toda otra actividad pública y privada, percibirá una remuneración especial.*

A continuación se sometió al Pleno la Ponencia sobre «El doctorado en las Universidades españolas», de la que es Ponente el profesor Fernández Miranda, Rector de nuestra Universidad. Las conclusiones definitivas de esta Ponencia, aprobadas que fueron por la Sala, son las siguientes:

Primero.—*Todas las Universidades podrán, en principio, conferir el grado de Doctor en sus diversas Facultades.*

Segundo.—*El grado de Doctor debe ser la demostración de una especial dedicación al estudio y a la tarea específicamente científica, así como la prueba de capacidad para la investigación.*

Tercero.—*La prueba principal para la colación del grado de Doctor será la tesis doctoral, consistente en un trabajo de investigación.*

Cuarto.—*El Doctorando trabajará bajo la inmediata orientación de un Director de estudios o Ponente Catedrático de la especialidad respectiva, a instancia o solicitud del aspirante a Doctor.*

El Catedrático Director de la tesis informará al Decano de la Facultad de la realización de ésta.

Quinto.—*El Director de estudios trazará el plan de trabajo del graduando, especificando las materias que habrá de cursar como estudios monográficos, especiales, tareas de seminario, trabajos de laboratorio, etc., preparatorios o complementarios de la tesis doctoral, que debe considerarse como centro de toda la labor, y de los necesarios para su nueva condición de Doctor.*

Sexto.—*Las tesis doctorales serán juzgadas por un Tribunal integrado por cinco miembros, Catedráticos numerarios de Universidad, de los cuales tres pertenecerán necesariamente a Universidades distintas a aquella a cuya jurisdicción pertenezca el Director de la tesis. Los miembros del Tribunal ante el que se realice la prueba deberán ser titulares de la asignatura o asignaturas a las que de un modo más directo haga referencia el contenido de la tesis, o, en su defecto, de asignatura análoga, según lo dispuesto para las Oposiciones a Cátedras. El Director de la tesis será necesariamente miembro del Tribunal.*

Séptimo.—*Para la formación del Tribunal, el Rector de la Universidad a la que pertenezca el Director de la tesis solicitará de otras Universidades la designación de los Catedráticos a que se refiere la conclusión anterior. Los Rectores de las respectivas Universidades a las que se haya hecho la solicitud designarán los*

Catedráticos solicitados, a propuesta del Decano de la Facultad correspondiente.

Octavo.—*No podrá iniciarse la tramitación del expediente del título de Doctor en tanto no se haya publicado la tesis, totalmente o en extracto, con las siguientes condiciones:*

a) *La edición total no deberá ser inferior a los 300 ejemplares, y en todos ellos habrá de figurar, en la página 1, el nombre del Catedrático Director de estudios o ponente, et de los otros miembros del Tribunal y la calificación obtenida.*

b) *En la Secretaría de la Facultad del Director de la tesis se depositarán los ejemplares necesarios para que ésta envíe dos de ellos a cada Facultad española de la misma especialidad y aquellas otras extranjeras y a todos aquellos otros centros a los que considere conveniente la remisión de la tesis para lograr la oportuna difusión de ésta.*

La subcomisión de planes de estudio de Derecho aprobó las siguientes conclusiones:

Primera.—*Habrá un curso selectivo de calificación conjunta previo a los demás.*

Estará integrado por las disciplinas de: Derecho natural, cuatro horas semanales; Historia e Instituciones del Derecho romano, cinco horas semanales; Derecho político, tres horas semanales; Economía política, tres horas semanales; Lectura de textos jurídicos latinos, dos horas semanales.

Segunda.—*El segundo curso estará integrado por: Derecho político, tres horas semanales; Derecho canónico, cinco horas semanales; Derecho civil (parte general), tres horas semanales; Derecho penal (parte general), tres horas semanales; Historia del Derecho, cinco horas semanales.*

Tercera.—*El tercer curso comprenderá: Derecho administrativo, cinco horas semanales; Derecho civil (obligaciones y contratos), cinco horas semanales; Derecho internacional público, tres horas semanales; Derecho penal (parte especial), tres horas semanales; Hacienda pública, tres horas semanales.*

Cuarta.—*El cuarto curso se integra por: Derecho administrativo (parte especial), tres horas semanales; Derecho del trabajo, tres horas semanales; Derecho civil (Derechos reales e hipotecaria), cinco horas semanales; Derecho fiscal, dos horas semanales;*

Derecho procesal (primer curso), cuatro horas semanales; Derecho mercantil (primer curso), tres horas semanales.

Quinta.—*El Quinto curso se integra por: Derecho civil (familia y sucesiones), cinco horas semanales; Derecho procesal (segundo curso), cuatro horas semanales; Derecho mercantil (segundo curso), cuatro horas semanales; Derecho internacional privado, tres horas semanales; Filosofía del derecho, tres horas semanales.*

Sexta.—*Los cuatrimestres serán suprimidos en las enseñanzas de la Facultad de Derecho.*

Séptima.—*La Facultad de Derecho reclama que se integren dentro de la Universidad todas las Escuelas o Institutos creados al margen de ella, dedicados a enseñanzas a Licenciados en Derecho, con finalidad de formación profesional y las que en lo sucesivo puedan crearse, siquiera las enseñanzas prácticas de dichas Escuelas o Instituciones deben confiarse a personas pertenecientes a la profesión de que se trate, pero habiendo de profesarse las teóricas por Profesores universitarios. Al mismo tiempo se propone la organización por las Facultades de cursos complementarios en los que se pueda llevar a cabo la especialización y cuyos Diplomas sean puntuables en las oposiciones correspondientes a Cuerpos jurídicos de la Administración.*

Octava.—*La Facultad de Derecho organizará los Seminarios, Biblioteca y demás Centros que estime oportuno para la formación científica y profesional, pero al respecto se considera necesario que se otorguen las subvenciones consignadas en los Presupuestos Generales del Estado en la cuantía necesaria para la debida atención de estas necesidades, en ejecución del artículo 52 del Decreto de ordenación de la Facultad de Derecho.*

En las consignaciones de las Universidades se señalará específicamente la cantidad dedicada a Seminarios.

Novena.—*Existirá un llamamiento único, supresión de las convocatorias de Milicia Universitaria y exámenes de fin de carrera en enero.*

Décima.—*El plan antiguo, declarado a extinguir, se adaptará a las nuevas enseñanzas mediante una conmutación de las disciplinas equivalentes aprobadas.*

Undécima.—*En las oposiciones se puntuará previamente el expediente académico de la Facultad de Derecho, matrículas, sobresalientes, tesis doctoral y examen de Licenciatura.*

En cuanto a la Reválida, será obligatoria también para el ejercicio de la profesión de Abogado, ante un Tribunal integrado por tres Catedráticos numerarios, y constará de los siguientes ejercicios: uno teórico, oral, consistente en la contestación a las preguntas formuladas por cada uno de los miembros del Tribunal de un cuestionario de conceptos fundamentales previamente elaborado y publicado un mes antes de la celebración del ejercicio.—Dos ejercicios prácticos: uno de Derecho Público y otro de Derecho Privado, utilizando textos legales.

Duodécima.—La duración del curso académico se establece del 3 de octubre al 20 de mayo. Los exámenes de oficiales, del 20 al 30 del mismo mes, y la convocatoria de alumnos libres a partir del 1.º de junio hasta el 15 del mismo mes.

CRONICAS

EL CONGRESO DE LA ASOCIACION DE AUDITORES DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE EL HAYA

La Asociación de Auditores y de antiguos Auditores de la Academia de Derecho internacional de El Haya (A. A. A.) fue creada el 26 de Julio de 1923 a fin de mantener la relación entre los antiguos alumnos de aquel centro docente y establecer y desarrollar así entre ellos un espíritu de cordialidad y una atmósfera de amistad y de simpatía intelectual con la que se completaría eficazmente, sin duda alguna, la labor de la Academia, en cuyas cátedras vienen ocupándose del estudio del Derecho de gentes, en toda su complejidad, los más eminentes internacionalistas de todos los países.

La Asociación, a partir de 1948, aparte de sus reuniones ordinarias, ha venido celebrando Congresos en diversos Estados, y como consecuencia de la invitación que oportunamente le fue hecha por el grupo español, ha correspondido este año a España el honor de que se celebrara en nuestro país, en Madrid y Salamanca, del 6 al 13 de abril último, el quinto de estos Congresos.

Una vez más ha podido comprobarse el interés que los miembros de la Asociación conceden a estas reuniones. El número de participantes ha sido más grande que nunca: 114 antiguos alumnos de la Academia, hoy Magistrados, Profesores, Abogados, etc., han acudido a Madrid, estando representados por ellos veinte nacionalidades: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamar-

ca, Egipto, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irak, Iran, Italia, Países Bajos, Filipinas, Polonia, Sarre, Suiza y Vietnam.

La Sesión de Apertura del Congreso tuvo lugar en el Instituto Francisco de Vitoria, del Consejo Superior de Investigaciones científicas, bajo la presidencia de don Eduardo de NO LOUIS. Vice Presidente de la Asociación, por no haber podido asistir el Presidente M. ASSAD KOTAITE, y en ella, el señor García Arias, Presidente del grupo español, dirigió unas elocuentes palabras de bienvenida, expresando la satisfacción que experimentaba al comprobar, por el crecido número de asistentes, el entusiasmo con que se había acogido la invitación española. Le siguieron en la tribuna los señores GERONIMI, NONNEN-MACHER (francés), la señorita KIRSTEN SELSBAR, Presidente del grupo danés, y M. VAN HASSENT (holandés). El secretario del grupo español, don José Luis de Azcárraga, dió lectura a un gran número de mensajes de adhesión, en los que se formulaban calurosos votos por el éxito del Congreso, y entre los que debemos destacar el del Profesor Gilbert GIDEL, del Curatorium de la Academia, y el del general DE JONGH, Secretario General del Consejo de Administración de aquel mismo Centro.

De acuerdo con una sugerencia del grupo belga se había convenido, a título de experiencia, que la labor científica del Congreso recayera especialmente sobre un tema de carácter general, independientemente de las demás comunicaciones que pudieran presentarse; el previsto para ésta reunión era el de «Los organismos internacionales», materia de gran amplitud que debía permitir el estudio de un gran número de aspectos de la Organización internacional o regional.

El profesor HANS WIEBRINHAUS, de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad del Sarre, pronunció una brillante disertación sobre «Los recientes organismos internacionales y la consideración del individuo en el Derecho de gentes». Después de unas palabras de introducción, en las que se refirió a los conceptos de «organismo internacional» (definiciones de M. O. HUDSON y de R. AGO), «individuo» y «Derecho de gentes» (especialmente en relación con el problema de los sujetos o destinatarios de las normas jurídicas internacionales), el ilustre profesor sarrés pasó una rápida revista a

la posición del individuo en los organismos internacionales que aparecen antes de la primera guerra mundial (Comisión europea del Danubio; Tribunal internacional de presos; Tribunal de Justicia centroamericano; Comisiones de arbitraje), entre las dos guerras (S. D. N.; O. I. T.), y después de la última (O. N. U.; Agencias especializadas; Organizaciones supranacionales para la integración europea) para llegar a la conclusión de que la creación y la actividad de todos estos organismos internacionales han tenido como consecuencia el consolidar la situación del individuo en el Derecho internacional.

La consideración del individuo como persona o sujeto del Derecho de gentes está íntimamente ligado al desarrollo de dichos organismos internacionales y aparece como una necesidad de su actividad. La importancia creciente de la persona física humana en la Sociedad internacional, ya reconocida por Vitoria y Grocio, encuentra su comprobación en los organismos internacionales creados en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, especialmente en la S. D. N. y en la O. I. T. con la aparición del «funcionario internacional», y esta importancia del individuo se manifiesta aún en mayor medida en las Naciones Unidas, con la Declaración de los Derechos del Hombre, y en la Organización europea (Convenio de Roma sobre Derechos del hombre), la O. I. R., etc., de tal modo que hoy no puede dejar de plantearse el problema de la persona física como sujeto del Derecho de gentes.

En la segunda sesión de trabajo el profesor Roberto SOCINI, Catedrático de la Universidad italiana de Cagliari, tan conocido por sus excelentes publicaciones sobre los problemas actuales del Derecho internacional, desarrolló una magnífica conferencia sobre «El problema de la universalidad en los organismos internacionales».

El profesor SOCINI expuso los diferentes aspectos de esta cuestión, refiriéndose especialmente al problema de la admisión en los organismos internacionales. ¿Ha de hacerse ésta de una manera restringida, mediante ciertas condiciones (como en la S. D. N. o en la O. N. U.), o sobre una base regional (Organismos europeos), religiosa (Liga árabe), o económica, o por el contrario, debe aceptarse de una manera general a todos los Estados? Los fines internacionales serán mejor cumplidos cuanto más universal sea la organización: de aquí las tendencias ecumé-

nicas de algunos de estos organismos, siempre un tanto utópicas y quizás imposibles.

Pero el regionalismo aparece más de acuerdo con la realidad y frecuentemente hemos de estimarle útil, pero para evitar una sociedad internacional que estuviera compuesta de «regiones» es necesario que encuentre una síntesis en el seno de una organización internacional, coordinando así las ventajas de la organización universal con las de las particulares. Evidentemente, una organización como la O. N. U. no puede alcanzar su objeto si no son admitidos en ella todos los Estados. El artículo 4.º de la Carta de San Francisco debe ser interpretado en un sentido categórico, de acuerdo con el dictamen del Tribunal internacional de Justicia. Por consiguiente, un Estado que reúna los requisitos exigidos por dicho artículo, y que deberán interpretarse en el sentido más favorable al nuevo miembro, tiene el derecho de ser admitido. No debía haberse llegado a las situaciones lamentables que se han producido. Así, en lo que concierne a Europa, está representada insuficientemente en la O. N. U. (15 Estados; en la S. A. N., 29 Estados). Esto revela la necesidad de una Europa Unida.

