

NUEVA SERIE

VOLUMEN II

REVISTA DE LA
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
DE OVIEDO

DICIEMBRE 1954

AÑO XV - N.º 71



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

DIRECTOR

D. Luis SELA SAMPIL

DECANO DE LA FACULTAD

D. RAMÓN PRIETO BANCES

CATEDRÁTICO
HISTORIA DEL DERECHO

D. TORCUATO FERNÁNDEZ MIRANDA

CATEDRÁTICO
DERECHO POLÍTICO

D. José M. SERRANO SUÁREZ

CATEDRÁTICO
DERECHO PROCESAL

D. JOSÉ APARICI DÍAZ

CATEDRÁTICO
DERECHO ROMANO

D. SABINO ALVAREZ GENDÍN

CATEDRÁTICO
DERECHO ADMINISTRATIVO

D. JULIÁN APARICIO RAMOS

CATEDRÁTICO
DERECHO MERCANTIL

D. VALENTÍN SILVA MELERO

CATEDRÁTICO
DERECHO PENAL

D. MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

CATEDRÁTICO
DERECHO CIVIL

SECRETARIO

D. TEODORO L.-CUESTA DE EGOICHEAGA

PROFESOR DE LA FACULTAD

La Dirección de la Revista no se hace solidaria de las tesis sostenidas por los autores en sus trabajos de colaboración.

SUMARIO

PÁGINA

SECCION DOCTRINAL

<i>En torno al pensamiento político de José Antonio</i> , por Valentín Silva Melero	7
<i>La educación Católica y el Concordato</i> , por Isidoro Martín	19
<i>Sólo el testador puede partir su herencia</i> , por Manuel Albaladejo García	45
<i>Alabanza y menosprecio de la Constitución Inglesa</i> , por Pablo Lucas Verdú	59

JURISPRUDENCIA

Audiencia Territorial de Oviedo

Retracto de comuneros	87
Arrendamientos Urbanos. Resolución de Contrato	94
(Sentencia del Tribunal Supremo sobre el mismo pleito).....	97

Dirección General de los Registros y del Notariado

Certificación administrativa de servidumbre de pastos.....	101
Certificaciones de dominio. Principio de prioridad	102
Justificación de representación. Facultad para aceptar hipotecas. Hipoteca unilateral.....	103
Calificación registral. Requisitos de los documentos judiciales....	104

VIDA DE LA FACULTAD

Información.....	109
------------------	-----

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES Y NOTICIAS

D. Civil

La comunidad de bienes en el derecho español, de Beltrán de Heredia	113
Fundamentos de Derecho civil, de José Puig Brutau	115

Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles, de A. M. Borrel Soler	118
La posesión, de G. García Valdecasas	119
Manual de herencias adaptado al Código civil y demás disposiciones sustantivas y procesales complementarias, de A. Majada	120
La Filiazione. Gli alimenti, de T. Cicu	121
El matrimonio, de G. Calogero	121
La obligación natural, de Rodríguez Arias Bustamante, L.	122
Arrendamientos y desahucios, de Villanueva Santamaría	123
El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, R. Solano Espín .	124
I beni, de Bioni Biondi	125
Evolución de la prescripción adquisitiva en las servidumbres prediales, de J. M. Desantes	128
Suscesione per causa di morti, de A. Cicu	130

D. Internacional

Introduction a l'etude du Droit Internationale Penal, de Estefan Glaser	133
---	-----

REVISTA DE REVISTAS

Revista de Derecho y Ciencias Politicas. U. de San Marcos, Lima

Influencia de la proclamación de los Derechos Humanos sobre la posición del hombre en el Derecho privado, de J. C. Reborá	137
---	-----

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo

El hombre y la Comunidad Internacional, de A. Ciasullo	138
--	-----

Revista de Estudios Políticos

Sociología y política criminal, de Sánchez Ordóñez	139
La médula del Sistema de poder en el Estado contemporáneo, La burocracia, de A. Carro Martínez	140

Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

En torno a la escuela Penal española, de V. Silva Melero	141
--	-----

TEXTOS

Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión	145
--	-----

NOTAS

Jurisprudencia penal, por el Profesor Fernández Martínez	III
--	-----

SECCION DOCTRINAL

EN TORNO AL PENSAMIENTO POLITICO DE JOSE ANTONIO

Conferencia pronunciada en el paraninfo de la Universidad, el 20 de noviembre de 1954, por el Excmo. Sr. D. Valentín Silva Melero, Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo.

El Sindicato Español Universitario en nombre de los alumnos de la Universidad, me requirió amablemente para que en el día de hoy pronunciase una conferencia sobre el pensamiento de José Antonio, en este XVIII aniversario de su muerte, y si personalmente persuadido de mi poco valer yo debía eludir la invitación, como Rector de la Universidad no podía desairar a mis alumnos, porque ello equivaldría a desatención o descortesía, pecados en los que conscientemente no quiero incurrir jamás.

Conozco las dificultades de una síntesis sobre el pensamiento de aquel gran jurista y universitario, que fué José Antonio Primo de Rivera, del que creo que precisamente por lo que tenía de Abogado realmente extraordinario, en frase del que fué Decano del ilustre Colegio de Madrid, Don Francisco Bergamin, y por lo que tenía de auténtico intelectual, salvó desde el primer momento su ideario de todo aniquilamiento estatal y hegeliano.

Como decía Serrano Suñer en ocasión memorable, él vivió la Jurisprudencia, con el decoro de los que visten la toga sin mancharla, porque saben que la justicia es emana-

ción de la divinidad. Por eso hay en su muerte la virtud humana de dominar los propios resortes anímicos, sin exaltaciones teatrales ni depresiones, dando al supremo paso toda la importancia que tiene y por ello emprende el viaje a la eternidad en el estado de gracia que transparente su disposición testamentaria. José Antonio, (vuelve a decir el que fué su albacea), espíritu clásico, por serlo, sintió la justicia como virtud cardinal, y como vocación, sintió el derecho, que al ser ciencia y arte, que da a cada uno lo suyo, no puede arraigar, sino en quienes tienen del peso, de la medida y del número un sentido exacto y humano.

Estas consideraciones que anteceden pueden explicar muchas cosas, y disipar muchos errores, y por ello su pensamiento como hombre de derecho, no podía ser otra cosa, que un trasunto de ideas fundamentales sobre la justicia. Vale la pena que mediten esta faceta de la vida de José Antonio, los que parecen incapaces de comprenderla.

Por eso quizás Pemán, pudo afirmar que muchos no conocieron y admiraron de José Antonio más que el gesto, el brinco valiente, el puño duro y fué después al conocerse sus ideas, cuando vieron que en ellas estaban, en consignas seguras, todos los fundamentos que hacían de su fuerza, brinco y gesto, vehículos de la exacta síntesis nacional. Estará ciego, agrega este autor, quien no vea que la idea de José Antonio está a cien leguas del estatismo, de todos los nacionalismos entecos, del paganismo, y de los peligros de los regímenes totalitarios laterales y parciales.

Podemos ya mirar hacia el pasado, porque el juicio dispone ya también de la necesaria perspectiva. Hoy percibimos con exactitud que la figura del fundador de la Falange, como aseguró Fernández Flórez, no es la que se descuelga, para que se la lleve entre el aparato ocasional, una actualidad deshauciabile. La historia tiene ya para José Antonio el encanto recio y eterno, con que asegura en su perennidad, los nombres de los que la saben hacer. La lectura de su testamento por ejemplo, revela que los mismos que le condenaron desconocían sus doctrinas, y al escucharlas no fueron capaces de oponer a ellas, más que el pre-concepto elaborado de antemano. Por eso hay en aquellas

breves páginas, escritas antes de morir, una sacudida de queja contra la incomprensión, por tenacidad, contra el que enjuicia sin conocer, contra la ignorancia tozuda que cierra ojos y oídos, a toda información exacta, aferrándose a propias concepciones. Quizás por eso estemos aquí hoy, aunque en esta ocasión quien os habla sea un modestísimo profesor universitario, que trata de colaborar en la obra, de impedir que haya hombres algún día, que no puedan hacer otra cosa más que arrepentirse y anhelar en vía póstuma, ante lo irremediable, aquello que por ignorancia negaron.