La tercera sesión tuvo lugar en el Paraninfo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en la prolongación de la calle de Serrano, y en ella se explicaron dos interesantes comunicaciones, una de M. HANS LÜHRSEN, después de unas palabras previas sobre los diferentes motivos que pueden ser causa de emigración, puso de relieve la importancia de los acuerdos entre los países de emigración y los de inmigración, a base de reciprocidad. Es preciso, además, tener en cuenta la declaración universal de los Derechos del Hombre que confirma que todo individuo, es ipso iure sujeto de Derecho internacional. Se han establecido ya varias comisiones intergubernamentales para estudiar y regular las inmigraciones entre los países interesados.

El profesor SENF, trató de la considerable diferencia que existe en Economía entre la teoría y la práctica. Las organizaciones internacionales ejercen una influencia importantísima sobre las economías nacionales; la reciente organización del Carbón y del Acero (Plan Schuman), por ejemplo, con sus finalidades políticas y económicas, constituye el principio de un mercado común que necesitará una estrecha cooperación entre economistas y juristas para que los diferentes sistemas nacionales puedan ser

interpretados, no solamente en teoría, sino también en la práctica, en un sistema europeo.

La cuarta sesión de trabajo había de dedicarse a la discusión de una ponencia del grupo francés sobre la revisión de la Carta de las Naciones Unidas, pero no habiendo podido llegar a ponerse de acuerdo los miembros franceses que habían de redactarla, especialmente por la espinosa cuestión del veto, fué sustituida por un magnífico trabajo de M. DANIEL VIGNES, tesorero del grupo francés, sobre «Las garantías judiciales de las empresas privadas en relación con las decisiones de la Alta Autoridad del Pool Carbón-Acero».

La institución de la comunidad supone la creación de un verdadero poder que ejerce competencias muy extensas en dominios muy diversos. M. VIGNES indicó las diversas soluciones que podrían adoptarse: se hubiera podido nombrar un Ministro europeo del carbón y del acero, verdadero dictador de la Economía de Europa, o como se ha hecho, establecer una alta Autoridad supranacional, bajo el control de una Asamblea y de un Tribunal de Justicia. Después el orador expuso los detalles de la composición y de las funciones de estos órganos y terminó su brillante disertación haciendo un análisis muy detallado de los diferentes recursos que pueden interponerse ante el Tribunal por los particulares o Empresas perjudicadas por las decisiones de la Alta Autoridad. Es de esperar que las lagunas que ofrece el Tratado en este aspecto pueden ser cubiertas con el tiempo por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que análogamente a lo que ha ocurrido con el Consejo de Estado en Francia, guardian de las libertades de Derecho público, esta jurisprudencia adquirirá una fuerza moral capaz de imponerse a la Alta Autoridad.

La sesión de clausura del Congreso se celebró el 12 de abril en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca, bajo la presidencia del Vicerector, señor Nogareda. Los señores NAGEL (Alemania), TOMA (Irak), SEIDL-HOHENVELDERN (Austria), RIGAUX (Bélgica), ALIABADI (Iran), DEPIERRE (Suiza) y PREE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Angers (Francia), hicieron uso de la palabra para recordar la valiosa aportación de Salamanca a la creación del moderno Derecho de gentes, y para agradecer calurosamente al grupo español la magnífica organización del Congreso. El Vicerector señor NOGAREDA, Catedrático de la Facultad de Ciencias,

cerró el acto con un magnífico discurso en que, utilizando la figura de Domingo de Soto, señaló cómo en la época de esplendor de la Universidad salmantina, cuyo VII centenario está próximo a celebrarse existían grandes afinidades entre las Ciencias y el Derecho internacional.

En la tarde del mismo día se trasladaron los congresistas al Convento de San Esteban para rendir un homenaje al fundador del moderno Derecho internacional, Fray Francisco de Vitoria. En nombre de la Asociación, los dos secretarios de la A. A. depositaron una corona en el cementerio de teólogos, en el capítulo antiguo del convento, donde está enterrado el eximio dominico. Después de una breve ceremonia religiosa se celebró una emocionante sesión en la Sala Capitular del Convento, con intervención de don José Gascón y Marín, presidente de la asociación «Francisco de Vitoria», y de los señores SOCINI (Italia), HONRADO (Filipinas) y BITONSKI (Polonia), y que fué cerrada por el reverendo padre PERANCHO, con un evocador discurso en español, traducido más tarde al latín, pues no pudiendo utilizar los idiomas oficiales del Congreso, el padre Prior quiso servirse de los idiomas que indistintamente usaba Francisco de Vitoria.

* * *

Como es corriente en estos congresos, simultáneamente con las sesiones de trabajo, se organizaron algunas excursiones y fiestas extraordinariamente interesantes (Museo del Prado, Escorial, Toledo), y las autoridades españolas tuvieron la cortesía de ofrecer diversas recepciones. Entre ellas es de destacar la acogida que dispensó a los congresistas el Ministro de Asuntos Exteriores, don Alberto Martín Artajo, con una espléndida fiesta en el Palacio de Viana; el Ministro y la señora de Martín Artajo acogieron personalmente a los congresistas y mantuvieron interesantes y cordiales conversaciones con la mayor parte de ellos.

También resultaron de gran interés las recepciones que tuvieron lugar en el Ayuntamiento de Madrid, en la que hizo uso de la palabra el Alcalde, señor Conde de Mayalde y la del Instituto de Cultura Hispánica, en que intervino, con el acierto de costumbre, don Manuel Fraga Iribarne, así como la visita, que bajo la dirección del Catedrático don Manuel Torres López hicieron los auditores a la Ciudad Universitaria de Madrid, cuyas realizaciones les causaron una extraordinaria impresión. Por su par-

te, el Presidente de la Diputación de Salamanca, les obsequió con una comida que fué seguida de una exhibición de «Danzas charras» en el magnífico patio del palacio provincial.

* * *

Sin duda alguna el 5.º Congreso de la A. A. A. ha tenido una singular importancia, no sólo por el interés de las comunicaciones, sino por la impresión que estos ilustres internacionalistas han podido llevar de nuestro país sobre los progresos alcanzados en diversos aspectos. El grupo especial de la A. A. A., y singularmente los señores De No, García Arias, Azcárraga, Lorente y Murillo, que han llevado el peso de la organización con tanto entusiasmo y de una manera tan eficaz se han hecho acreedores a las felicitaciones y el reconocimiento que los participantes extranjeros les han tributado reiteradamente.

L. S. S.

VIDA DE LA FACULTAD

EL RECURSO DE ILEGITIMIDAD CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

*Lección desarrollada por el Ilustrísimo señor
don Salvador M. Dana Montaña en la Cátedra de
Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo
el 28 de mayo de 1953.*

Tras unas breves palabras del Excmo. Sr. Gendín, catedrático de Derecho Administrativo en esta Universidad, con las que resaltó la personalidad de este conocido jurista argentino, e indicó la trascendencia e importancia del tema que iba a desarrollar, el Sr. Dana Montaña comenzó su interesante disertación, a la que hizo preceder de algunas palabras de afecto hacia los estudiantes, entre los cuales veía a su propio hijo, que, según dijo, habían inspirado siempre su labor docente por considerarlos como promesa de un futuro mejor.

Entrando, a continuación, de lleno en el estudio de la cuestión, distinguió tres categorías en los medios de defensa concedidos a los administrados contra la Administración, garantías que, a su vez, indicó podían ser susceptibles de ampliación y subdivisión. Consideró primeramente la llamada autodefensa, es decir, el control defensa que el propio interesado hace de sus derechos. Pero, explicó, aunque se citan algunos ejemplos de este control, como los casos de defensa propia de la libertad o de la integridad física contra los excesos de una autoridad administrativa, dada la poca importancia de estas excepciones, podía decirse que en vigor

no existía dentro del Derecho Administrativo recurso que encajase en esta primera categoría. Seguidamente, es refirió al autocontrol, o sea, al control que los propios órganos de la Administración ejercen sobre la misma, y que da lugar a los recursos administrativos propiamente dichos, que varían de una legislación a otra, pero, sustancialmente, pueden reducirse a los de reposición (o «rimonstranza», como dicen los italianos), al recurso jerárquico y el recurso extraordinario al Rey o Jefe de la Administración: agotados los primeros. Finalmente, se ocupó del control jurisdiccional, llevado ante verdaderos Tribunales, con jurisdicción retenida o delegada, a cargo de la Administración, órganos especiales o ante Tribunales de Justicia.

El nacimiento del control jurisdiccional se explica si tenemos en cuenta una antigua desconfianza existente en la Argentina contra los recursos administrativos propiamente dichos, que subsiste aún hoy día y cuyos rasgos se encuentran en la misma legislación. El particular, efectivamente, veía que la Administración no era demasiado solícita al atender las peticiones de los particulares contra ella, y este motivo de índole práctico se enlazaba con consideraciones teóricas provenientes de la interpretación de la doctrina de la separación de poderes, plenamente arraigada, y que estaba en contradicción con el hecho de que la Administración fuese juez de sus propios actos. De aquí, pues, que el Contencioso-administrativo se colocase en las manos de los Jueces y bajo su guardia y personal vigilancia.

Pero esta evolución no termina con la instauración en las manos del Poder Judicial del control jurisdiccional. La misma desconfianza que taró los recursos administrativos propiamente dichos se extiende actualmente al Poder Judicial, cuya independencia y dignidad se va perdiendo, bien por causas externas, es decir, por la influencia de los poderes políticos, o bien por circunstancias internas, aunque menos dignas de ser tenidas en cuenta, porque el Juez, si es libre, siempre puede dar una resolución objetiva e independiente. Aparece un movimiento de repulsa contra los jueces de Derecho, que podemos observar aún en el mismo país norteamericano, a pesar de que su sistema constitucional siempre se caracterizó por la preponderancia y dignidad del Poder Judicial, que no sólo se mantiene independiente, sino que también llega al control de los otros Poderes, incluso del legislativo por medio de la acción de la inconstitucionalidad de las leyes. Estas

circunstancias sociales ocasionan que, aunque la Constitución argentina encomienda al Poder Judicial el control de la Administración, se debilite la confianza del Pueblo en esa garantía. Hemos de buscar, por consiguiente, otra solución (*).

El número de medios de control de la acción administrativa, crece en la misma medida en que se afirma el principio de legalidad, y aún legitimidad de tal acción, según los cuales ésta debe subsumirse en una norma. Hoy día no se admite ya con la misma uniformidad de antaño, la discrecionalidad de los actos administrativos, como característica que los excluye del control jurisdiccional, al ser tales aquéllos que se fundan exclusivamente en la libre determinación de la Administración. Es cierto que existen actos originados por una actividad libre, pero, en principio, no puede concebirse la administración sin norma reguladora a la luz de la cual, en último término, pueda juzgarse la legalidad de los actos que la constituyen.

En realidad, los conceptos de libertad y de justicia están tan íntimamente unidos y penetrados uno de otro, que no pueden concebirse aisladamente. La justicia necesita de libertad, y la libertad es imposible se dé sin justicia.

El mantenimiento de este principio de legalidad está impuesto por los intereses de los administrados y por los mismos de los administradores. Hasta en los mismos regímenes autocráticos, pese al mayor o menor absolutismo del Príncipe, éste tiene a honra el que los funcionarios se acomoden en su actuación a los dictados del Derecho, fundándose en el principio inmutable de la Justicia. De aquí resulta que el principio de la legalidad y justicia, que

(*) Al finalizar su conferencia y respondiendo con ello a una petición de aclaración que le fué formulada, sobre este particular, explicó el Sr. Dana Montaña, que con sus palabras no había querido indicar la posibilidad de un nuevo recurso o control jurisdiccional encomendando a autoridad distinta del Poder Judicial. Agregó que confiaba en la rehabilitación de éste como órgano de ese control. El Sr. Gendín añadió a su vez que era importante decir cómo el Poder Judicial constituía la más elevada garantía de los administrados frente a la Administración, por lo que, aunque su independencia pareciera mermada en algunos países, como en la República Argentina, en virtud de un fenómeno localista, los Profesores de Derecho Administrativo, preocupados esencialmente de la defensa de los principios jurídicos básicos, debían inculcar en sus alumnos el sentimiento de respeto y veneración hacia el Poder Judicial, con lo que cumplirían la función formativa que constituye la más elevada misión de la Cátedra.

El Sr. Dana Montaña terminó esta aclaración, coincidiendo con el Sr. Gendín y exponiendo sus esperanzas a favor de un resurgimiento de la autonomía del Poder Judicial, fundándose, además de en la necesidad del mismo, por sus condiciones plenamente aptas al control jurisdiccional, en sus experiencias sobre la vida judicial argentina, repleta de interesantes y aleccionadores ejemplos sobre la integridad de los Magistrados judiciales, de los que expuso algunos.

pasa del Derecho constitucional al administrativo, corre paralelamente a los intereses de la Administración y de los administrados. Este principio de legalidad encuentra su expresión en el recurso contencioso-administrativo, que, en la Argentina, respondiendo a una firme tendencia constitucional, se encomienda a los Tribunales de Justicia, llamados Cortes Supremas de Justicia Local. En el orden nacional no existe una norma formal que establezca este recurso, al igual que lo hace la Ley de lo Contencioso española. Pero el Tribunal Superior y los Tribunales inferiores federales han admitido la procedencia de este recurso, que se regula por medio de las normas jurisprudenciales que ha engendrado la costumbre de los Tribunales, arbitrando no solamente las normas procesales, lo que es corriente, sino hasta creando el recurso sin ley previa y abrogándose. En el orden local, como expusimos al principio, y en virtud del sistema federal de gobierno argentino, esta insuficiencia legal es salvada en buena parte de las provincias por verdaderos Códigos de la materia, tales como el de Córdoba de 1941, La Rioja de 1946, Jujuy del 48, Santiago del Estero del 52 y el de Santa Fé, del 51, que es al que principalmente nos referimos. Y estos Códigos llegan a establecer recursos contra las decisiones de los Tribunales, en esta materia, lo que constituye un verdadero progreso.

Tomemos como punto de referencia el Código de Santa Fé, similar a los restantes Códigos locales, con lo que indirectamente conseguiremos el estudio de los principios en que se inspiran todos ellos. Dicho Código coloca el control jurisdiccional en las manos de la Suprema Corte de Santa Fé, de una manera originaria, exclusiva e improrrogable. Se excluye, pues, la delegación y la admisión de una prórroga. Pero, por excepción, es posible la delegación en la substanciación del recurso de algunas prácticas, probatorias o no, lo que constituye una garantía más de seriedad a favor de los administrados.

El proceso se prepara de acuerdo con las normas admitidas generalmente. Es preciso agotar la vía administrativa. Pero en Santa Fé nos encontramos con el inconveniente de que no existe, al contrario de Córdoba, un Código de Procedimiento Administrativo. Por esta falta, al exigirse como preparación de lo contencioso al comenzar por la substanciación de aquellos recursos, el particular no encuentra una enumeración escrita de los mismos,

que le enseñe cómo ha de proceder para entablarlos, tal como se la pudiera dar un Código o una ley general de procedimientos.

La cuestión de los plazos es de menos importancia y sus soluciones concretas difieren de Provincia a Provincia, aunque siempre se inspiren en viejos principios, como el de «solve et repete» (necesidad de abonar un impuesto antes de cuestionar la procedencia de su pago), el de agotar las vías administrativas especiales establecidas, los recursos jerárquicos establecidos al efecto, cuando se trata de las llamadas entidades autárquicas.

Agotada la vía previa administrativa puede entrarse ya en la contenciosa. El Código de Santa Fé habla de dos recursos: el de plena jurisdicción y el de ilegitimidad por exceso de poder. Aunque en el texto se hable, además de «desviación de poder» hemos de decir que este recurso no está comprendido realmente en la legislación argentina. También hemos de aclarar que, pese a la similitud de nombres, la forma de protección que caracteriza este recurso es distinta de la propia del recurso por exceso de poder francés.

El recurso de plena jurisdicción no presenta divergencias substanciales de una a otra Provincia, y es semejante también al establecido en otros países. (Así ocurre en España por la Ley de lo Contencioso de 13 de septiembre de 1888, refundida en la del 8 de febrero de 1953; y por las distintas leyes de Régimen Local: Estatuto Municipal, artículo 253; Ley Municipal, artículo 223 y Ley de Régimen Local, artículo 386). Este recurso, por tanto, se da contra los actos provinciales o municipales que hayan causado estado y emanen de la Administración en el uso de sus facultades regladas por la correspondiente Ley provincial o municipal. Se mantiene, como vemos, la vieja distinción entre las facultades regladas y discrecionales, que hoy día carece de transcendencia y realidad, pues puede decirse que casi no existen ejemplos de las últimas, si exceptuamos la discrecionalidad técnica, y aún, mejor dicho, solamente ciertos actos de la misma.

En consecuencia, no procede el recurso contra los actos políticos y los discrecionales técnicos, contra los del estado cuando obra como persona jurídica y contra aquellos actos susceptibles de otros recursos especiales, considerados como medios extraordinarios de defensa, que han de ser interpuestos con anterioridad

a los ordinarios en virtud del principio de exclusión que gobierna esta materia.

El artículo 13 del Código de Santa Fé dispone que el recurso de ilegitimidad por exceso de poder se dará contra las resoluciones ejecutorias que adolezcan de defectos legales, en defensa de un interés legítimo, directo y actual. Es de sobra sabido lo que significa este concepto del interés, por lo que no insistimos sobre él. Únicamente añadiremos a este precepto que ha sido objeto de discusión la expresión que en él se encuentra, de resoluciones «ejecutorias», aunque parece convenirse que son aquellas que causan estado.

Procede este recurso:

- 1) Por incompetencia.
- 2) Por vicio de forma. Que tiene importancia para la defensa de los intereses privados, pues la doctrina, ha ampliado su concepto de manera que abarca, no sólo la llamada forma «ad substantiam», sino también «ad probationem» y la «ad solemnitatem».
- 3) Por ilegalidad en el fin del acto. En otros Códigos se habla de «en cuanto al fondo del auto» (Córdoba).
- 4) Por violación de la Ley. No se habla ni de exceso ni de desviación de poder, pero el artículo 9.º refiere a ambos casos.

Respondiendo a una solicitud de aclaración formulada por el señor A Gendín, el señor Dana Montaña especificó el verdadero sentido del número 3, referente a la ilegalidad del fin. Ciertamente que muchas veces es difícil discriminar cuando un acto viola el fin o viola la ley misma, ya que el fin literal del precepto, sino cual «fué» el fin de la norma, es decir, la intención del legislador. Sólo en el caso de que esta intención no aparezca evidente, ha de utilizarse su interpretación como modo necesario de ampliar la garantía administrativa.

A veces se confunde, repetimos, el fondo con el fin, cuestión que en otros códigos no se dilucida claramente al emplear sólo la palabra fondo, sin especificar si se refiere al contenido o a la finalidad.

Este recurso de ilegitimidad, no era conocido con anterioridad a lo que llamamos nuevos Códigos, pues el más antiguo, el de la provincia de Buenos Aires, de 1906, que es reproducción de la Ley española de 1888, sin recoger las últimas reformas, no

incluye dentro de los recursos los dirigidos a proteger intereses legítimos. El Tribunal Contencioso-administrativo, cuya relevancia lo hace semejante al mismo Consejo de Estado francés, ha entendido que sólo puede darse esa protección de intereses cuando lo permita una ley. En las provincias, como sabemos, sí se da este recurso, pero con peculiaridades notables que lo diferencian del recurso por exceso de poder francés.

Los antecedentes de estos Códigos se hallan en los trabajos, realmente meritorios, de la V Asamblea Nacional de Abogados, reunida en Santa Fé en el año 1940, en la que se discutieron las bases teóricas ideales de los recursos contenciosos por los distinguidos jurisconsultos asistentes, entre los que se encontraban, por invitación especial, abogados y profesores uruguayos. Los legisladores se inspiran en sus conclusiones. Así, el Código de Córdoba, del año 1941, la sigue a la letra.

En esta Asamblea se establecieron, como digimos, las diferencias con el recurso de anulación francés, llamado también recurso de ilegitimidad o recurso objetivo, aunque sea, acertada la primera denominación porque su fin es, precisamente, la anulación del acto para asegurar la observancia de las normas violadas. Entendemos, no obstante, que este «recurso» no es tal, sino acción.

Con palabras de Bielsa, tiende a asegurar la legalidad para todos; esto es así porque su anulación por el órgano jurisdiccional equivale a la existencia del acto, referida a todos los casos iguales. Por el contrario, en el recurso de plena jurisdicción sólo surgen efectos entre partes. En este último la entidad administrativa es parte, y el Tribunal va al fondo del asunto, estableciéndose un verdadero juicio declarativo de derechos, cuyas consecuencias son la confirmación, anulación o modificación de los actos controvertidos, por lo que podemos decir que, incluso, le es dado al Juez sustituirse en la voluntad de la autoridad administrativa. En el recurso de anulación, la Administración no es parte, aunque informe, y el fin del juicio no se dirige tanto contra el acto, sino contra el peligro que encierra la violación de la Ley, presentando unas características de generalidad, que le hacen independiente de las declaraciones de derechos subjetivos. Tiende, pues, más al mantenimiento de la legalidad que a la defensa de los derechos de los administrados. Por eso se le llama recurso objetivo, y de ahí, también, sus consecuencias lógicas «erga omnes».

admitidas por la legislación francesa y explicadas por ella como consecuencia de la anulación del acto concreto ilegal.

Cuando en la citada Asamblea Nacional de Abogados se trató de la implantación del recurso objetivo, se opusieron al mismo escrúpulos constitucionales, sosteniéndose que pugnaban con la separación de poderes, pero, sin embargo, se llegó a la consecuencia de que, en realidad, estaba de acuerdo y hasta era impuesto por el mismo régimen constitucional porque:

a) Era un corolario legítimo del principio representativo de acuerdo con el cual los poderes debían actuar según ley y no, en contra de ella.

b) Era, también, consecuencia de derechos no enumerados pero que se deducían del sistema republicano, que debía conceder al pueblo el poder reclamar contra la ilegalidad.

c) El no diferenciarse, en último extremo, del recurso subjetivo, ya que los intereses legítimos son implícitamente derechos, garantizados por la ley fundamental del país.

d) Sus semejanzas con la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, pues el recurso objetivo determinaba la inexistencia de los efectos simplemente del auto en cuestión.

En Francia, como sabemos, se anula el acto. Aquí decimos que se anulan los efectos. Pudiera comentarse que esto es simplemente una frase, porque prácticamente el acto queda anulado. Pero de esta manera puede salvarse la separación de poderes, opuesta a que uno de ellos decida sobre la nulidad de los actos del otro. El Poder Judicial no podría declarar inexistentes los actos del Ejecutivo. Para ello se necesitarían dos pronunciamientos. Primeramente el del Juez; luego, el de la Administración. Ambos declarando la ilegalidad.

No obstante el progreso que significan estos Códigos y su amplia interpretación, aún queda mucho camino por recorrer para llegar a una adecuada protección de los derechos de los administrados. Para conseguirla es preciso, en primer término, abandonar la vieja distinción entre actos reglados y discrecionales, que carece de razón de ser, puesto que, directa o indirectamente, todos los actos se encuentran reglados por normas jurídicas positivas.

Por otra parte ¿quién más indicado que el Juez para decidir sobre el adecuado uso de la facultad discrecional por parte de la Administración? Evidentemente que un agente de policía, por

ejemplo, menos recomendable para esta dedicada misión que por su propia naturaleza, reclama la intervención de un Juez de Derecho.

En último término, al defender esta tesis, únicamente propugnamos la extensión plena del principio de la legalidad. Este principio debe extenderse a todo lo referente a ese elemento imperceptible de los actos jurídicos que constituye su «mérito». Sólo de esta manera, extendiendo el control jurisdiccional a la oportunidad y conveniencia de los actos, puede hacerse factible una convivencia democrática, organizada por una Administración autónoma y libre, por someterse a los principios de Justicia y Libertad.

ALBI Y GÓMEZ MORÁN

DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950.

M

ejemplo, menos recomendable para esta delicada misión que por su propia naturaleza reclama la intervención de un juez de Derecho.

En último término, al defender esta tesis, únicamente propongo que el principio debe extenderse a todo lo referente a ese elemento susceptible de los actos jurídicos que constituyen su ámbito. Sólo de esta manera, extendiendo el control jurisdiccional a la oportunidad y conveniencia de los actos, puede hacerse factible una democracia democrática organizada por una Administración autónoma y libre, por someterse a los principios de justicia y la

"EL CONVENIO EUROPEO DE PROTECCION DE DERECHOS DEL HOMBRE, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950"

Manifestación nueva y digna de anotarse en el acontecer político de hoy es la tendencia o aspiración a conferir carácter internacional a las Declaraciones de Derechos. Si al principio nos encontramos con textos de reducido alcance territorial, como la Declaración de Virginia, no cabe ocultar que pronto se quiso hacer algo más universal y amplio, y así surgieron las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero ahora se trata de que se observe la necesidad y conveniencia de que no sea cada país el que formule su Declaración; se trata de la consagración de los derechos individuales en un texto internacional, superior a los propios Poderes Constituyentes de cada Estado, para que el aseguramiento de los mismos derechos formulados no esté sujeto a las veleidades o flaquezas de las Naciones respectivas, sino amparados por la Comunidad de Naciones debidamente organizada.

Tal es la orientación del caso que nos ocupa, el convenio europeo para la protección de los derechos del hombre firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

«Los Gobiernos firmantes—se lee al comienzo de la Declaración— miembros del Consejo de Europa,

¡Considerando la Declaración Universal de los derechos del hombre proclamada por la Asamblea General de la O. N. U. el 10 de diciembre de 1948. Considerando que la finalidad del Con-

sejo de Europa es el conseguir una mayor unidad entre sus miembros y que uno de los caminos por que ha de ser perseguido dicho fin es el mantenimiento y realización de los derechos del hombre.

Reafirmando su profunda creencia en aquellas libertades que son la base de la Justicia y de la Paz en el Mundo y creyendo que el mejor medio de defenderlas es, por un lado, una efectiva política democrática y, por otro, un común entendimiento y observancia de los derechos contenidos en la Declaración de 1948.

Han resuelto, teniendo en cuenta que los países de Europa poseen una herencia común de tradiciones políticas, jurídicas y culturales, dar los primeros pasos para la garantía colectiva de algunos de los derechos de la Declaración de 1948».

El Convenio podemos dividirlo en dos partes:

La sección primera (arts. 1 a 18) establece los derechos individuales: derecho de libertad personal, es decir, que ningún hombre puede ser detenido, castigado o condenado excepto por una violación del Derecho probada por procedimiento jurídico ante Tribunal ordinario (arts. 2, 5 y 6); principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal (art. 7); libertad de palabra, que comprende las de prensa y conciencia (arts. 9 y 10); supresión de la tortura y de la servidumbre involuntaria (arts. 3 y 4); libertad de reunión y asociación (art. 11); igualdad ante la ley (art. 14); inviolabilidad de domicilio y correspondencia, y respeto a la vida familiar (art. 8).

Las secciones 2, 3, 4 y 5 (arts. 19 al 66) establecen lo referente a sanciones. La Declaración de 1948 no tenía más que un valor moral. El Convenio, dando un paso adelante, instituye dos órganos para la garantía de los derechos: la Comisión y el Tribunal Supremo de los Derechos del Hombre.

El primero de estos órganos responde a una necesidad primordial: cuando se trata de juzgar a un Estado por lesión de los derechos individuales, la gravedad de la acusación entraña dos exigencias: a) la acusación no debe ser llevada al Tribunal más que después de agotar los recursos permitidos por los Tribunales nacionales; b) es necesario evitar también que la autoridad competente para juzgar el caso no se encuentre anegada en un mar de litigios fútiles.

La Comisión tiene como fin fijar los hechos mediante un procedimiento bastante detallista y, después, tratar de llegar a un

acuerdo amistoso. Este acuerdo puede versar sobre la abrogación de una ley contraria al Convenio, la revocación de medidas administrativas de carácter ilegal, la puesta en libertad de personas detenidas ilegalmente, la indemnización por un perjuicio causado injustamente, etc. La Comisión, una vez agotados los medios de conciliación, emitirá un dictamen dirigido al Comité de Ministros haciendo saber si los hechos constatados entrañan una violación de las obligaciones asumidas en el Convenio. A partir de la transmisión al Comité se abre un plazo de tres meses durante el cual se podrá recurrir ante el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, y si el Tribunal encuentra que la medida o decisión tomada por la parte culpable está en oposición con las obligaciones determinadas en el Convenio determinará la imposición de una indemnización equitativa. La sentencia, finalmente, deberá ser transmitida al Comité de Ministros que inspeccionará su ejecución.