* * *

Un día le decía José Antonio a Juan Ignacio Luca de Tena al final de una carta: «y termino, no con un saludo romano, sino con un abrazo español». En esta frase tan sencilla, y tan cordial, aparecen sin duda distancias y diferencias fundamentales que no quieren percibir los que niegan la originalidad del pensamiento joseantoniano, forjado por un hombre que estará siempre presente en el afán de sus centurias, y en el corazón de los buenos españoles. En su breve y denso caminar por la tierra, su figura se alza perfecta, sin sombras como un perfil de trazo seguro y acabado como hombre de unidad entera e imborrable en la incontestable consecuencia de sus postulados.

José Antonio Primo de Rivera lleva en su alma todas las melodías de la patria española. Canta Castilla, y al imperio, estudia los problemas sociales y económicos, enjuicia con severidad los políticos. Proclama la unidad frente a la disgregación, y la norma frente a la anarquía. Dedicando al campo párrafos bellísimos, no de égloga sino de geórgica, con sabor de pan, y amando a España con sublime exaltación, le ofrece la vida que aventura, en el torneo difícil que empeña, con la serenidad hidalga de un héroe del romancero. Pero no es sólo la vena poética de José Antonio que con tanta exactitud percibió Manuel Machado,

la que determinó que instintivamente el 18 de julio apareciera su retrato en los hogares, y las flechas en las solapas. Es que el fundador de la Falange, establece una serie de principios que constituyen un cuerpo de doctrina orgánico, y con su originalidad estatuye un nuevo derecho público, en lo que se refiere a los conceptos fundamentales, mientras su figura se agiganta en el tiempo, para pervivir eternamente en el azul del cielo de Castilla, que el heroísmo español siguiendo su ruta, cubrió para siempre de luceros.

En el sentir del fundador de la Falange todas las revoluciones habían sido incompletas, porque ninguna había servido conjuntamente a la idea de la patria y a la de la justicia social. Su pensamiento era y es revolucionario, con perfecta aglutinación de esas dos ideas fundamentales, y sin que sienta por el Estado la admiración idolátrica de otros sistemas, al que coloca en situación subordinada, y sin que tampoco, pretenda la anulación del individuo por su respeto más exquisito a la libertad conjugada con un sistema de jerarquía y orden. No hay pues quien con justicia, pueda encontrar en este ideario, imitación o servil copia de otros regímenes extranjeros, que al encontrarse hoy bajo los escombros de una derrota, pueden invitar a pensar que no hay razón ninguna, para considerar actual y vigente un pensamiento o ideario arrumbado.

Una exposición, aunque sea sumaria, de algunas ideologías totalitarias puede aclarar este punto que consideramos fundamental. Afirmemos sin embargo, que aunque eliminados del mapa político mundial, desde el punto de vista oficial, el movimiento fascista italiano, y el nacional socialismo alemán, en boga en los días de José Antonio, el individualismo jurídico al modo decimonónico, ha sufrido y sufre tales ataques contemporáneos, que está doctrinalmente sustituido, o bien por las corrientes comunistas o filocomunistas, por las tendencias llamadas personalistas, y hasta por nuevas místicas comunitarias. Es decir, que pese al retorno oficial de los principios democráticos liberales, quien quiera investigar, en serio, el derecho público y privado vigente y actual en el mundo, yo podría citar la opinión de docenas de

juristas contemporáneos, verá que la crisis de aquella ortodoxia política es tan grave o más, que lo fué en los días anteriores a la aparición de los llamados movimientos totalitarios. El ideario de José Antonio fué calificado de fascista, y prescindiendo del sentido peyorativo que se generalizó después, los que así lo conceptuaron y conceptúan, ignoran lo que ambas direcciones políticas implican.

* * *

Comencemos por sentar que resulta difícil una interpretación jurídico-política del fascismo italiano, que no tenía en su iniciación una filosofía propia en torno al fundamental principio político de las relaciones del Estado con el individuo. Al principio fué una reacción sentimental que acaudilló un aviador poeta, y después, una instintiva rebeldía contra la debilidad del Estado, como consecuencia de la labor lamentable del gobierno parlamentario italiano, en los años anteriores de la marcha sobre Roma. Solamente cuando el fascismo alcanzó el poder, se dieron cuenta de que era preciso buscar una teoría, ya que de otro modo intuían que no podía durar el Régimen. La construcción de la ideología política del fascismo, se hizo de un modo bastante artificial. En una carta que Mussolini escribió a Bianchi el 27 de agosto de 1921, le decía: «Aunque esto sea un poco fuerte, yo desearía que se creara la filosofía del fascismo, en el plazo de los dos meses que faltan para la reunión de la Asamblea nacional».

Es poco corriente en la historia, ver a un jefe de una revolución encargar una filosofía, para que se le entregue a plazo fijo. El fascismo pues, alcanzó su objetivo principal, el poder, antes de poseer una teoría política, por eso le faltó siempre claridad y unidad, y por eso, resulta muy difícil desde el punto de vista de la investigación científica, precisar los fundamentos políticos del fascismo entre cuyos teóricos, el Ministro Rocco por ejemplo, fué mucho más lejos en su

antiindividualismo que el propio Mussolini, autor de la fórmula que repitió muchas veces: «todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado». Se trata pues de un Estado totalitario, y hoy la crítica de los especialistas en derecho público lo interpreta en sentido menos radical, como identificación del interés del individuo con el Estado, y como contraste con el liberalismo en que aquél aparece al servicio del individuo. No existe pues una certidumbre, en torno a la cuestión de una eliminación de los fines individuales, en beneficio de los estatales. Esto por lo que se refiere al pensamiento de Mussolini, en cambio la estatolatría está perfectamente clara en los textos de Bianchi o Rocco, por ejemplo. Como está claro un sector antiindividualista pagano del fascismo, y la creación de un mito en sentido soreliano como idea fuerza. Concretando: en el fascismo el Estado como expresión jurídica de la nación, desempeña un papel capital y el individuo no parece representar, para los fascistas un fin en sí mismo, porque no se preocupan del fin último del hombre, y nada digamos desde el punto de vista católico, al pretender tener una moral propia, y una fe propia, que en el fondo pretendía ser indiferente a la moral cristiana.

Resulta evidentemente sorprendente buscar cualquier identificación entre el ideario de José Antonio y las ideas fundamentales del fascismo italiano. Bastará considerar la estimación del hombre, como portador de valores eternos, como la envoltura corporal de un alma capaz de salvarse o perderse, principio fundamental del ideario falangista, para medir la tremenda distancia y el abismo insondable, que le separa de esta ideología fascista a que acabamos de aludir.

Con el nacional socialismo existe aun menos parecido o semejanza, si cabe hablar de comparaciones cuando no se aprecian interferencias. El nacional socialismo alemán al revés del fascismo italiano, ofrece una documentación en este aspecto desde el primer instante: El conocido libro de Adolfo Hitler *Mein Kampf*. La concepción del mundo, y de la vida nazi, va mucho más allá que la doctrina italiana desde el punto de vista del llamado individualismo jurídico. El nacional socialismo contra lo que se ha dicho sin entender-

lo, no magnifica al Estado, al contrario, lo coloca en el rango de simple instrumento para realizar una finalidad superior aunque no la individual. Aparece en esta doctrina un concepto casi intraducible desde el punto de vista de su sentido, el *Volk* que no es pueblo porque su significado es sinnónimo de raza, aunque tampoco con exactitud pues el idioma alemán conoce la palabra exacta de raza; se refiere más bien a un conglomerado, conjunto o mezcla racial que tiene cierta homogeneidad: El arío no es una raza, sino un conglomerado suficiente para formar una comunidad superior a los individuos que la componen, y que tampoco tiene nada que ver con la idea de nación.