Próxima a la Declaración de 1948, el Convenio constituye sin duda un esfuerzo constructivo sincero y meritorio. Falta, sin embargo, la sanción colectiva contra cualquier país (haya firmado o no el Convenio) que viole los derechos individuales, como coronamiento de la obra de 4 de noviembre de 1950.

Nos muestra este Convenio, por encima de todo, el papel predominante que va adquiriendo el individuo como sujeto del Derecho Internacional. Hasta hace relativamente poco tiempo se consideraba como único sujeto de Derecho Internacional al Estado, tal es la posición de Jellinek, Bergbohm, Mayer, Laband, Triepel, etc., que afirmaban la primacía del poder metajurídico del Estado sobre el Derecho Internacional. El individuo quedaba aislado frente al Estado y desprovisto de toda garantía.

A fines del siglo XIX y en los comienzos del XX se empieza a impugnar esta doctrina. Se inicia un proceso cuyo ejemplo más reciente lo tenemos en la obra del Profesor Jessup «Un Moderno Derecho de las Naciones» donde puede verse la afirmación tajante del individuo como sujeto primordial del Derecho Internacional. Siguiendo al Profesor Grabbe, Duguit en 1906 llega incluso a negar toda personalidad internacional al Estado. Los únicos sujetos de Derecho internacional, dice, son los individuos miembros de los Estados. Más recientemente tenemos los nombres de Politis, Wesley, Lapradelle, Scelle, etc. Todos vienen a coincidir en lo mismo: el Estado en sí no es un fin, el Estado es un medio, es decir, una cierta forma de organización y de servicios públicos a través

de los cuales, grupos humanos, más o menos extensos, persiguen fines de utilidad común. No se puede, pues, hablar del Estado sin tener en cuenta los individuos que lo componen o que entran en relación con él; sin determinar aquellos deberes, sin duda, pero también aquellas facultades que el Derecho asigna a los individuos expuestos al Poder estatal.

Desde 1789 el europeo se ha preocupado de asegurar en el orden interno las libertades fundamentales del hombre, descuidando el papel que esos mismos derechos deben desempeñar en el orden internacional. En el plano de las relaciones internacionales el Derecho de Gentes quedaba muy a menudo a merced de la voluntad del Estado. Por eso, y recogiendo un clima de opinión, el Instituto de Derecho Internacional elevó la voz hace ya tiempo con su Declaración de los Derechos del Hombre de 1929. En ella se enumeraban una serie de derechos que los Estados habían de reconocer a los individuos cualesquiera que fuesen (nacionales o extranjeros) sobre un territorio. Para más de un autor esta Declaración resultó tímida. No obstante, tuvo el valor de lanzar una idea que fué recogida posteriormente en la Conferencia Panamericana de 1936, en la de Dumbarton Oaks; en la Chapuktepec, en 1945, en la de Bogotá 1948 y finalmente en la O. N. U. en 1948.

En estrecha conexión con la Declaración de 1948 está el Convenio que estudiamos. Tanto el Convenio como la Declaración están inmersos en la mentalidad liberal-democrática cuya quiebra está anunciada por muchos pensadores pero que a pesar de todo es creencia operante en muchos europeos. En los dos se observa ese atomismo que encontramos en toda Declaración de Derechos de tipo liberal, unas veces abiertamente manifestada, como en las Constituciones del siglo pasado, y otras larvado, como en las Declaraciones de Derechos modernos. Es digno de señalar sin embargo, que el individualismo excesivo de la Declaración debido a su generoso pero imprudente entusiasmo en el Convenio, lo encontramos trenado. En los artículos 2, 4, 5, 7, 8, etc., hay taxativamente establecidas excepciones al principio general que se anuncia al comienzo del artículo como si se quisiera evitar las consecuencias perjudiciales a que conduce la aplicación tajante del individualismo, que daría lugar a que cada individuo se acantonase, en sus libertades como en una fortaleza, se preocuparía únicamente de su desenvolvimiento personal dentro de los límites que se encuentran establecidos por la libertad de los demás individuos.

El Convenio ofrece una nota curiosa: la ausencia de los derechos familiares y sociales. Estos últimos, que en un sentido amplio comprenden también los primeros, surgieron, como se sabe, por una evolución lógica del Estado liberal. En el santuario de las Constituciones de los siglos XIX y XX penetran a partir de la revolución de 1848 al lado del individuo los grupos, desde asociaciones a municipios, pasando por el núcleo doméstico o familiar. Aparecen derechos referentes a socialización de empresas privadas, amparo de mano de obra, seguros sociales, previsión, etc. La Declaración de 1948 no podía ser una excepción. Debido en gran parte a la presión de Rusia se aprueban una serie de artículos referentes a multitud de derechos sociales. En el Convenio, por el contrario, observamos la casi total ausencia de los mismos. Solo en el artículo 12 se hace una leve alusión a los derechos familiares. ¿A qué se debe esto? Recuérdese que el convenio emana de hombres apenas salidos de una alucinante crisis mundial en la que se cometieron millares de atentados contra los derechos individuales de la persona humana y su recuerdo domina cada párrafo del Convenio, haciendo olvidar los derechos sociales. Pero una consideración meramente sentimental como ésta es insuficiente como explicación.

Que nuestra época es socialista, si se entiende esta palabra en su sentido riguroso, es evidente. Lo social es la sustancia de todos los regímenes europeos. Y es sabido, por otra parte, que el socialismo entraña una política de dirección e intervención estatal, lo que conduce a una total funcionalización de la vida humana. «En no pocas naciones—señaló Pío XII en el último mensaje de Navidad—el Estado se va convirtiendo en una gigantesca máquina administrativa que extiende su mano sobre casi toda la vida: la escala completa de los sectores político, económico, social, intelectual, hasta el nacimiento y la muerte quieren que sean materia de su Administración. En muchas de las más importantes actividades de la vida ha quedado reducido el hombre a un mero objeto de la sociedad, porque ésta, a su vez, se ha transformado en un sistema impersonal, en una fría organización de fuerzas».

Por eso, no nos extrañemos de que en el Convenio falten los derechos sociales. Se trata del intento del hombre liberal de desasirse de la maquinaria social y regresar a la época atomista, individualizada del siglo pasado. Es la nostalgia del régi-

men liberal en sus horas mejores de la aventura permitida por el libre juego de la concurrencia que daba la victoria al más fuerte o al más hábil.

ANTONIO NARVÁEZ ACERO
ALUMNO DE TERCER CURSO

BIBLIOGRAFIA

— SUMARIO —

RECENSIONES

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

RECENSIONES BIBLIOGRAFIA

D. INTERNACIONAL PRIVADO

SUMARIO

RECENSIONES

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

Entre los trabajos publicados bajo la dirección de Dimitris S. Constantopoulos y Hans Wehberg en homenaje a Rudolf Lauer (1) figura un interesante artículo del profesor de la Universidad griega de Tembónica, Petros S. Vallindas, sobre las normas de Derecho Internacional contenidas en un Código muy poco conocido, el Código de Moldavia de 1817, que por la fecha de su promulgación resulta uno de los primeros códigos nacionales que incorporan reglas de Derecho Internacional para la solución de los llamados conflictos de leyes y sobre la condición jurídica de los extranjeros.

Ya se sabe que este hecho comienza a acontecer, en la segunda mitad del siglo XVIII, en la codificación alemana con el Código de Maximiliano de Baviera, de 1756, y con el Prusiano, de 1794, inspirados ambos en la doctrina de los Estatutos-Les siguientes el Código Civil francés, de 1804, con su célebre artículo 3, copiado esencialmente por el de Baden, y el Código Civil austriaco de 1811, con sus seis artículos relacionados con el Derecho Internacional privado. Viene luego el Código de Moldavia, de 1817,

(1) *Gefenenschriftliche der Internationalen Rechts und der Rechtsgeschichte. (Estudios de homenaje al Derecho Internacional y de la Historia del Derecho). Göttingen a C.*

RECENSIONES

D. INTERNACIONAL PRIVADO

PETROS G. VALLINDAS.—*Ein Beitrag zur Geschichte des internationalen Privatrechts: Das Zivilgesetzbuch des Moldau von 1817.*—(Una contribución a la Historia del Derecho internacional privado: el Código Civil de Moldavia de 1817).

Entre los trabajos publicados bajo la dirección de Dimitris S. Constantopoulos y Hans Wehberg en homenaje a Rudolf Laun (1) figura un interesante artículo del profesor de la Universidad griega de Tesalónica, Petros S. Vallindas, sobre las normas de Derecho internacional contenidas en un Código muy poco conocido: el Código de Moldavia de 1817, que por la fecha de su promulgación resulta uno de los primeros códigos nacionales que incorporan reglas de Derecho internacional para la solución de los llamados conflictos de leyes y sobre la condición jurídica de los extranjeros.

Ya se sabe que este hecho comienza a acusarse, en la segunda mitad del siglo XVIII, en la codificación alemana con el Código de Maximiliano de Baviera, de 1756, y con el Prusiano, de 1794, inspirados ambos en la doctrina de los Estatutos. Les sigue el Código Civil francés, de 1804, con su célebre artículo 3.º copiado literalmente por el de Baden, y el Código Civil austriaco, de 1811, con sus seis artículos relacionados con el Derecho internacional privado. Viene luego el Código de Moldavia, de 1817,

(1) *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und des Rechtsphilosophie*. (Problemas de actualidad del Derecho internacional y de la Filosofía del Derecho). Girardet & Co. Hamburg, 1953.

el cual merece, por lo tanto, un puesto de honor en la Historia de la codificación del Derecho internacional privado, que constituye, sin duda, una de las partes más interesantes del desarrollo histórico de esta disciplina.

Independientemente de este interés cronológico, ofrece singular importancia dicho Código, tanto por la liberalidad con que regula el trato a los extranjeros y por las normas de colisión que dedica a los conflictos de leyes, como por tratarse de una legislación que ha estado vigente durante medio siglo en un Estado europeo: después de unido el Principado de Moldavia al de Valaquia, en 1859, para formar así el moderno Reino de Rumanía, continuó vigente en el nuevo Estado hasta el año 1865.

No obstante, con la excepción de griegos y rumanos, los autores que han estudiado la codificación del Derecho internacional privado no le mencionen para nada, lo que se explica por las dificultades del idioma—el griego moderno—en que ha sido escrito (hasta 1833 no se publicó la traducción rumana). Así, mientras se citan frecuentemente legislaciones como la de Baden, que son simples traducciones de otras anteriores, fuera de Rumanía y de Grecia se ignora a este Código que, como se verá, adopta soluciones muy interesantes en materia de Derecho internacional privado, con características muy particulares.

El Código de Moldavia es denominado generalmente «Codex Callimachis» (Codul Calimah, en rumano), en recuerdo del ilustre Príncipe griego, Callimachis, a quien se debe principalmente su redacción, auxiliado para ello por dos juristas, el griego Ananias Kuzanos y el transilvano Flechtenmacher. Es la primera codificación en lengua griega que contiene normas de Derecho internacional, y que representa, en opinión de Zachariae Von Lingentbal el último eslabón del Derecho bizantino. En la regulación interna de las instituciones jurídicas, sólo puede considerarse de origen bizantino una quinta parte; el resto se inspira, o mejor reproduce, las disposiciones del Código Civil austriaco. Pero en el aspecto internacional, al que dedica siete artículos, Vallindas demuestra, después de un detenido examen comparativo que, salvo dos artículos que son reproducción de los correspondientes del austriaco, el Código de Moldavia introduce, con éxito en muchos puntos, interesantes modificaciones.

El sistema del «Codex Callimachis» está basado en la teoría de los Estatutos, que era la que entonces predominaba en la

ciencia, o mejor podríamos decir la única conocida. La clásica división tripartita es incorporada al Código: al estatuto personal le dedica los artículos 5, párrafo 1 y 2, el 80 y el 396, párrafo 2. Al estatuto real el artículo 396, párrafo 1, y al mixto, los artículos 5, párrafo 3 y el 46. Finalmente, los artículos 6, 45 y 2.009, se refieren a la condición jurídica de los extranjeros.

Para la aplicación del estatuto personal, que comprende las cuestiones de capacidad, matrimonio y régimen de los bienes muebles, utiliza el sistema de la ley nacional, sancionado en 1804 por el Código Civil de Napoleón en contraste con las anteriores codificaciones (Maximiliano de Baviera, Prusia...) que seguían fieles al principio domiciliar reconocido por la teoría de los Estatutos. Para la determinación de la nacionalidad sigue el criterio *ius sanguinis*.

Por capacidad entiende la libertad que está unida a las virtudes morales y corporales, a la edad y al estado civil, libertad que permite realizar actos jurídicos sin impedimento alguno cuando se posee. No disfrutaban de esta libertad los menores, los excesivamente viejos, los locos y los prodigos.

Las cosas muebles se rigen por el principio estatutario *mobilia personam sequuntur*.

Por lo que se refiere al estatuto real aplica la ley *rei sitae*, a la que somete, de acuerdo con la costumbre, a los inmuebles.

Pero la originalidad de este Código radica especialmente en la regulación del estatuto mixto, respecto del cual considera competente, sin reserva alguna, a la *lex loci actus*, no sólo por lo que se refiere a la forma externa sino igualmente en lo que atañe a la sustancia o esencia del acto. (*formae intrinsecae* y *formae extrinsecae*, según las expresiones de aquella época). Todo lo que no es sustancia de un acto jurídico, sino requisitos añadidos para dar mayor facilidad o seguridad al acto, es considerado como forma externa; por ejemplo, en un testamento, lo que se refiere a la veracidad o al número de los testigos, a las firmas de éstos y del testador, los sellos, el año, el día, etc. Pero, en todo caso, sustancia o forma, se juzga por el derecho del lugar siguiendo la teoría estatutaria de la *lex loci actus*, «ubi contractum est». Hay que indicar, sin embargo, que en determinados supuestos (artículo 5, párrafo 3) la regla *locus regit actum* no es obligatoria sino facultativa.

Suscita un especial interés el artículo 45 que establece la igual-

dad incondicional de Derechos entre extranjeros y nacionales en lo que se refiere al goce de los derechos civiles, siendo el de Moldavia el primer Código moderno que no la hace depender de la condición de reciprocidad. Sólo existen las limitaciones propias de la época y de las circunstancias del país; lo mismo que en el antiguo Derecho rumano, armenios y judíos tenían absolutamente prohibida la compra de terrenos; a los judíos se les permitió más tarde adquirir casas y talleres en las ciudades y a los armenios viñas en los campos. Estas prohibiciones se han conservado también en la Constitución de Rumanía, de 1860, modificada por la Ley de 13 de octubre de 1879, y también en la constitución de 1923 (artículo 18). También se encuentran algunas limitaciones originadas por diferencias de religión, las que «no influyen sobre el derecho privado salvo en los casos expresamente establecidos»; así, no se permitirá un contrato de matrimonio de hombres libres con esclavos, «ni de cristianos con los de otras religiones».

Otras excepciones a este mismo principio de igualdad aparecen en la tutela (artículo 260), que no podrá ejercerse por extranjeros, y en el caso de quiebra de comerciantes extranjeros en que queden sometidos a la condición de reciprocidad.

A juicio de Vallindas esta marcada tendencia a la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales, es consecuencia de las corrientes producidas por la Revolución Francesa y por la tendencia a la confraternización de los pueblos y al desarrollo del comercio, y se acusa en el Codex Callimachis cuando aun no había sido recogida en el mismo Código francés, donde se sometía a la reciprocidad. Esta influencia de las corrientes francesas hay que atribuirla a las relaciones amistosas de Callimachis con Francia y, en general, a la importancia que tuvo en aquella época en Rumanía la cultura y la lengua francesa, lo mismo que el origen y mentalidad latina de los rumanos. El Código Civil de Rumanía, de 1865, que en principio reproduce el Código de Napoleón, sigue al de Moldavia en lo que se refiere a la igualdad de extranjeros y nacionales, sin reciprocidad, careciendo por tanto de exactitud la afirmación de que, en este punto, se haya inspirado en el Código italiano.

El trabajo de Vallindas, que a su condición de profesor de la Universidad de Tesalónica une la de ser Asociado del Instituto de Derecho internacional y director del «Institut Hellénique

de Droit International», en Atenas, es una razonada reivindicación de la importancia que ofrece el Código de Moldavia, de 1817, (Codex Callimachis), en la historia del Derecho internacional privado. A su juicio, este Código tiene que ocupar la posición que por su gran mérito le corresponde en el movimiento general de codificación del Derecho internacional privado. El mismo lugar destacado debe tener en la Historia del Derecho internacional privado griego, por tratarse del primer texto legal escrito en este idioma que se refiere a estas materias, y casi el único hasta el Código civil griego de 1856, aun cuando no haya tenido gran influencia en la formación del actual Derecho internacional privado de Grecia.

L. S. S.

M. GIMENEZ FERNANDEZ.—*Bartolomé de las Casas*, Vol. 1.º, *Delegado de Cisneros para la reformación de las Indias (1516-1517)*.—Escuela de Estudios Hispánicos. Sevilla, 1953.

He aquí uno de los libros más sólidamente documentados que se han publicado en los últimos años. El autor, que se ha propuesto escribir la vida de Las Casas en ocho volúmenes, dedica éste al estudio de su gestión en España a favor de los indios, manejando un número extraordinario de documentos, muchos de ellos hasta ahora inéditos, lo que le permite cimentar todas sus afirmaciones y proceder con el máximo rigor científico. La venida de Las Casas, que aun no había profesado en la Orden de Santo Domingo, a la Península, su fracasada entrevista con el Rey Católico, muy poco antes de la muerte de éste, sus conversaciones con Cisneros, sinceramente deseoso de resolver los problemas que en América planteaba la mala administración de los fernandistas, la decisión del Regente de enviar allí a un grupo de jerónimos que, desligados de intereses temporales, pusieran remedio a todos los abusos, la captación de los jerónimos por los esclavistas y los oficiales de la misma administración

cuyo desgobierno había que atajar, y la vuelta a España de Las Casas para encontrarse con la repulsa del agonizante prelado es lo que se nos refiere en este volumen. Historia de una esperanza, brotada al contacto de las vigorosas personalidades del regente y el futuro dominico, y de un fracaso, debido a la falta de hombres capaces de poner en ejecución tan generosos planes. Pero no se limita Giménez Fernández a narrarnos los hechos, sino que, para que podamos verlos a la luz de las circunstancias políticas de la época, hace la historia de las relaciones del Cardenal con el nuevo Rey y con sus consejeros y nos cuenta las luchas entre los diversos partidos, clanes y camarillas que por entonces había en España. Resultado de tan minuciosa investigación es el descubrimiento de la falsedad de ciertos mitos, como el de la buena administración de don Fernando V o el que nos presenta a los codiciosos flamencos en lucha con un frente único nacional, defensor acérrimo de las puras tradiciones del reinado anterior. Todo ello escrito en un estilo que por su vigor y su claridad revela el influjo del biografiado sobre su biógrafo, uno y otro unidos, a través de los siglos, no sólo por los vínculos del paisanaje, sino por el común amor a la justicia y por la decisión de proclamarla y de defenderla. Aunque no se trata de un libro doctrinal, la sólida formación teológica, filosófica y jurídica del autor se transparenta en muchas de sus páginas. Magistral nos parece, en este terreno, su estudio sobre la naturaleza del poder delegado, que ejercía Cisneros, y sobre la del que delega en los frailes jerónimos. El libro está enriquecido con multitud de fotografías de pinturas y de documentos, acompañadas de comentarios ilustrativos, con un catálogo de los documentos consultados y con tres índices: el sistemático, sobre la procedencia de las fuentes inéditas, el bibliográfico y el onomástico. No puede dudarse que cuando esta obra esté terminada será una de las más notables que se habrán publicado en España en lo que va de siglo.

ENRIQUE MORENO BÁEZ

REVISTA DE REVISTAS

LEON MARTIN GRANIZO.—*Necrología y bibliografía del Excmo. Sr. don Rafael Altamira.*

Revista de Indias.—Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1952.

El ilustre académico don León Martín Granizo dedica con este trabajo un emotivo recuerdo a la figura de don Rafael Altamira y Crevea, fallecido recientemente—el 1 de junio de 1951—en Méjico, y de cuya desaparición, por circunstancias diversas, apenas se han hecho eco los periódicos y revistas españolas.

Habiendo obtenido muy joven la cátedra de Historia del Derecho, que explicó durante mucho tiempo en nuestra Facultad, puede afirmarse que fué en la Universidad de Oviedo, al lado de Canella, Alas y tantos otros ilustres profesores, donde se formó su fuerte personalidad. Su labor en la cátedra le facilitó la publicación, a principios de siglo, de una obra que puede calificarse como fundamental: la famosa «Historia de España y de la civilización española», en cuatro tomos, con figuras y planos, «que a pesar de estar redactada con el espíritu de transición preponderante en esta clase de estudios en 1.900, ofrece una gran originalidad de fondo y forma, al aparecer ilustrada con infinidad de láminas y dibujos y, sobre todo, por considerar el fenómeno histórico no sólo bajo el aspecto político, sino también social, dando una gran importancia al trabajo, a los oficios, a la Industria y al Comercio».

Altamira fué uno de los profesores ovetenses que contribuyeron de un modo más eficaz al establecimiento en nuestra Universidad, siguiendo el ejemplo de las de Cambridge y Oxford, de la Extensión Universitaria, cuyo objeto consiste, como se sabe, en llevar la educación intelectual y la instrucción inmediata a la enseñanza elemental a las clases más modestas y humildes de la Sociedad, estableciendo así: entre éstas y la Universidad sentimientos amistosos y evitando que la influencia de los centros docentes superiores quede reducida a un sector más o menos selecto, pero siempre excesivamente limitado.

Pero deseando la Universidad de Oviedo extender aún más la esfera de su acción social, y con el propósito de establecer una relación más íntima entre España y los pueblos hispano-americanos, inicia el intercambio de profesores con los distintos países hermanos. Altamira, secundando las ideas de Canella, fué el primer embajador intelectual de España, realizando un brillantísimo viaje en 1909, en el que recorrió, entre otros Estados, el Uruguay, Argentina, Chile, Perú, Méjico y Cuba, «realizando una intensa labor de espanolismo y afirmación ibérica, cuyos copiosos frutos se recogieron después».

Estos antecedentes, entre otros muchos que pudiéramos haber escogido, explican perfectamente que no mantengamos esa actitud de indiferencia ante la obra de Altamira, y justifican nuestro deseo de recoger en estas páginas, con el comentario oportuno, aquellos trabajos en que, como en el de Martín Granizo, se le hace justicia. Reconociendo este docto publicista la vinculación de Altamira a Oviedo afirma que fué en esta «vetusta universidad donde, al mismo tiempo que aprendió a enseñar, completó su bagaje científico y literario y forjó su recio espíritu antes de lanzarse a mayores empresas intelectuales».

Numerosísimas fueron las actividades desarrolladas por el ilustre polígrafo. Destacan especialmente entre ellas la de Magistrado del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en cuya creación intervino, formando parte del célebre «Comité de los Diez» que por encargo del Consejo de la Sociedad de las Naciones redactó el Estatuto y el Reglamento de aquel órgano judicial; asesor jurídico del Instituto de Cooperación Intelectual; asociado y más tarde miembro, del Instituto de Derecho Internacional; profesor del Colegio de Francia; académico de la de Ciencias Morales y Políticas, de la de Jurisprudencia y Legislación, de la de Historia, etc.

Pero a pesar de esta acumulación de cargos y de funciones, Altamira, «dotado de una gran cultura y de una envidiable capacidad de trabajo que supo conservar hasta pocos días antes de morir», aun tiene tiempo para escribir sobre Historia, Literatura, Derecho, Arte, Pedagogía... «Deja publicadas más de 80 obras sobre distintas materias, en las que se reflejan los múltiples aspectos de sus conocimientos como ensayista, juriconsulto, educador y lexicólogo, sin contar con los artículos, conferencias y re-censiones que escribió a lo largo de su vida».

Entre todas ellas hace resaltar el señor Martín Granizo las que Altamira dedicó a los estudios americanistas, así como dos de las últimamente publicadas y apenas conocidas entre nosotros, que considera como sazonados frutos de su ciencia y de su experiencia, síntesis suprema de sus dos grandes amores: España América. Una, la primera, titulada «Ensayo sobre Felipe II, Hombre de Estado. Su psicología general e individualidad humana»; la otra el «Diccionario de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la Legislación indiana».

En los estudios americanistas «introduce un rigor metodológico, que aun perdura en la mayoría de los pueblos Sudamericanos, los cuales de rechazo han venido a favorecernos al dar lugar a obras de mérito extraordinario en relación con nuestra colonización, ya desfigurada desde el tiempo del Padre Las Casas».

Sobre la colonización española establece Altamira una serie de características, entre las cuales destaca Martín Granizo como fundamentales las siguientes: La colonización española en América fué un hecho reflexivo y metodizado; obedeció a un pensamiento director que encauzó las fuerzas individuales y colectivas hacia finalidades bien determinadas. Fué el Estado español quien dirigió la colonización y la imprimió su sello característico. La intervención del Estado se nota constantemente a través y a pesar de los privilegios a veces concedidos a los descubridores, conquistadores y fundadores de ciudades. La acción de España en América no fué sólo de conquista, sino también de colonización propiamente dicha. España no se preocupó únicamente de explotar sus colonias; quiso también civilizarlas. Pero de las dos maneras como puede entenderse la civilización de las colonias, en pro de los colonos blancos solamente, o en favor de éstos y de los indígenas, fué esta última la característica de la acción española en América.

La primera condición para la aplicación de esta concepción tenía que ser, necesariamente, la de considerar como iguales, en razón de humanidad y de derechos, a los colonizadores y a los indígenas. El Estado español fué el primero en el mundo y en la Historia que proclamó jurídicamente el reconocimiento a base de igualdad de un pueblo de los que entonces se estimaban como «inferiores».

Los resultados de ello fueron: una legislación protectora de los indígenas; una práctica administrativa que procuró, en la

mayoría de los casos. hacer cumplir la ley, y un esfuerzo constante por elevar el indígena. En la política de protección y asimilación de los indígenas (dentro de la cual su condición de «menores», que se ha censurado a la ligera, era una garantía más), «España tuvo en cuenta los límites discretos que aun hoy respetan y aplican los pueblos colonizadores y que distinguen entre el derecho general de la persona humana y la capacidad para el ejercicio de ciertas funciones o la realización de ciertos actos jurídicos. Hoy mismo se reconoce que los hombres colocados en una situación inferior de cultura no pueden ocupar los mismos puestos sociales y políticos que los hombres superiores. El sentido general de tutela que tuvo la acción española sobre los indígenas, lleva en su fondo más genuinamente jurídico la idea de complemento de capacidad. Otros pueblos negaron y siguen negando a priori, y en absoluto, la posibilidad de esa capacidad en las razas inferiores».

Es esta misma idea la que lleva a Vitoria a estimar como título posiblemente legítimo el de los «amentes», o faltos de razón—título discutible según el célebre dominico—que necesitarían de la ayuda de otros pueblos para dirigirse o gobernarse, o mejor para suplir aquella restricción de capacidad. Como se ve es la concepción que, andando el tiempo, habría de apuntar en la conferencia africana de Berlín, de 1885, y que, más tarde, encontró su consagración en el conocido artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones con la institución del mandato de tutela, en la reglamentación que hace la Carta de San Francisco de los pueblos no autónomos, con la aplicación del régimen de administración fiduciaria.