Por otra parte el régimen nacional socialista no presentaba desde el punto de vista doctrinal una unanimidad entre los conceptos de Estado e individuo; una cosa es clara sin embargo, que el primero de estos conceptos queda relegado a la técnica del derecho administrativo, para subordinarse al pueblo-raza, cuyas relaciones con el Estado son muy difíciles de interpretar. Las consecuencias desde el punto de vista jurídico no pueden ser más lamentables: Actos persecutorios verdaderamente demenciales, consideración que lo justo es lo útil a la comunidad popular, o lo que sirva a la nación, punto de vista por ejemplo de los doctores Frank y Ley, y como secuela, el derecho de propiedad en lugar de ser un derecho subjetivo, se sustituye por situaciones jurídicas casi ocasionales, al servicio de la comunidad nacional, lo que hace posible las confiscaciones y conceptos peculiares de expropiación, mientras el individuo lógicamente, pasa a ser desde el punto de vista del derecho, más insignificante que en cualquier doctrina.

Tampoco creo yo que haya honradamente quien pueda encontrar, entre el pensamiento de José Antonio, y lo que acabamos de exponer el más remoto parentesco.

Es cierto que fué empleada la expresión Estado totalitario, pero el propio José Antonio aclaró el término en forma que no ofrece duda alguna. Ante el reproche de imitación de regímenes extranjeros pronunció la célebre frase «de que la fuente de la insidia era inagotable». La expresión totalitario en relación al Estado está empleada en

un sentido exclusivamente gramatical; «para que el Estado alcance con sus bienes a todos, lo mismo, a los poderosos que a los humildes». Este es el sentido de totalidad que nada tiene que ver ni con la filosofía de Hegel, ni con el voluntarismo de Nietzsche, ni con el activismo de Sorel, ni con el vitalismo de Bergson. Nada de panteísmo estatal hay en la doctrina joseantoniana. El Estado sirve a la Patria. Es un servidor de un principio fundamental, como unidad de destino en lo universal, y el individuo es valorado con la más alta concepción política que pudo serlo jamás, como dijimos anteriormente, y la Religión es considerada como el arco clave de la grandeza de España, y la iniciativa privada es absolutamente respetada, y el concepto de libertad se proclama como valor eterno e intangible, y si pugna con el capitalismo, en su faceta deshumanizada, y trata de desmontarlo, respeta la propiedad privada como proyección del hombre sobre sus cosas. Es esto lo que resulta de los textos, y no el insidioso calificativo panteísta injusto e inexacto.

No hay nada pues en el pensamiento de José Antonio que recuerde la estatolatría, nada que se separe de la línea tradicional española, concebida con espíritu de adivinación, y no de copia. Entre otras razones, porque él hizo brotar de los más profundos hontanares la eterna metafísica de España, y su valoración del hombre, le llega de una concepción cristiana del mundo y de la vida, de aquella dignidad humana que históricamente no sintió ningún pueblo en forma parecida, que exigía de sus Reyes además de la legitimidad de origen la de ejercicio, y que les recordaba cuando otros pueblos estaban sumidos en el feudalismo y en el vasallaje «cada uno de nosotros vale tanto como Vos y todos juntos valemos más que Vos» y cuando esto decían los Procuradores de las antiguas Cortes de España a su Rey, faltaban centenares de años, para que se promulgara la carta constitucional de los Estados Unidos, o la declaración de derechos de la Asamblea constituyente francesa. La doctrina de José Antonio es revolucionaria, trata de instaurar un orden nuevo. repudia al capitalismo y al comunismo no por lo que este tiene de revolución económica, sino en cuan-

to arranca al hombre todas las ilusiones del espíritu, y porque nada tiene que ver con la primavera sentimental de los movimientos obreros. Por eso al hablar de la reforma agraria dice que tiene un enorme sentido moral, no como un problema técnico y económico, para ser estudiado en frío por las escuelas, sino como problema entero, íntegro y religioso, anclado fuertemente, en aquella valoración excelsa, de la dignidad humana, postulado fundamental del ideario.

* * *

Hay en la doctrina de José Antonio un aspecto nacional y otro sindical que importa brevemente recoger. No se trata de un Nacionalismo, al modo de egoísta reacción conservadora, o de exaltación de la guerra, o de simpatía por las dictaduras. Un nacionalismo empujado y limitado a esos principios, no hubiera alcanzado jamás el rango de doctrina política. Se trata del retorno al sentido histórico universal español, el único que puede acomodarse a una tradición que entraña el más glorioso de los pretéritos, y que puede hoy, ofrecer al mundo el espectáculo envidiable, y envidiado, de que países independientes pero de nuestra misma estirpe se sientan espiritualmente vinculados a la madre patria, y que sean sus hijos, nombres maravillosos en el mundo de la poesía, los que le ofrendan sus mejores cantos, como Rubén Darío, Amado Nervo, Santos Chocano o Gabriela Mistral.

Y por lo que al Sindicalismo se refiere, una cosa es lo sustantivo y otra lo procesal. Lo importante es la afirmación de que el sindicato es una entidad natural y fundamental de convivencia, subordinada a los intereses de la Patria, con exclusión de cualquier escisión de los elementos que intervienen en la producción, que ni tienen ni pueden tener intereses opuestos cuando el Estado vigilante realiza la justicia social, sino anhelos comunes en una perfecta unidad jerarquizada, tanto por servir a principios morales insoslayables, como por la consideración de que las perturbacio-

nes sindicales, repercuten siempre con mayor gravedad en los que son más débiles económicamente, y porque empresarios, técnicos y productores navegan en un mismo barco, y si éste se hunde, sabido es que el océano no conoce categorías en el pasaje.

No hace mucho tiempo en este mismo Paraninfo, con ocasión de la apertura del Curso pasado, trataba yo el tema de la decadencia del Derecho, y llegaba a la conclusión, después de citar numerosos autores contemporáneos de distintos países, de que existe una crisis de las instituciones jurídicas, que abarca por igual al Derecho público y al privado; pesimismo universal, que fundan tratadistas del mayor prestigio, en la realidad de unos postulados que se desmoronan, de unos principios que se olvidan, de unos conceptos que se contradicen. Es como si asistiéramos al aniquilamiento, de una concepción del mundo y de la vida, o como si nos encontráramos en una época de transición, quien sabe si el final de una era de la humanidad, que siente gravitar sobre sí, todas las inquietudes y angustias, de las horas crepusculares de la Historia. Lo que en cambio es clarísimo en el momento actual, y la opinión es nada menos, que de un profesor eminente de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en un libro reciente, es que el individualismo jurídico, la conquista más relevante del estado democrático liberal, está irremisiblemente condenado, y si esto es así, al plantearse el grave problema de sustituir una ortodoxia política en declive, por otra que respetando la dignidad del hombre, y los principios insoslayables de la justicia, pueda instaurar un orden nuevo, pensemos en la necesidad de meditar, aquellos conceptos fundamentales del pensamiento José-antoniano, que acertó con la fórmula Feliz, que conjuga la libertad del hombre y su dignidad, con los principios de la norma, la jerarquía y el orden.