Estudia a continuación el señor Martín Granizo el «Felipe II», en cuya obra, a su juicio, se señalan con acierto los errores de apreciación histórica en que han incurrido tanto nacionales como extranjeros al juzgar a este monarca extraordinario, al que no comprendieron ni estudiaron a fondo. Don Rafael Altamira sienta el principio básico de que con Felipe II no puede hacerse una excepción entre los monarcas de su tiempo, como hasta ahora, sino que todos deben ser juzgados por igual y con arreglo al ambiente y costumbres de la época en que ya eran conocidas y usadas las doctrinas de Maquiavelo. Con tal criterio, y elevándose en la interpretación íntegra de tan enorme personalidad histórica, estudia al gran rey sobre las muchas y

las ridículas infamias que le fueron adjudicadas por la pasión y el odio sectario, y sienta afirmaciones nuevas e insospechadas que seguramente han de producir asombro. Al mismo tiempo que Altamira manifiesta en esta obra su opinión personal sobre el célebre monarca, «señala oportunamente el cambio de criterio histórico que se ha verificado en el mundo entero para juzgar con equidad la figura señera del hijo del no menos combatido y calumniado Carlos V».

Otra de las últimas obras de don Rafael Altamira, perfecta y bellamente editada por cuenta de un rico mecenas asturiano, con un magnífico y último retrato del maestro, es el «Diccionario de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la Legislación india-na», en las que ha recogido los términos usados en la redacción de las de Indias «que no se encuentran en el Diccionario de la Academia Española, así como aquellos que carecen en éste de la acepción con que se usaron durante los siglos XVI a XVIII los territorios españoles de América y Oceanía y en la administración colonial de la metrópoli», mostrando la excelencia del pensamiento y la belleza que a veces poseen estos vocablos. En opinión del señor Altamira—nos dice el señor Martín Granizo—el jurista y el historiador del Derecho que aspiren a conocer profundamente el fondo conceptual de nuestro Derecho antiguo, tienen que tener presente la existencia de estos diferentes significados y, por lo tanto, pensar que una cosa es el lenguaje del legislador español de los siglos pasados y otra el de los autores (especialmente los modernos) en cuyos escritos se ha basado la Academia. A pesar de la extraordinaria importancia de este libro, afirma el señor Altamira que la tarea de componer un buen Diccionario Histórico del Derecho no está aun en condiciones de lograrse por faltar todavía muchos materiales para ello; por otra parte, «ha de ser realizada, no ya por un solo hombre, sino por un grupo de ellos. Será empresa de un mañana lejano y requerirá una larga y cuidadosa preparación, pues considero más difícil o trabajosa la del Diccionario general del Derecho español, para la que ni siquiera contamos con precedentes útiles conocidos y poseedores de cantidad y calidad necesarias para servir de adecuados cimientos».

Termina el señor Martín Granizo su documentado trabajo con la relación de las principales obras del maestro, tomadas de la «Biografía y Bibliografía de don Rafael Altamira y Crevea», que

apareció en Méjico, en 1946, (Ediciones Mediterráneas). Es de lamentar que, por la fecha de aquella publicación, no haya recogido uno de los últimos libros publicados por don Rafael con el título de «Tierras y Hombres de Asturias», en que en mayor medida pone de manifiesto su amor a las cosas de nuestra región y su cariño a esta Universidad, evocando las principales figuras de los profesores de su tiempo y las diferentes actividades que dieron fama a nuestra *alma mater*, libro lleno de añoranzas y de recuerdos de nuestra tierra, y que es una prueba de aquellos sentimientos que mantuvo siempre en el exilio y que pone de relieve Martín Granizo en la nota biográfica que reseñamos: vivió en Méjico con el constante anhelo de volver a la Patria. Pero la edad y los achaques le impidieron realizar este deseo, siendo inhumado en aquella capital envuelto en una bandera española».

L. S. S.

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

D. CIVIL

DOMENICO BARBERO.—*Professore ordinario di Diritto civile nell'Università cattolica del Sacro Cuore L'usufrutto e i diritti affini*.—Giuffré. Milano, 1952. Págs. XII + 566

Este nuevo libro del profesor Barbero es la exposición del curso de Derecho civil que explicó en la Universidad Católica del Sagrado Corazón durante el año académico 1950-1951, completado en lo referente a la constitución, transferencia, transformación y extinción de los derechos objetos de estudio.

Las primeras de dichas partes contiene tres capítulos dedicados: El primero a generalidades: Función, origen y concepto del usufructo; el usufructo como derecho real; el usufructo como derecho real en cosa no propia; el usufructo como derecho real en cosa ajena (normal e históricamente es derecho en cosa ajena, pero *esencialmente es sólo ius in re non propria*, es decir, derecho sobre cosa de la que no se es dueño, aunque esta sea *nullius*); el usufructo como derecho real limitado; consecuencias de la limitación;

coexistencia de usufructo y propiedad y relaciones entre una y otro; y, por último, divisibilidad del usufructo.

El segundo a los caracteres específicos de los derechos objetos de estudio (el esquema lógico y jurídico del *uti-frui*, la determinación del concepto de *usus*, el derecho de habitación) y a las modificaciones negociales de los esquemas legales típicos.

El tercero al cuasiusufructo y al cuasiuso, tratando de aquel, su justificación y autonomía, para llevar a cabo una reconstrucción dogmática del mismo, a tenor de la cual el traspaso de la propiedad al cuasiusufructuario es un acontecimiento eventual y no connatural al cuasiusufructo. Y ni siquiera tal traspaso es necesario para justificar y legitimar el goce de la cosa, porque aunque ésta se extinga por él, lo que sucede es que no es preciso que el que la goce extinguiéndola haya de ser propietario de la misma, sino que, pudiendo no serlo, se convierte en deudor del *tantundem* al momento de destruir por su goce lo que no es suyo.

La parte segunda se divide en tres capítulos atinentes al sujeto, al objeto y al contenido.

Bajo el epígrafe *sujeto* se examina la originaria limitación del usufructo a las personas físicas, su extensión a las personas jurídicas, el problema del sujeto en el uso y en la habitación, la cotitularidad en el usufructo, en el uso y en la habitación, y el usufructo legal del padre que ejerce la patria potestad.

Bajo el epígrafe *objeto* se estudian como tales objetos del usufructo los bienes inmuebles, las accesiones, el subsuelo, los bienes muebles, los bienes inmateriales, los derechos, los títulos de crédito y las acciones, las universalidades patrimoniales (de hecho y de derecho), la empresa y las pertenencias, todo ello después de un epígrafe en el que, en general, se afirma poder ser objeto de usufructo toda clase de bienes. Y al tratar de los del uso y de la habitación, se determinan el ámbito del de aquél y el concepto de cosa consumible.

En la parte tercera se dedican tres capítulos a tratar de las cargas y obligaciones *preliminares* (inventario-origen, función y naturaleza de la exigencia del mismo, clases y formas, dispensa y renuncia, efectos, falta, e inventario entre incapaces—y garantía—origen, función y natu-

raleza de su exigencia, actuación de la misma, divisibilidad e indivisibilidad, vicisitudes en caso de sucesión en la propiedad o en el usufructo, especial examen en el caso de usufructo de enfiteusis, sanción para el supuesto de incumplimiento del deber de dar garantía, y dispensa o renuncia de la misma), de las obligaciones existentes *durante* el goce de la cosa (diligencia exigida al titular, el deber de custodia, reparaciones ordinarias y extraordinarias y responsabilidad aquiliana), y de las cargas de este goce.

En la parte cuarta y última se examinan en cuatro capítulos la constitución, disposición, transmisión y extinción del usufructo y de los derechos afines.

Respecto a la primera, en secciones diversas se pasa revista a las distintas formas de la misma: *negocial* y *no negocial*. Dentro de aquella, y después de una parte general a todo tipo de constitución *negocial*, que comprende generalidades, formalidades, contenidos, términos inicial y final, usufructo sucesivo, disposición bajo condición y límites substanciales a la disponibilidad *negocial*, se estudia la constitución por testamento y la parte acto *inter vivos* (por donación, por reserva y por enajenación onerosa). Y dentro de la constitución *no negocial* se

analizan los tres supuestos posibles: 1.º Por ley (usufructos del cónyuge superstite y del titular de la patria potestad). 2.º Por posesión de buena fe (artículo 1.153: «Aquel al que se enajenan bienes muebles por quien no es propietario de los mismos adquiere su propiedad mediante la posesión, con tal de que obre de buena fe al momento de la entrega y exista un título idóneo para el traspaso de la propiedad... Del mismo modo se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda»). 3.º Y por usucapción.

Por lo que atañe a la disposición: son tratados: transmisibilidad del usufructo y no transmisibilidad del uso y de la habitación, naturaleza jurídica de la cesión del usufructo, condiciones de eficacia respecto del nudo propietario, efectos de la cesión respecto al usufructuario, limitaciones negociales de la transmisibilidad del usufructo, hipoteca y prenda del usufructo, transmisibilidad *mortis causa* del mismo, renuncia al usufructo y derechos afines y tutela de los acreedores del usufructuario.

De la transformación se examinan el concepto y clases y las modificaciones conexas al cambio cuantitativo del objeto y a la *mutatio rei*.

Finalmente en el capítulo referente a la extinción se estudian

las causas y las consecuencias de la misma, y dentro de aquellas son objeto de especial consideración la muerte de usufructuario, la pérdida de la cosa, el no uso y la adquisición de la cosa como libre, la consolidación y el abuso, dedicando también un apartado a la extinción del usufructo del que sean titulares personas jurídicas.

ANGELO DE MARTINI. — *Libero docente di Diritto commerciale nell'Università di Roma.*

L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti. — Giuffrè. Milano, 1950 Págs X + 222.

Intensificadísima la elaboración teórica de la excesiva onerosidad en la ejecución de los contratos a partir sobre todo de la pasada guerra, como consecuencia de diversas soluciones dadas al problema, tanto dentro del campo legislativo como del jurisprudencial, que tendentes a dar remedio a los enormes cambios de circunstancias económicas que tal guerra provocó, fueron en muchos casos y con gran amplitud tratados por la doctrina desde diversos puntos de vista.

A tal respecto el Código italiano de 1942 acogió un artículo, el 1467, que dice: «En los contratos de ejecución continuada o periódica, o bien de ejecución diferida, si la prestación

de una de las partes ha llegado a ser excesivamente onerosa por haber tenido lugar acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe realizar tal prestación puede pedir la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el artículo 1.458». Efectos que son retroactivos entre las partes (salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto a los que el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya realizadas) sin perjudicar los derechos adquiridos por terceros (salvas las consecuencias de la transcripción de la demanda de resolución).

Y, como advierte De Martini, ante la frecuente aplicación de tal norma, se ha acentuado en la doctrina italiana la elaboración teórica del instituto, particularmente encaminada a conseguir una construcción que sirva para conciliar la unidad dogmática del mismo con la variedad de sus aspectos, y, sobre todo, a encontrar su fundamento en relación con la estructura y efectos del negocio jurídico.

Dentro de esa doctrina italiana ya De Martini en 1945 nos ofreció un interesante estudio sobre el particular (en la Revista «Giurisprudenza completa della cassazione civile» del Instituto italiano studi legislativi,

vol. XVIII, año 1945, 2.º semestre, páginas 388 a 409), estudio en nota a una sentencia de 9-julio-1945. Y ahora aporta el libro del cual damos noticia. Ello porque consideró necesario completar aquel trabajo con nuevas consideraciones de orden general y con otras observaciones específicas relativas y aplicaciones particulares del instituto.

Las líneas fundamentales de la obra se articulan en once capítulos, de los cuales los dos primeros se enfrentan con el perfil histórico y jurídico del mismo, aprehendiendo sus relaciones con la presuposición, la causa, la condición y el error en los motivos; el tercero, el cuarto y el quinto tratan todo lo atinente a la naturaleza y requisitos del acontecimiento que prorrogue la excesiva onerosidad y al alcance del sinalagma presupuesto del art. 1.467; el sexto capítulo comprende las varias y delicadas cuestiones que se refieren a las relaciones entre la aplicación del artículo 1.467 de un lado y el incumplimiento del contrato o el retardo en el cumplimiento del mismo y las consiguientes acciones de cumplimiento o de resolución, del otro; el séptimo capítulo concierne a ese otro aspecto de particular importancia en la aplicación del artículo 1.467 que

es el concurso de la actividad del deudor en la creación de la situación de excesiva onerosidad; y el capítulo octavo, finalmente reúne las varias cuestiones propias de la *reductio ad aequitatem*. En los capítulos sucesivos, noveno, décimo y undécimo, se encuentran tratados los problemas que plantean la aplicación específica del instituto: aplicación a la venta a plazos con reserva de dominio (capítulo IX), a las relaciones sujetas a limitación o tasa en los precios (capítulo X) y a los contratos de arrendamiento (capítulo XI).

Esto, por lo que se refiere, como decíamos, a las líneas generales de la obra, de la que pasamos a examinar más detalladamente el contenido del primer capítulo, por ser aquel cuya rúbrica requiere ulteriores precisiones. Ese contenido es:

1 La cláusula «*rebus sic stantibus*» en el Derecho romano y en el Derecho intermedio. Posición de la jurisprudencia. Oscilaciones de la doctrina por lo que respecta al encuadramiento del instituto de la excesiva onerosidad sobrevenida en los principios generales: referencias a la equidad, al equilibrio contractual, a la voluntad presunta, a la presuposición, a la imposibilidad o dificultad de la prestación y al error sobre

el valor de la contraprestación. La teoría de la imprevisión en la doctrina francesa.

2 La excesiva onerosidad sobrevenida, en las legislaciones extranjeras y en el Código italiano de 1865.

3 Leyes especiales dictadas en Italia con ocasión de la guerra del catorce, leyes especiales en materia de servicios públicos, de contrato de trabajo, de revisión de precios contractuales relativos a obras públicas y en materia de arrendamiento de obras de entes públicos, y proyectos que precedieron al Código de 1942, que se refieren al problema estudiado.

4 Principios informadores del código en materia contractual y marco en el que se encuadra el instituto objeto de la obra.

5 Imposibilidad total o parcial de la prestación y excesiva onerosidad: elementos diferenciadores de ambas.

6 Posición dogmática de ésta.

7 Requisitos necesarios para la resolución del contrato por excesiva onerosidad de una de las prestaciones o bien para la «*reductio ad aequitatem*».

8 Remedios contra aquella: resolución y «*reductio ad aequitatem*».

9 Contratos para los que se preveen remedios específicos pa-

ra el caso de excesiva onerosidad.

10 La excesiva onerosidad en los contratos unilaterales.

11 La excesiva onerosidad procedente de desvalorización de la moneda.

El libro termina con un índice de autores y otro analítico-alfabético.