Hoy hace 18 años que en Alicante, cara al sol naciente, moría José Antonio Primo de Rivera, que nos brindó el ejemplo final de una última lección en su testamento. Allí le vemos pedir a Dios la decorosa conformidad, la divina misericordia a la hora de juzgarle, y aunque «no sea alegre morir a su edad», espera la muerte sin jactancia y sin protesta, ofreciéndola a Dios en lo que pueda tener de sacrificio, perdonando a todos los que hubieran podido dañarle u ofenderle, y pidiendo perdón a todos, aquellos, a quienes pudiera deber alguna reparación, por pequeña que fuera. Testamento irreprochable, cifra y compendio del pensamiento de un hombre, a quien se le hizo el reproche insidioso, de profesar un panteísmo pagano y estatal.

Voy a terminar porque no tengo derecho a seguir molestando vuestra atención.

En aquel 20 de noviembre, la luz primera del amanecer levantino traía más caricias que nunca y toda la vitalidad de una juventud prometedora, hacía sentir a José Antonio la invitación a la vida, cuando ya percibía los pasos de la muerte. El día llegaba por los balcones del Mediterráneo, y pronto el sol iba a brillar sobre los lomos de los delfines que no llevaban ya las barras de Aragón ni saltaban a la estela de espuma de velas latinas.

Sin duda hay distintos modos de morir. Se puede morir como el autor de Fausto, pidiendo más luz, cuando los ojos se van quedando ciegos; se puede morir como los ancianos, o como los niños, sin salir del sueño. Pero a José Antonio le despiertan, para que vea la cara de la muerte, y para que sucumba consciente y sereno, como un caballero español, de aquellos que perpetúan los lienzos de Velázquez o del Greco. No querer morir, ha dicho recientemente el padre Inciarte, no es ningún pecado, lo que se le prohíbe al cristiano es pensar en la nada. Por eso José Antonio, que tenía la seguridad y la claridad de Dios, sobre su alma, murió como los hombres que poseen la verdad. No con la angustia del escéptico o agnóstico, a los que un viento de cementerio asoló antes los campos de su alma. No vivió para morir en el sentido de la filosofía de Heidegger, sino que conocía bien, «el muero porque no muero», ya

que sentía todas las ansias del espíritu, constreñidas en la cárcel de las limitaciones corpóreas, que no son ni más ni menos que nostalgia de eternidad.

Antes de aquella madrugada, hubo una noche triste, en la que puede decirse, con la poetisa portuguesa Frobela Espanca, que un ruiseñor lloró, gimió y gritó perdidamente. El sabía bien, que aquella tierra que veía por última vez iba a llegar a pesarle sobre el corazón, cuando se apagara el último grito de su boca, y la última mirada de sus ojos...

Silencios de madrugada, envueltos en las dulzuras de los crepúsculos, sobre Alicante. Silencios sobre las trincheras y parapetos que había levantado España: cristales de la aurora que pronto van a romperse a balazos.

Y en el patio de una cárcel, una escuadra de falangistas y requetés, va a caer, como símbolo de una unidad irrevocable, ante los fusiles de unos desgraciados. Al frente de ella, un Capitán joven, va a llevar el Arriba España hacia la gloria, como mensaje de amor de un gran poeta, que rubricó generosamente con su sangre, toda una vida, que fué un poema de luz.

VALENTÍN SILVA MELERO

LA EDUCACION CATOLICA Y EL CONCORDATO

Texto íntegro de la conferencia pronunciada en el Aula Máxima, por don Isidoro Martín, en el curso de conferencias organizado por la Congregación Mariana Universitaria bajo el patrocinio de la Universidad de Oviedo.

En el Programa se indica que hoy hemos de estudiar «*La educación católica y el Concordato*».

Me ha parecido, sin embargo, viendo el conjunto del programa, que no estaría fuera de lugar ofrecer una visión total del Concordato sin perjuicio de que examinemos con mayor detenimiento cuanto se refiere a la educación.

Tres fechas en la historia concordataria española.

La historia de las relaciones concordatarias entre la Santa Sede y España está jalonada por tres fechas fundamentales que, como piedras miliare, separadas por un siglo de distancia, están señalando el camino: 1753; 1851; 1953.

El Concordato de 1753 entre Benedicto XIV y Fernando VI señala el momento culminante del regalismo español. Pone fin a un largo período de discrepancias y en su virtud se concede a los Reyes españoles la facultad de elegir las personas que habían de ser nombradas por la Iglesia para más de 12.000 cargos eclesiásticos, entre ellos

los Obispados y Arzobispados de España y de América, en tanto que al Papa quedaba reservada la libre colación de 52 beneficios de escasa importancia.

Fué la única solución que se encontró entonces para conjurar la ruptura de la Monarquía Española con Roma y el peligro de cisma que se cernía sobre el horizonte religioso de España.

Segunda fecha. 1851.—Instaurado el régimen constitucional vive España medio siglo de movimientos pendulares desde el absolutismo al constitucionalismo en los que la víctima fué la Iglesia. Persecuciones y matanzas de religiosos, deposición de Obispos, el «inmenso latrocinio» de la desamortización.

El Concordato de 1851 entre Pío IX e Isabel II fué el nuevo tratado de paz que vino a intentar cauces serenos después de un largo período de agitación política, de sangrienta persecución religiosa y de rapacidad económica.

Con altibajos repetidos según la orientación de los partidos gobernantes el Concordato siguió en vigor hasta la República de 1931 en que se desató nuevamente la persecución religiosa.

Iniciado el Movimiento Nacional, se mostró, desde el primer momento, respetuoso con los valores religiosos. Se fueron rectificando rápidamente las medidas persecutorias del período precedente y antes de que la guerra terminase quedaron normalizadas las relaciones entre la Santa Sede y España.

En 1941, 1946 y 1950 se firmaron diversos convenios sobre las cuestiones que se estimaron de mayor interés—nombramiento de Obispos y cargos eclesiásticos de menor importancia, Seminarios y Universidades pontificias y asistencia religiosa a las fuerzas militares—y al cabo de 17 años de cordial relación—sin que haya faltado algún esporádico desacuerdo local u ocasional— el nuevo Estado español y la Santa Sede firmaban el 27 de agosto de 1953 un nuevo Concordato que, a diferencia de los dos anteriores, no viene a cerrar un período de discrepancias, sino a hacer más fecunda la colaboración entre la Iglesia y el Estado.

CARACTERISTICAS DEL NUEVO CONCORDATO

Todos los comentaristas del nuevo Concordato coinciden en atribuirle estas tres notas distintivas:

1.º—Es un Concordato *completo* en cuanto que abarca todas, o por lo menos la sería hasta ahora más extensa, de las cuestiones que afectan a la Iglesia y al Estado.

2.º—Es un Concordato que podemos llamar *de tesis*—otros lo han llamado íntegro— en cuanto que incorpora a sus artículos y, por consiguiente, a la legislación española, numerosas disposiciones tal como se hallan en el Código de Derecho canónico o en los preceptos fundamentales del Derecho público eclesiástico, dándoles un desarrollo en perfecta consonancia con aquellos principios.

3.º—Es un Concordato de *colaboración*, no de pacificación en cuanto que no viene a poner término a un período de lucha, sino a robustecer una relación de colaboración cordial.

Todavía podíamos añadir, como consecuencia de ser un Concordato de tesis, una nota distintiva de valor singular dentro de nuestra historia concordataria y es que rompe ampliamente con el tradicional regalismo español hasta dejarlo reducido a una mera apariencia aunque otra cosa se suele afirmar después de observaciones, a nuestro modo de ver, superficiales.

Comprobemos ligeramente estas características.

1.—*Un Concordato completo.*

Sistematizando el contenido del Concordato español de 1953 fácilmente puede advertirse que las materias reguladas son numerosas y sus matices muy abundantes.

He aquí en apretadísimo esquema el cuadro de su contenido:

- 1.º Confesionalidad del Estado y régimen de cultos disidentes.
- 2.º Reconocimiento de la soberanía, independencia y personalidad de la Iglesia.
- 3.º Régimen de circunscripciones eclesiásticas y provisión de beneficios eclesiásticos.

- 4.º Reconocimiento de inmunidades clericales.
- 5.º Régimen patrimonial de la Iglesia.
- 6.º Reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico.
- 7.º Regulación de la enseñanza católica.
- 8.º Asistencia religiosa a las fuerzas armadas, establecimientos penitenciarios y de beneficencia.
- 9.º Privilegios en favor de España.
- 10.º Interpretación y aplicación del Concordato.

Esta simple exposición nos permite afirmar que nos hallamos frente a un Concordato completo; el examen de la regulación detallada de estas cuestiones nos confirma que nos hallamos ante el más amplio y más completo de los Concordatos hasta ahora concertados.

2.—*Concordato de tesis.*

Al nuevo Concordato lo hemos calificado como un concordato de tesis ya que recoge en su articulado numerosos preceptos del Derecho eclesiástico y los desarrolla mediante disposiciones que se mantienen en la misma línea.

Veamos confirmada nuestra afirmación en los puntos más destacados, comenzando precisamente por el art. 1.º del Concordato según el cual: «La Religión Católica, Apostólica Romana, sigue siendo la única de la Nación española y gozará de los derechos y prerrogativas que le corresponden en conformidad con la ley Divina y el Derecho Canónico».

Se prevé, asimismo, la vigencia del art. 6.º del Fuero de los Españoles y en su consecuencia «Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni en el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión del Estado».

Estas disposiciones sobre la confesionalidad del Estado es indudable que se aparten notablemente del estilo observado en la inmensa mayoría de los Estados actuales.

«Ahora bien —como dijo el Cardenal Ottaviani en su famosa conferencia del 2 de marzo del año pasado en la que se refirió concretamente a esta disposición del Fuero de los Españoles— si hay una verdad cierta e indiscutible

entre los principios generales del Derecho público eclesiástico, es aquella que afirma el deber de los gobernantes de un Estado compuesto en su casi totalidad por católicos y, consecuente y coherentemente gobernado por católicos, de informar la legislación en sentido católico, lo que implica tres inmediatas consecuencias:

- 1.^a La profesión pública y no sólo privada de la religión del pueblo.
- 2.^a La inspiración cristiana de la legislación.
- 3.^a La defensa del patrimonio religioso del pueblo contra cualquier asalto de quien quisiera arrancarle de su fe y de su paz religiosa».

«Estos principios —podemos concluir con el Cardenal Ottavini— son sólidos e incommovibles. Valían en los tiempos de Inocencio III y de Bonifacio VIII. Valen en los tiempos de León XIII y de Pío XII que los ha reafirmado en más de un documento suyo».

Preciso es afirmar, por consiguiente, que en este punto fundamental nuestro Concordato ha venido a sentar un principio lo más próximo posible a la tesis o ideal, actualizando así la vigencia de un precepto del Derecho público eclesiástico que la descristianización de la vida pública ha oscurecido en la mente de preclaros católicos.

Consecuencia de este principio son las disposiciones contenidas en otros artículos del Concordato y en primer lugar que el Estado reconoce a la Iglesia su carácter de sociedad perfecta —notemos bien la fórmula empleada que es la expresión típica del Derecho público eclesiástico— le garantiza el pleno ejercicio de su potestad y reconoce, asimismo la personalidad internacional de la Santa Sede y del Estado de la Ciudad del Vaticano.

Se reconoce igualmente en los términos previstos en el Derecho canónico común la personalidad jurídica y la capacidad de obrar de los entes religiosos; la observancia de los días festivos, la inmunidad de los clérigos, a los cuales se les exime del servicio militar, de los cargos públicos o funciones incompatibles con su estado, y se les considera sujetos al fuero eclesiástico en los términos previstos en el Código de Derecho canónico.

Queda reconocida la libertad patrimonial de la Iglesia que se garantiza, además, por las exenciones tributarias previstas en el Concordato. Se garantiza en términos análogos la inviolabilidad de los lugares sagrados.

El Derecho matrimonial y el derecho docente de la Iglesia —al cual hemos de referirnos más detalladamente— se regulan, asimismo transcribiendo al Concordato las disposiciones del Código canónico.

Son, pues, muchos e importantes aquellos preceptos del Concordato en que se recoge plenamente no ya el espíritu, sino a veces la letra misma del vigente Derecho canónico sin atenuaciones de ninguna clase. Bien puede por consiguiente, ser calificado el Concordato español como un concordato de tesis o íntegro.

3.—*Concordato de colaboración.*

Los Concordatos han entrado en el campo de las relaciones entre la Iglesia y el Estado por una doble vía. Por la vía dolorosa y fragosa de los conflictos entre el Sacerdocio y el Imperio o por el sendero suave de una previsora delimitación de actuaciones del Poder civil y del eclesiástico sobre los puntos de interés común a uno y a otro.

El Concordato español, como hemos visto, no ha surgido para poner fin a un período de fricciones, sino para recoger y perfeccionar los acuerdos concertados desde 1941 a 1950 o bien para dar rango de convenio a las disposiciones unilaterales encaminadas todas ellas a la restauración de la vida católica en España y establecidas tanto por parte del Estado —libertad de las entidades eclesiásticas; reconocimiento del matrimonio canónico; libertad patrimonial de la Iglesia; sentido católico de la enseñanza, etc.— como por parte de la Iglesia —restablecimiento del Tribunal de la Rota—.

Por esto resultan certeramente exactas estas afirmaciones:

«La Santa Sede Apostólica y el Estado español animados del deseo de asegurar una fecunda colaboración para el mayor bien de la vida religiosa y civil de la nación espa-

ñola —dice el preámbulo del Concordato— han determinado estipular un Concordato que, resumiendo los convenios anteriores y completándoles, constituya la norma que ha de regular las recíprocas relaciones de las altas partes contratantes, en conformidad con la Ley de Dios y la tradición católica de la nación española».

Afirmación corroborada en el mensaje dirigido por el Jefe del Estado a las Cortes Españolas el 24 de octubre de 1953 para solicitar la ratificación del acuerdo: «Preparado en ambiente de sosiego, durante un largo período de armonía, y con espíritu de plena sinceridad, estamos ante uno de los singulares casos de la Historia en que un Concordato no presenta el carácter de un armisticio ni de una componenda transaccional, ni de un estatuto de garantías mínimas. Nos hallamos ante un pacto que consagra una amistad firme y probada que asegura una colaboración cordial en marcha».

Dejemos aparte el hecho obvio y elemental de la permanencia de un Embajador cerca de la Santa Sede y de un Nuncio Apostólico en Madrid.

Añadamos, sin embargo, que en los Convenios de 7 de junio de 1941 y 16 de julio de 1946 el Gobierno español se compromete a no legislar sobre materias mixtas o que puedan interesar en algún modo a la Iglesia, sin previo acuerdo con la Santa Sede.

Manifestaciones concretas de esta recíproca colaboración son: que las autoridades civiles velarán por la debida observancia del descanso en los días festivos; que los sacerdotes españoles elevarán diariamente preces por España y por el Jefe del Estado, del mismo modo que se celebrarán, tres misas cada año en la Basílica de Santa María la Mayor de Roma, por las mismas intenciones.

Esto que a muchos puede parecer intrascendente, a quienes miren las cosas con los ojos de la fe puestos en el dogma de la comunión de los Santos les parecerá una colaboración continua y preciosa por parte de la Iglesia en favor de España que pueda hacer fecundísima actualidad el viejo verso de Aurelio Prudencio en el himno a San Fructuoso:

Deus Hispanos aspicit benignus.