VINCENZO LOJACONO.—*Il patto commissorio nei contratti di garanzia*.—Giuffré. Milano, 1932. Páginas XI + 127.

El profesor Lojacono de la Universidad Católica del Sagrado Corazón nos ofrece en este libro un interesante y completo estudio del pacto comisorio en sus diferentes aspectos, así como de la admisión o no del mismo por las diferentes legislaciones.

Comienza el trabajo por un examen de tipo histórico que abarca el Derecho romano quirritario, clásico y postclásico, continúa con el de la alta Edad Media, Derecho canónico y renacimiento de los estudios romanísticos, y acaba con las modernas codificaciones, en las cuales se acoge, por lo general, la prohibición del pacto objeto de estudio (así Códigos italianos, franceses, prusiano, alemán, suizo, holandés, español, etc.), prohibición que nació en el Derecho romano postclásico.

A continuación de este estudio histórico y de derecho positivo vigente, dedica Lojacono el segundo capítulo de la obra a examinar, después de unas consideraciones generales: 1.º el fundamento de la prohibición y las diversas teorías a este respecto; 2.º el pacto comisorio en el caso de garantía constituida por un tercero; 3.º la nulidad parcial del contrato de garantía; 4.º los legitimados para invocar la nulidad; 5.º la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y sus limitaciones; 6.º la forma del pacto comisorio, si fuere posible; y 7.º el régimen intertemporal del mismo.

Otros cuatro capítulos que completan el libro estudian casos singulares de pacto comisorio agrupados según los siguientes criterios:

1.º Supuestos indiscutidos del mismo, como son:

Pacto comisorio ex intervalo.

Pacto comisorio en la prenda mercantil.

Pacto comisorio en la prenda irregular.

Pacto comisorio en la anticresis.

Pacto comisorio en la hipoteca. Respecto de éste, aunque la conclusión es rechazar su admisión, tanto para el actual Código italiano (que expresamente la excluye, artículo 2.744),

como para el de 1865, sin embargo repara más detenidamente en la doctrina y jurisprudencia referentes a dicho Código de 1865, que por callar sobre el particular, suscitó opiniones contradictorias.

2.º Supuestos controvertidos de pacto comisorio, como son:

Pacto marciano.

Pacto *comisorio* añadido a la pignoración de la póliza del seguro de vida.

Pacto comisorio celebrado entre deudor y fiador, en vez de entre deudor y acreedor, por el cual pacto se dispone que si paga, a falta del deudor, el fiador, éste adquirirá la propiedad de la cosa que el acreedor tiene en garantía.

Pacto comisorio impropio o referente a cosa sobre la que no se ha constituido una garantía específica.

3.º Supuestos de pacto comisorio oculto.

Los más corrientes son los de venta a pacto de retro, venta con precontrato de compraventa (por el que el vendedor *pre-compra* y el comprador *pre-vende*) y venta con arrendamiento que de la cosa hace el comprador al vendedor. En ellos la aparente venta lo que realmente encierra es un préstamo con garantía real que recae sobre el objeto aparentemente vendido y cuya propiedad se-

rá definitivamente del acreedor (comprador) si el deudor (vendedor) no paga.

Junto a estos supuestos de pacto comisorio oculto, examina Lojacono, para acabar su estudio, lo que sea un contrato fraudulento, la diferencia entre fraude de la ley y simulación, la simulación como medio para defraudar a la ley y la prueba y efectos —inter partes y frente a terceros— de la simulación fraudulenta en los anteriores supuestos de pacto comisorio oculto.

JULIUS BINDER.—*DERECHO DE SUCESIONES*.— Traducido de la segunda edición alemana y anotado conforme al Derecho español por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO. Editorial Labor, Barcelona, 1953. Páginas VIII + 365.

LACRUZ BERDEJO, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Santiago, nos ofrece con este libro una magnífica traducción de la obra de BINDER con unas magníficas notas de Derecho español.

Próximamente haremos en esta misma Revista una reseña de dicho libro, ahora nos vamos a limitar a dar la noticia de su aparición y a reseñar su contenido y sistemática.

Se divide en cinco partes y un apéndice, en donde se estudian respectivamente: 1.ª Conceptos fundamentales del Dere-

cho Sucesorio. 2.^a Disposiciones a causa de muerte. 3.^a Sucesión hereditaria. 4.^a Legítima y legado. 5.^a Indignidad para heredar y renuncia a la herencia. El Apéndice da noticia de las disposiciones aparecidas en Alemania con posterioridad a la obra de BINDER y de las modificaciones, consiguientemente, introducidas en la legislación vigente al publicarse aquél.

En la primera parte se trata de las siguientes materias: Concepto del Derecho de Sucesiones, fuentes y ámbito de aplicación del vigente en Alemania, sucesión universal, herencia y caudal relicto, y vocación hereditaria y apertura de la sucesión.

En la segunda se estudian: Concepto de las disposiciones a causa de muerte y de las disposiciones de última voluntad, otorgamiento y contenido del testamento, condición y término, vicios de la voluntad, la institución de heredero, nombramiento de vice y postheredero (sustitución vulgar y sustitución fideicomisaria), validez e invalidez del testamento y testamento mancomunado. Todo ello dentro de un primer capítulo, seguido de otros dos, mucho más breves, que versan sobre el contrato sucesorio (concepto, otorgamiento, naturaleza jurídica, efectos, supresión y contrato sucesorio recíproco)

y sobre la apertura de las disposiciones a causa de muerte.

La tercera parte consta de otros tres capítulos referentes a los fundamentos de la vocación hereditaria (fundamentos en general, la sucesión legítima, aumento de cuota hereditaria legal a causa de la desaparición de un coheredero, y los restantes fundamentos de vocación), a la apertura de la sucesión y aceptación y repudiación de la herencia, y a la situación jurídica del heredero (en los casos de heredero singular y pluralidad de herederos, con estudio de la pretensión de herencia y de la compraventa de la misma).

La cuarta sólo consta de dos capítulos, uno dedicado a legados y cargas y otro a la legítima (concepto de la misma y pretensión tendente a ella, cálculo y gravamen, prescripción de la pretensión y privación y limitación de la legítima).

La última parte se compone de dos parágrafos que tratan de la indignidad para heredar, el primero, y de la renuncia a la herencia, el segundo.

LEON JULLIOT DE LA MORANDIERE. — *Traité de droit civil de Ambroise Colin et Henri Capitant. Tome premier, introduction generale. Personnes et famille, biens.* — Librairie Dalloz. Paris, 1953. Páginas XX + 1160.

De sobra es conocido en Es-

paña el Curso elemental de Derecho civil francés de AMBROISE COLIN y HENRI CAPITANT ya que incluso fué traducido a nuestra lengua. Por ello es inútil referirnos a él. Sólo interesa aquí advertir que muerto en 1937 CAPITANT, que sobrevivió a COLIN, la obra de ambos o había de quedar cristalizada o había de ser entregada en manos de quien supiese ponerla al día en sucesivas ediciones. De esta labor se encargó JULLIOT DE LA MORANDIERE, miembro del Instituto y decano de la Facultad de Derecho de París, títulos a los que une el haber aprovechado el magisterio de aquéllos y sido también su amigo. En un principio la realizó, en varias ediciones, introduciendo modificaciones en el texto primitivo, tomando en cuenta la jurisprudencia y la doctrina posteriores a la desaparición de COLIN y CAPITANT, pero sin llevar a cabo una verdadera refundición del mismo. Ahora, habida cuenta de las numerosas modificaciones que en el campo del Derecho civil ha sido preciso introducir, advierte JULLIOT DE LA MORANDIERE que se tornaba realmente difícil tener en cuenta todos los retoques necesarios sin perjudicar la unidad de la exposición, salvo que para obviar tales inconvenientes, se procediese a hacer una verdadera re-

fundición de la obra. Y por esto es por lo que el Decano de la Facultad de París ha optado, publicando ahora la primera parte de su trabajo. Con éste se introducen en el antiguo «Curso elemental de Derecho Civil» modificaciones sustanciales. No se duda de variar el plan seguido en algunas partes. Y se escribe—en definitiva—de nuevo más de la mitad de la obra de COLIN y CAPITANT, dándose una extensión sensiblemente mayor a la «Introducción general». Todo ello, sin embargo, procurando conservar el tono general del «Curso», su claridad, su objetividad y su sentido realista.

El plan seguido por JULLIOT DE LA MORANDIERE es el siguiente: división de la materia correspondiente a este primer tomo en una Introducción y dos libros precedidos de un libro preliminar.

La Introducción abarca tres capítulos donde se estudian: 1.º La definición y caracteres generales del Derecho civil. 2.º El objeto del Derecho civil. 3.º Fuentes e historia del Derecho civil francés.

El libro preliminar se refiere a las leyes y su aplicación, y se subdivide en otros tres capítulos que tratan respectivamente de: 1.º Definición y formación de la ley. 2.º Esfera de aplicación

de la ley. 3.º Aplicación e interpretación de la ley.

El libro primero se dedica a las personas y la familia. En él, después de un capítulo preliminar atinente a la personalidad, sus requisitos y derechos, se expone la materia en tres títulos: 1.º Estado de las personas físicas. 2.º Capacidad de las mismas. 3.º Personas jurídicas. Dichos títulos se fraccionan, a su vez, en partes, y éstas en capítulos. En definitiva bajo el epígrafe «Del estado de las personas físicas» se estudian el estado civil y sus acciones, el nombre, el domicilio, la ausencia, el matrimonio y la filiación. Bajo el de «Capacidad de las personas físicas» se examinan la patria potestad y la tutela, poniéndolas luego en relación con la minoridad sin y con emancipación y con la incapacidad de los mayores. Por último en el título tercero se dedican tres secciones a la historia y evolución de la personalidad jurídica, a su carácter y fundamento, y a su regulación positiva.

El libro segundo se divide en cuatro títulos que abarcan respectivamente, el primero los bienes, el segundo la propiedad, el tercero los derechos reales de goce y el cuarto los modos de adquisición y transmisión de la propiedad y dichos derechos reales.

FRANCESCO MESSINEO.—*Manuale di Diritto civile*. 8.ª edición. Volumen tercero, parte primera, tomo primero, párrafos 138 bis a 153 bis. Singulares relaciones obligatorias. Giuffré. Milano, 1953. Págs. XXI + 569. Volumen tercero, parte segunda, párrafos 170 a 211 (vistampa). Derecho de sucesiones por causa de muerte. Principios de Derecho internacional privado. Giuffré. Milano, 1952. págs. XXIII + 492.

Como es sabido el *Manuale di Diritto civile e commerciale* de Messineo, en su octava edición, consta de tres volúmenes distribuidos de la siguiente manera:

El primero, en un solo tomo, abarca, desde el § 1 al 48, las materias referentes a Introducción (El ordenamiento jurídico italiano) y Doctrinas generales. Su más reciente tirada es la correspondiente a una reimpresión de la octava edición, Milano 1952.

El segundo se halla subdividido en dos tomos, que, a su vez, comprenden respectivamente, el primero (§§ 49 a 97 bis) Derechos de la personalidad, Derecho de familia, Derechos reales, y el segundo (§§ 98 a 138) la parte general del Derecho de obligaciones.

Finalmente el tercer volumen de la obra está integrado por tres tomos que forman dos partes. La primera de ella estudia las singulares relaciones obligatorias, comprendiendo dos de dichos tomos (§§ 138 bis a 153

bis el primero, y §§ 138 bis a 169 el segundo). La segunda, que comprende el tercer tomo, estudia (§§ 170 a 211) el Derecho de sucesiones por causa de muerte y Principios de Derecho internacional privado.

De toda la obra sólo falta por publicar el tomo segundo de la primera parte del tercer volumen, que está en preparación. Y hoy nuestra reseña se refiere sólo a los otros dos tomos de ese volumen tercero, tomos que son los últimos aparecidos de dicha obra. De estos dos tomos el referente a Derecho de sucesiones por causa de muerte y principios de Derecho internacional privado apareció en 1951, y ahora vuelve a ver la luz una reimpresión del mismo. El referente a singulares relaciones obligatorias aparece por primera vez en el presente año. Con ellos queda casi completa una de las obras jurídicas, dentro del Derecho privado, más interesantes y mejor acogidas de la actual doctrina italiana, que está ultimando uno de los más agudos privatistas de que esa doctrina puede ufarse.

Veamos ahora, en concreto, el contenido de ambos tomos, comenzando por el último aparecido.

Se examinan en él los contratos de donación, compraventa y sus diversas modalidades en Bolsas de Comercio, doble, sumi-

nistro, abono, provisión, estimatorio, permuta, arrendamiento de cosas, arrendamiento de obras, transporte, arrendamiento de servicios, trabajo, depósito y sociedad.

No es tratado el contrato en general, ya que la teoría de éste la estudia Messineo en la parte general del Derecho de obligaciones.

Como advierte el propio autor si se compara el texto con el de la séptima edición se observa que ha sido totalmente reelaborado, sin que apenas quede algo que no fuese sometido a cambio, después de revisado. Todo ello con el fin de realizar una más adecuada exposición de problemas y puntos que examinaba también en la anterior edición, o bien de tratar otros nuevos o antes omitidos.

En cuanto al otro tomo se subdivide en dos secciones, la primera referente al Derecho sucesorio, la segunda a los principios de Derecho internacional privado.

Aquella consta de una Introducción que comprende: Concepto de sucesión por causa de muerte, presupuestos, caracteres, terminología, contenido de la herencia, fundamento jurídico de la sucesión mortis causa, sucesión a título universal y sucesión a título singular, apertura, vocación, delación, capacidad, in-

capacidad e indignidad para suceder. Introducción seguida de siete apartados referentes a:

1.º Sucesión legítima o ab intestado.

2.º Sucesión por efecto de testamento.

3.º Sucesión de los legitimarios, llamada necesaria.

4.º Institutos comunes a la sucesión legítima y a la sucesión testamentaria.

5.º Sucesión a título singular, la hacienda mercantil y la empresa en la sucesión.

6.º La comunidad hereditaria y la comunidad en el legado y su disolución.

7.º Tutela y prueba de los derechos sucesorios.