Manifestaciones de colaboración son igualmente la decisión de revisar de común acuerdo las circunscripciones diocesanas para hacerlas coincidir con las provincias civiles; el compromiso del Estado para ayudar a las diócesis que puedan erigirse en el futuro; el acuerdo de estudiar, conjuntamente, la creación de un adecuado patrimonio eclesiástico que asegure la dotación del culto y del clero; la subsistencia, mientras no se llega a ese patrimonio, de aportaciones por parte del Estado a la Iglesia, en compensación por las desamortizaciones pasadas y por su obra en favor de la Nación; las normas establecidas para la conservación del patrimonio artístico de la Iglesia; el reconocimiento de efectos civiles para el matrimonio canónico y el régimen de enseñanza católica en todos los centros de enseñanza oficiales o privados.

Frente a la tesis liberal que propugna una separación absoluta entre la Iglesia y el Estado el Concordato consagra y trata de llevar a la práctica aquel principio de la tesis católica exigido por la misma naturaleza de las cosas: distinción sin separación, colaboración sin confusión.

4.º.—*Concordato derogador del tradicional regalismo español*

A nuestro modo de entender existe, propiamente, regalismo cuando proclamándose católico el Estado, interviene unilateral y autoritariamente en materias de índole espiritual.

Como nos advierte Leclercq, el insigne maestro de Lovaina, el sentido cristiano «es particularmente raro en los hombres de Estado. De tiempo en tiempo se ve un Rey Santo, y su reinado es celebrado en la Historia como el tiempo de una felicidad pública sin precedentes... Cuando los Jefes de Estado no son santos, no toleran que un poder contrabalancee el suyo. La tendencia natural de todo hombre que ejerce un poder es de ejercerlo sin control.

«Los hombres de lo temporal.. siempre tienen la impresión de que la Iglesia carece del sentido de las realidades cuando ella se inmiscuye en su terreno para dictarles la ley moral.

«Todo esto explica por qué la Iglesia no ha obtenido casi nunca la completa independencia requerida para el ejer-

cicio de su misión... La historia cristiana está llena de luchas de la Iglesia contra los Príncipes. Contra los príncipes católicos»...

«Y así ocurrirá hasta el fin de los tiempos... La Iglesia deberá combatir siempre para conseguir el reconocimiento de sus derechos y no lo conseguirá más que parcialmente. Solamente un pequeño número aceptará la ley de Cristo con todas sus consecuencias».

No creemos, sinceramente, que el Estado español en los cuatro siglos y medio de historia unitaria con que cuenta haya sido una excepción, si bien es cierto que en muchas ocasiones el acento regalista haya sido suave y llevadero.

De todas formas estimamos que el regalismo ha sido una constante histórica en las relaciones entre la Iglesia y el Estado español.

Pues bien, el Concordato de 1953, precisamente porque puede calificarse como un Concordato de tesis supone una clara ruptura con el tradicional regalismo español del que sólo permanecen algunos ligeros matices como recuerdo histórico.

Los críticos superficiales o mal intencionados han repetido a los cuatro vientos que bajo el nuevo régimen español los Obispos son nombrados por el Jefe del Estado.

Las cosas siguen muy otro camino.

Según el Convenio de 1941 recogido en el Concordato, al Jefe del Estado español se le concede la facultad de proponer a la Santa Sede Apostólica los candidatos para las Sedes episcopales y metropolitanas.

Pero, ¿cómo? Elaborando primero de común acuerdo el Nuncio de Su Santidad y el Gobierno una lista de seis nombres entre los cuales el Papa escoge tres, pero pudiendo sustituirlos parcial o totalmente por otros y de estos escoge definitivamente el Jefe del Estado aquel candidato que propone al Romano Pontífice para que éste lo nombre.

¿Qué queda en todo esto del viejo pleito sobre el pretendido Patronato universal de la Corona española, resuelto en el Concordato de 1753 y confirmado en el de 1851, concediendo a los Monarcas la facultad de proponer el nom-

bramiento para más de 12.000 beneficios eclesiásticos entre ellos todos los Arzobispos y Obispos?

Otro tanto puede decirse del Convenio de 16 de julio de 1946 sobre la provisión de beneficios no consistoriales —canónicos y párrocos— incorporado igualmente al nuevo Concordato.

La Iglesia concede al Estado que «en atención a las tradiciones católicas de España», en la provisión de algunos cargos eclesiásticos, el Jefe del Estado presente al Obispo o a la Sede Apostólica un candidato elegido en la terna formada por el propio Obispo.

Asimismo concede que antes de publicarse los nombramientos de los párrocos —designación que se hace según lo previsto en el Código canónico— se notifiquen «reservadamente al Gobierno para el caso excepcional en que éste tuviera que oponer alguna dificultad de carácter político general» objeción, por otra parte, que si no es aceptada por el Obispo da lugar a que se recurra a la Santa Sede «la cual de acuerdo con el Jefe del Estado resolverá lo que convenga».

Para valorar, además, el alcance de estas concesiones o privilegios interesa mucho conocer el espíritu con que se haya procedido en la negociación de estos acuerdos.

Es verdad que aun nos falta perspectiva histórica para juzgar de todo ello, pero no se carece por entero de elementos de juicio.

Algún prestigioso comentarista del nuevo Concordato ha afirmado que el Convenio de 1941 sobre el nombramiento de Obispos «se negoció, según rumores, en una situación de cierta tirantéz».

La afirmación nos parece perfectamente verosímil si recordamos que en el otoño de 1939 hubo toda una campaña de prensa reclamando para el nuevo Estado español los antañones privilegios del Patronato Real, en clara discordancia con el Derecho canónico vigente.

Mas lo cierto es que desde 1939 hasta 1953 muchas circunstancias han variado y el Concordato se ha firmado en un ambiente de clara cordialidad.

Vista la actitud general observada por el nuevo Estado español, hay que reconocer la sinceridad y exactitud de estas palabras contenidas en el Mensaje dirigido por el Jefe del Estado a las Cortes solicitando la ratificación del Concordato:

«No hemos firmado para obtener nada distinto al bien espiritual de la nación; los honores y prerrogativas que la Santa Sede nos dispensa son como un premio que proclama los singulares servicios realizados por el pueblo español en defensa de la Iglesia; son una ratificación expresa y solemne a la constante fidelidad y seculares esfuerzos superados con ocasión de nuestra Cruzada de Liberación. Favores y privilegios tan deferentes que hacen de España una de las naciones predilectas de la Iglesia, los agradecemos en cuanto vales como muestra de cariño y reconocimiento de buen servicio; pero huelga decir que, aun sin ellos, lo mismo seguiríamos sirviendo a la causa de la religión, porque los españoles de hoy, libre, por fortuna, de cualesquiera concupiscencias regalistas, nos movemos por estímulos más levantados».

Por todo ello bien puede afirmarse, con justicia, que el nuevo Concordato rompe claramente con el tradicional regalismo español.

5.º.—*El Concordato y la educación católica.*

Afirmadas todas estas características veamos cómo se reflejan en el punto concreto de la educación católica regulada en los artículos 26 a 31 y 33 del Concordato.

Al examinar estas disposiciones conviene que recordemos algunos puntos de doctrina. Hoy, como hace ya 24 años cuando publicara Pío XI su encíclica sobre la educación cristiana de la juventud, este recuerdo está reclamado «por nuestros tiempos, en los cuales, por desgracia, se deplora una falta tan grande de principios claros y sanos, aun en los problemas más fundamentales».

Recordemos en primer término una verdad elemental y obvia, pero que no siempre tenemos presente con la dia-

fanidad debida, y es ésta: Que instrucción y educación son dos cosas distintas aunque íntimamente entrelazadas.

La instrucción se refiere a la adquisición de verdades por la inteligencia; la educación se refiere a la adquisición de hábitos por la voluntad, a la formación de una manera de proceder.

Instruir es camino; es medio necesario y precioso para educar. De las ideas recibidas nacen las obras realizadas, pero en este camino del pensamiento a la acción hay no pocas dificultades que vencer, pues como decía bella y rotundamente el poeta latino:

video meliora proboque — sed deteriora sequor

Es que el hombre está herido y desfallece por la culpa original y necesita de auxilios extraordinarios, de gracias de todo orden para seguir adelante en su camino, para levantarse después de sus caídas y desánimos, y no quedar definitivamente inerte.

Educar es formar al hombre en toda su integridad. Pero la integridad del hombre es cosa también frecuentemente olvidada.

A fuerza de mirar al hombre desde puntos de vista unilaterales, nos hemos acostumbrado a ver facetas de hombre y las hemos confundido con el hombre entero. Unas veces nos lo han mostrado *homo oeconomicus*, como si en el hombre todo fuese interés y avaricia, cuando el hombre perfecto es precisamente el que, como dice la Escritura, no anda tras del oro ni tiene puesta su esperanza en los tesoros y el dinero. Otras veces, nos lo han presentado *homo homini lupus*, olvidando la ley universal del amor que incluso los mismos lobos sienten. Ingenuos seguidores de Rousseau nos han mostrado, por el contrario, un hombre bueno por naturaleza y pervertido por la sociedad, ignorando que el hombre decaído ama al bien y no siempre se halla con fuerza para realizarlo. Otras veces se ha podido hablar de un *homo intellectualis*, como si la única facultad del hombre fuera la inteligencia y cuando no sólo el saber importa, sino el obrar y así se ha fomentado esa tremenda aberración del intelectual a secas, cerebro sin corazón, que es la más deforme concepción del hombre que imaginarse pueda.

Rota por el Humanismo y la Reforma la concepción teocéntrica del mundo y colocado el hombre en el centro del universo, armado de su omnipotente razón, se ha ido olvidando su raíz y su destino sobrenaturales.

¡Nos hemos acostumbrado a ver, así, un hombre fragmentario y confundirlo con todo el hombre, del mismo modo que el caminante cree considerar todo el árbol fijándose sólo en su tronco y en sus ramas sin acordarse de la raíz porque está enterrada ni de los frutos porque no ha llegado el tiempo de su sazón. Pero la raíz es asiento y vida y el fruto es finalidad y fecundidad.

El pensamiento anticristiano ha difundido una niebla tan espesa que nuestra vista antes aguda para ver realidades sobrenaturales se ha disminuído de tal manera que ya no ve más que lo que se toca con las manos y no reparamos en que el elemento sobrenatural es tan del hombre como sus brazos o su inteligencia. La vida de gracia —como don gratuito de Dios— es una realidad operante en el hombre y la acción de Dios se manifiesta en nosotros de manera tan continua que como decía San Pablo a los sabios atenienses «en El vivimos, nos movemos y somos».

Urge, pues, para educar al hombre verlo en su integridad, considerarlo *todo entero* en sus realidades espirituales y corporales, intelectuales y morales, naturales y sobrenaturales.

«Efectivamente, nunca hay que perder de vista —transcribo palabras lapidarias de la «Divini illius»— que el sujeto de la educación cristiana es el hombre entero, espíritu unido al cuerpo en unidad de naturaleza, con todas sus facultades naturales y sobrenaturales, cual nos lo hacen conocer la recta razón y la revelación».

Integridad del hombre que no es yuxtaposición de elementos sino unidad substancial de ellos, por lo cual no cabe prescindir de ninguno so pena de dar un golpe de muerte al concepto del hombre y al hombre mismo.

El hombre verdadero es aquella «nova creatura» de que San Pablo hablaba a sus discípulos. Así resulta claro que el fin propio de la verdadera educación no puede ser otro, como Pío XI enseña en su gran encíclica, que el «coope-

rar con la gracia divina a formar el verdadero y perfecto cristiano, es decir, el mismo Cristo en los regenerados con el bautismo... ya que el verdadero cristiano debe vivir vida sobrenatural en Cristo y manifestarla en todas sus operaciones».

Añadamos inmediatamente que por tales motivos «la educación ha de comprender todo el ámbito de la vida humana, sensible y espiritual, intelectual y moral, doméstica y social, no para menoscabarla, sino para elevarla, regularla y perfeccionarla, según los ejemplos de la doctrina de Cristo. Porque la educación tiene una finalidad esencial: formar al «hombre tal cual debe ser, y cómo debe portarse para cumplir el fin para el cual fué creado». Y de esta manera, así como resulta «evidente que no puede existir educación verdadera que no esté totalmente ordenada al fin último, así en el orden actual de la Providencia, o sea, después que Dios se nos ha revelado en su Unigénito Hijo, único camino, verdad y vida, no puede existir educación completa y perfecta si la educación no es cristiana».

Todo ello nos lleva a dos afirmaciones fundamentales en el ámbito docente.

La primera, que la escuela no puede limitarse a ser un centro de mera instrucción científica o profesional. Ha de ser el hogar donde se eduquen los hombres y especialmente los llamados, por su preparación, a ser los guías de su pueblo.

La segunda, que el hombre, todos los hombres, sin excluir a los de ciencia, tienen una dimensión y un destino sobrenaturales que no es posible desconocer en su formación sin mutilar y destruir la personalidad humana.

Para lograr esta íntegra formación del hombre y concretamente del hombre docto, del profesional o del investigador es preciso comenzar por mostrarle la verdad. Mas no todas las verdades tienen el mismo rango. Hay una jerarquía evidente: primero las verdades que atañen al hombre como persona; luego las que se refieren a la técnica que el hombre ha de emplear como profesional o como investigador.

Antes que ser químico o jurista, antes que saber descomponer el átomo y resolver los más arduos teoremas matemáticos hay que tener en cuenta, como decía el Cardenal Mercier, que «existe una profesión distinta de la de médico, abogado o ingeniero, y por cierto —según frase del espiritual escritor francés Ernesto Lavisse— no muy sobrecargada: es la profesión de *hombre*».

Hay que asentar bien la planta en el mundo para conocerlo y conocer la misión que dentro de él le corresponde al hombre sin hacerse acreedor al reproche paulino: «mientras se jactaban de sabios, pararon en ser unos necios».

Se ha hablado repetidamente y con justicia del bárbaro especialista, «Este nuevo bárbaro —dice Ortega Gasset— es, principalmente, el profesional más sabio que nunca, pero más inculto también, el ingeniero, el médico, el abogado, el científico».

Si nos paramos a considerar los hombres salidos de nuestras Universidades ¿podríamos advertir en ellos una fundamental cultura común? En modo alguno. Cada uno se ha polarizado en un sector, a veces minúsculo, de la ciencia y el resto del mundo le es totalmente ajeno.

De esta manera hemos incurrido, por otro camino, en la fragmentación del hombre por lo fragmentario de su formación intelectual; y lo que en el lenguaje ordinario denominamos hombre no es tal, sino aspectos parciales del hombre, que ha perdido sus esencias humanas, amplias, íntegras, totales.

¿Qué han sido las Universidades modernas sino conglomerado y amontonamiento de enseñanza, compartimentos estancos de disciplina autónomas y erizadas? Cuando en el mote griego del medallón renacentista de la Universidad de Salamanca se empleó la palabra *enciclopedia* para traducir la palabra *Universidad*, se hizo, quizás incoscientemente, una desoladora afirmación: el fraccionamiento cultural y la atomización del hombre español.