En la sección que trata de los principios de Derecho internacional privado, brevemente, se examinan en dos parágrafos los principios generales y las singulares normas que regulan los conflictos de leyes.

D. MERCANTIL

MIGUEL MOTOS GUIRAO. — *Fusión de Sociedades Mercantiles*. Prólogo de Antonio Polo. Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, 463 páginas.

Miguel Motos, Profesor de la Universidad de Granada, da hoy a los estudiosos del Derecho, una valiosa aportación en un

problema tan sugestivo como es el de la Fusión de Sociedades Mercantiles, tema que ya le había constituido la tesis de su grado Doctoral en 1951.

Comienza su trabajo Motos Guirao con una introducción sobre la fundamentación económica de la fusión de Sociedades, para pasar a estudiar en la Primera parte el problema desde su aspecto jurídico, el Capítulo I lo dedica al concepto legal, de la que el autor da la siguiente definición «la fusión podría describirse como *un acto de naturaleza corporativa, que tiene como vehículo de ejecución un acuerdo de carácter contractual, por virtud del cual se opera la transmisión del total patrimonio de una o varias sociedades en favor de una tercera, que, como contrapartida, entrega acciones propias a los accionistas de la Sociedad o Sociedades transmitentes que se disuelven sin liquidación*».

El Capítulo II trata de las formas de fusión, (fusión por creación de nueva Sociedad y fusión por absorción), estudiando en los capítulos III y IV, respectivamente, las características comunes y específicas de cada una de estas formas. El V está consagrado al estudio de las figuras afines con la fusión, el VI y VII al proceso de fusión, y a los problemas que

surgen en la misma terminando con ello la Primera Parte.

La Segunda Parte la consagra al estudio de la Fusión de Sociedades en el Derecho Español con anterioridad a la Ley de Sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, parte que está sistematizada en una breve introducción y en dos extensos capítulos, uno dedicado a fuentes y el segundo al Régimen aplicable a la fusión. La Tercera Parte, y última del libro, está dedicada a los problemas de la fusión en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, dedicando un capítulo al Sistema de fusión y un segundo y último capítulo, que es también el final de la obra, en que trata de los problemas de la fusión en la referida Ley de Sociedades Anónimas.

Resalta en el trabajo de Motos Guirao, el cuidado que ha puesto en tratar de forma que quiere ser exhaustiva, todos los problemas que alrededor de la fusión pueden plantearse, ya desde el punto de vista de la Legislación actual como del derecho anterior, sin rehuir, ciertamente, como asegura Polo, su opinión personal. No queremos en esta breve noticia bibliográfica entrar en la crítica que el trabajo de Motos nos merece, y que escapa del significado de una simple noticia

pero si aseguramos al lector que por la valiosa aportación de textos que utiliza el autor, y por la minuciosidad de su estudio, resulta altamente valiosa su aportación a la literatura jurídico-mercantil y viene a llenar un vacío en una materia que hasta el presente no había sido una realidad muy estudiada.

L. R.

D. NOTARIAL

IGNACIO NART.—*Formulario para la práctica notarial.* (Redacción de documentos y escritos). Casa editorial Bosch. Barcelona, 1952.

Un antiguo alumno de esta Facultad, cuyo paso por los claustros de nuestra querida Universidad, aún perdura el buen recuerdo, Ignacio Nart, Notario en la actualidad en La Estrada (Pontevedra), acaba de publicar esta obra, que ha concebido pensando en los nuevos notarios que van surgiendo, «en los noveles que llegan ahitos de «temas» no aplicados y que se enfrentan, muchos por primera vez, en el manejo del papel y de la pluma en la realización práctica del Derecho».

Se trata de un Repertorio, o más bien de un Formulario de textos para la redacción de documentos y de instrumentos públicos, en que se recoge la

experiencia de más de diez años de un brillante ejercicio de la profesión, y que ha de facilitar extraordinariamente la labor de los que se van incorporando al cuerpo notarial, que aún cuando siguen recurriendo a los antiguos maestros, —como el autor declara haber acudido en su día al Notario de Oviedo don Enrique de Linares y López Doriga—, o a aquel grupo de amigos «a quienes no conocemos seguramente, pero que están en el Protocolo a nuestro cargo para enseñarnos: a nuestros antecesores», encontrarán en este libro rápidamente el modelo que ha de ayudarles eficazmente en la redacción clara, justa y exacta del acto de que se trate.

Aunque por una falsa modestia el autor afirme que su obra carece de pretensiones científicas ni pedagógicas, la creemos de gran utilidad, y por ello le expresamos nuestra más cordial felicitación por su iniciativa y por la forma acertadísima en que la ha llevado a cabo, formulando el voto de que en una nueva edición, y conforme el deseo que ahora expresa, pueda completarla con las fórmulas aplicadas en las regiones de Derecho foral, en las que no ha sido Notario, y para la cual interesa y reclama el concurso de sus compañeros.

L. S. S.

HISTORIA DEL DERECHO

FERNANDO VALLS-TABERNER. — *Obras selectas*. (Publicaciones del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.—Escuela de estudios Medievales. Barcelona). Vol. I 409 págs. Madrid-Barcelona, 1953.

Gran acierto ha sido el acuerdo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, de publicar una selección de la obra del eminente Profesor Valls-Taberner. Es un justo homenaje rendido a su memoria y viene a llenar un vacío que se hacía sentir.

Valls-Taberner es uno de los valores más sólidos que nos ha dado Cataluña en lo que va de siglo. Clara inteligencia, laboriosidad sin sosiego, vocación decidida y un amor entrañable a su país, se personifican en él y caracterizan su ingente producción.

Sorprende el esfuerzo enorme que Valls-Taberner hizo en su corta vida. El *curriculum vitae* registra trescientas ochenta y nueve publicaciones ¡A esto hay que agregar conferencias en centros culturales importantes de Europa y América; tareas de clase en las Universidades de Murcia y Barcelona y en el Ateneo Barcelonés; la Dirección del Archivo de la Corona de Aragón y la de la Biblioteca del Colegio de Abogados de la Ciudad Condal; la gerencia de em-

presas editoriales; sus colaboraciones en el Institut d' Estudis Catalans y en la Escuela de Bibliotecarias de Barcelona; los deberes, muchas veces agobiantes, de su representación política en Cortes. Era imposible que su naturaleza por fuerte que fuera no se resintiese.

Y este esfuerzo lo realiza Valls con el mayor desinterés. Valls pertenecía a una de las familias más poderosas de Cataluña en el orden financiero, el mundo de los negocios le ofrecía un porvenir económico brillantísimo, pero Valls, sacrificando incluso su patrimonio personal, entrega su vida a su vocación. He aquí un ejemplo admirable para muchos jóvenes de hoy que sólo se preocupan de buscar un medio de vivir cuando lo que hay que buscar es la razón de vivir.

Valls solo tuvo un error y ese error fué hijo de su modestia.

Creía que para enseñar necesitaba tener cátedra en la Universidad, y una cátedra determinada, no comprendía que la cátedra no hace al maestro sino que es el maestro el que hace la cátedra, y los que desean verdaderamente aprender, que son los discípulos que interesan más, van a cualquier lugar donde el maestro esté, como el sediento va a la montaña si en la montaña está la fuen-

te. El puesto de Valls era el que tuvo de Jefe del Archivo de la Corona de Aragón. Los que le conocíamos desde siempre y le queríamos bien, insistimos en ello, sus condiciones eran apropiadas para el cargo y buena prueba es que su paso por el Archivo será imborrable. No hay que olvidar la importancia que el Archivo tiene para la historia de Cataluña y aún para la historia universal, más de cincuenta mil pergaminos encierran sus fondos, y al ilustre Director se debe la transformación completa de aquel centro de estudios, desde la mejora de sus dependencias a la clasificación rígida de los documentos y habilitación de medios auxiliares.

Un detalle que Abadal y Martínez Ferrando consignan en el prólogo de la edición que acaba de aparecer, nos revela hasta qué punto Valls se encariñó con su misión: «Colaboramos con él —dicen— en una tarea menor pero de especial importancia para el archivero consciente, la de iniciar a los subalternos en el planchado de pergaminos, con la debida atención que reclama la labor. Hasta entonces éstos se conservaban arrollados en los estantes, con gran molestia para su manejo y grave peligro para su buena conservación. De cuando en

cuando, durante la tarea tocaba el turno a una magnífica escritura condal. Valls-Taberner la contempla con verdadero fervor, y medio en broma, medio en serio, la leía solemnemente; de pronto callaba: había hecho un hallazgo curioso en el texto y corría a su despacho con el documento para tomar nota».

Este placer de investigador que hace pocos días hacía decir a Jorge Mongredien que los archiveros son los hombres más felices porque tienen a su disposición los elementos de trabajo y en ellos liban pacientemente la esencia de los bellos libros que publican, Valls-Taberner lo subordinó a la cátedra y a la política. Le llevó a la política su apasionado afán de servir a Cataluña, consideró ser político una obligación ineludible, pero acaso también sufrió la atracción del grupo, Prat de la Riba, Cambó, Rahola... eran hombres de refinada cultura y la convivencia con ellos para un intelectual de la talla de Valls debía ser sumamente agradable.

Su amor a Cataluña se refleja en su obra. Casi toda ella está consagrada a temas catalanes, las excepciones son muy contadas, una de ellas, no obstante, merece que la citeamos aquí por su relación con Asturias, es su artículo titulado «*En la*

conmemoración de Alfonso II el Casto» que publicó «*La Vanguardia Española*» el 10 de septiembre de 1942. Fué su último trabajo, pocos días después, el 1.º de octubre, falleció en Barcelona.

La selección de obras de Valls - Taberner constará de cinco volúmenes, distribuidos de la forma siguiente: I. Prólogo, Biografía y *Curriculum vitae*. Estudios historiográficos. San Ramón de Peñafort (Biografía). II. Estudios Jurídicos. III. Estudios de Historia medieval. IV. Historia de Cataluña (con inclusión de una tercera parte todavía inédita. Obra en colaboración con don Fernando Soldevila). V. Varia: Recensiones, Necrologías, Discursos, Conferencias, etc.

Ahora ha aparecido el primer volumen con un excelente prólogo de Ramón de Abadal y J. Ernesto Martínez Ferrando que dirigen la edición. Tras el prólogo se publica la admirable biografía de Valls escrita en catalán por Jorge Rubio Balaguer y que vió la luz por vez primera en el año 1943. Traducida al castellano por el mismo autor se pone al frente del libro y en verdad que los editores no podían elegir introducción más digna de elogio.

En la segunda parte del volumen se incorpora la biogra-

fía de *San Ramón de Penyafort* que hizo Valls-Taberner para la serie de manuales «*Pro Ecclesia et Patria*» de la Casa Labor. Valls puso en ella el mayor cuidado, la fulgurante figura del Santo Catalán despertó en él una devoción muy honda, y religioso historiador, y jurista, levantó a su santo patrono un altar en el que no se sabe que admirar más si la copiosa aportación documental o la erudita exposición de los datos.

No fué este el único trabajo que Valls dedicó a San Ramón de Pañafort, en 1929, había publicado en los *Analecta Sacra Tarraconensa*, un diplomata rio

referente al Santo, y tenía preparada la publicación de más documentos de San Ramón el año 1936 cuando por los sucesos de Julio Valls perdió todas sus papeletas con todo lo que había en su casa de Barcelona. En noviembre de 1935 leyó una comunicación en la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona sobre «*El problema de la licitud de la guerra segons Sant Ramon de Penyafort*», comunicación que ha quedado inédita y de la que sólo hay noticia por la referencia que dió «*La Veu de Catalunya*» el 30 del mismo mes, que ahora también se transcribe en el volumen.

P. B.

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

Su publicación es trimestral con colaboraciones de las más prestigiosas firmas, conteniendo Jurisprudencia, firme, de la Audiencia Territorial y Juzgados de 1.^a Instancia de Asturias, y con estudios especiales de Derecho consuetudinario asturiano.



PRECIOS DE SUSCRIPCION:

Anual.	80,00	ptas.
Número suelto.	25,00	»
Protector, año, desde.	200,00	»

Alumnos de la Universidad

Suscripción anual	50,00	»
-----------------------------	-------	---

La correspondencia debe ser dirigida a

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

COLEGIO DE
NUESTRA MADRE DEL BUEN CONSEJO
PP. AGUSTINOS

1.^a y 2.^a ENSEÑANZA
INTERNOS - EXTERNOS
Y MEDIOPENSIONISTAS

Calle San Agustín, 2

LEON

Teléfono 1913

LIBRERIA

Lycium



Moros, 9

Teléfono 4012

G I J O N

Colegio de Santa Teresa de Jesús

Legalmente reconocido por el Ministerio de Educación Nacional

Las Religiosas de la "Compañía de Santa Teresa de Jesús", fundadas con el fin de formar a la juventud femenina en Virtud y Letras; mediante su lema: "ORACION, ENSEÑANZA y SACRIFICIO", desarrollan su método pedagógico basado en el cariño, la persuasión y el estímulo, que despierta en las alumnas un adecuado sistema de premiación

Comprende la enseñanza las secciones de:

Jardines de la Infancia, Primera y Segunda Enseñanza, Comercio, Magisterio y Clases de Idiomas, Taquigrafía, Mecanografía, Dibujo, Pintura, Labores y Música.

Se admiten alumnas en calidad de internas, mediopensionistas, externas y universitarias.

González Besada, 29

OVIEDO

COLEGIO DE LA ASUNCION

ENSEÑANZA MEDIA, PRIMARIA

===== Y DE HOGAR =====

A BASE DE SOLIDA FORMACION RELIGIOSA

===== ARTES, IDIOMAS =====

AMPLIOS CAMPOS DE DEPORTES



EL BIBIO

GIJON

BANCO HERRERO

AUTORIZADO POR LA
DIRECCION GENERAL DE BANCA Y BOLSA
NUMERO 63

COLEGIO

Dulce Nombre de Jesús

(Dirigido por RR. MM. Dominicanas de la Anunciata)

ALUMNAS EXTERNAS,
MEDIOPENSIONISTAS E INTERNAS

DE

ENSEÑANZA PRIMARIA,
MEDIA Y ESCUELA HOGAR

Pérez de la Sala, 29

OVIEDO

Teléfono 1733