Tal ha sido el fruto de la llamada cultura moderna que no es algo armónico y unitario, sino yuxtapuesto y enciclopédico. Esa supuesta cultura que considerando siempre fragmentado al hombre, no ha visto su raíz que es índice

de su destino y ha prescindido de Dios y de los valores sobrenaturales con lo cual ha agostado toda auténtica vitalidad.

Por esta ignorancia ha surgido una llamada cultura de signo exclusivamente positivista y materialista que ha menospreciado los valores espirituales y hoy asistimos al más espantoso fracaso de una civilización basada en pilares tan movedizos.

«De esta manera —ha dicho Su Santidad Pío XII— la ciencia apóstata de la vida espiritual mientras se hacía la ilusión de haber obtenido plena libertad y autonomía renegando de Dios se ve hoy condenada a la servidumbre más humillante habiéndose convertido en esclava y casi ejecutora automática de orientaciones y órdenes que no tienen consideración ninguna con los derechos de la verdad y de la persona humana. Lo que a aquella ciencia pareció libertad fué cadena de humillación y envilecimiento; y destronada como está jamás adquirirá la dignidad primitiva sino volviendo de nuevo al Verbo eterno, fuente de sabiduría, tan locamente abandonada y olvidada».

De ahí, la urgente necesidad de volver a la genuina cultura, a la cultura unitaria y unificadora, llena de vitalidad sobrenatural que toma al hombre en la plenitud de su dimensión y cuenta con su destino y se sujeta a un canon inmutable y eterno de moral.

«Si se han abierto simultáneamente escuelas y presidios —ha recordado Ruiz del Castillo— no habrá que atribuir el fenómeno a que la cultura engendra la criminalidad, pero tampoco será lícito seguir afirmando que la cultura, sin más, hace a los hombres buenos y pacíficos».

Porque la ciencia sola puede elevarnos hasta el conocimiento de Dios, pero sólo la humildad y la caridad nos hacen merecedores de recompensa.

«¿Qué te aprovecha disputar altas cosas de la Trinidad —dice Fray Tomás de Kempis— si no eres humilde, por donde desagradas a la Trinidad? Si supieses toda la Biblia a la letra, y los dichos de todos los filósofos, ¿qué te aprovecharía todo sin caridad y gracia de Dios?»

Porque no basta conocer la verdad; es preciso vivirla y actuarla. Por esto no es suficiente que la escuela, la Universidad instruya la inteligencia sino que ha de educar el corazón y mover la voluntad. Inteligencia y voluntad tan estrechamente comunicadas que, como ha dicho Pío XII «de la probidad de una doctrina incorrupta nace también la probidad de las costumbres tanto públicas como privadas».

Y al contrario, también «Las acciones perversas —afirmaba certeramente Concepción Arenal— tienen emanaciones mefíticas y forman densas nubes donde la verdad se ahoga. Cuando una sociedad se pervierte, la atmósfera moral se contamina en términos que hay que elevarse mucho para respirar aire puro».

La escuela, pues, la Universidad, ha de completar necesariamente su labor de enseñar la verdad ayudando a realizarla, esto es, mediante una entera formación moral que abarque no sólo la instrucción sino la actuación eficaz. Y como la perfección del obrar está en la caridad podríamos proclamar como consigna universitaria aquello que Pío XII recomendaba a la Universidad Católica de Milán en el XX aniversario de su fundación: «La Universidad debe ser un ejemplo de verdad luminosa y de caridad ferviente».

La escuela, la Universidad, ha de ser, pues, educativa y no será verdaderamente educativa, no será perfecta, si no es cristiana, porque sólo con una visión cristocéntrica se tiene un conocimiento exacto de las realidades naturales y sobrenaturales que afectan al hombre.

Cierto es que no todos conocen la verdad cristiana y por eso hay que admitir la existencia de formas de educación imperfectas.

Más aún, La Iglesia —cito palabras de la «Divini illius»— «Es tan celosa de la inviolabilidad del Derecho natural educativo de la familia, que no consiente, a no ser con determinadas condiciones y cautelas, en que se bautice a los hijos de los infieles, o se disponga como quiera de su educación, contra la voluntad de sus padres, mientras los hijos no puedan determinarse por sí abrazando libremente la fe».

Pero en el supuesto de que se trate de una escuela católica, ha de tenerse en cuenta «que no basta el solo hecho de que en ella se dé instrucción religiosa». «Para que una escuela resulte conforme a los derechos de la Iglesia y de la familia cristiana, dice Pío XII, es necesario que toda la enseñanza y toda la organización de la escuela: maestros, programas y libros en cada disciplina, estén imbuidos de espíritu cristiano bajo la dirección y vigilancia materna de la Iglesia, de suerte que la religión sea verdaderamente fundamento y corona de toda la instrucción en todos los grados». «Es necesario —para emplear las palabras de León XIII— que no sólo en horas determinadas se enseñe a los jóvenes la religión, sino que toda la formación restante exhale fragancia de piedad cristiana».

He aquí muy sucintamente recordados los principios fundamentales sobre la esencia, fin y ambiente de la educación católica, pero añadamos todavía unas palabras sobre quien tiene derecho a educar.

«Tres son las sociedades necesarias, distintas, pero armónicamente unidas por Dios —nos recuerda Pío XI— en el seno de las cuales nace el hombre: dos sociedades de orden natural tales son la familia y la sociedad civil; la tercera, la Iglesia, de orden sobrenatural». A las tres corresponden derechos en orden a la educación, perfectamente equilibrados.

A la Iglesia le corresponde este derecho por dos títulos de orden sobrenatural y por lo tanto superiores a cualquier otro título: 1.º Por la expresa misión y autoridad suprema del magisterio que le dió su Divino Fundador: «A Mí se me ha dado toda potestad en el cielo y en la tierra. Id, pues, e instruid a todas las naciones, bautizándolas en el nombre del Padre, y del Hijo y del Espíritu Santo; enseñándolas a observar todas las cosas que yo os he mandado»... 2.º Por la maternidad espiritual con que la Iglesia engendra, alimenta y educa a las almas con la vida divina de la Gracia, con sus Sacramentos y su enseñanza».

Conviene, sin embargo, que hagamos alguna reflexión sobre el problema que en la práctica suscita más recelos

y sobre el que se tienen ideas menos claras: el derecho de la Iglesia a enseñar materias profanas.

¡Cristo mandó a sus discípulos que instruyeran a todos los pueblos, pero les mandó que les enseñasen a observar cuanto El les había mandado, esto es, a educarlos como hombres íntegros. No les ordenó, ciertamente, enseñar Geografía, Química o Matemáticas.

Por eso parecería un poco ingenuo fundar el derecho docente en materias profanas en aquellas palabras: «Id e instruid a todas las gentes»...

Pero Cristo mandó educar y fundó a su Iglesia como una sociedad perfecta y soberana para escoger los medios que considere eficaces y oportunos para realizar su misión. La Iglesia educa de mil maneras: «Educa —como recuerda el Sr. Obispo de Astorga e insigne universitario Dr. Mérida— donde quiera que se pone en contacto con las almas; en el púlpito, en el confesionario, en la conversación, en el libro y en toda clase de escritos. Pero siempre ha educado y educa de modo especial en la escuela de cualquier grado que fuere: primario, medio, superior».

El objeto propio de la misión educativa de la Iglesia es como recuerda Pío XI «la fe y la institución de las costumbres». Pero ¿qué duda cabe que para instruir en la fe es necesario, asimismo, instruir en algunas ciencias profanas? y ¿qué duda cabe igualmente que para formar en las costumbres, es momento por demás propicio, que es medio perfectamente adecuado el de la asistencia a la escuela, cualquiera que sea su grado, para aprender los saberes profanos?

«Por esto —dice Pío XI— con relación a toda otra disciplina y enseñanza humana que en sí considerada es patrimonio de todos, individuos y sociedades, la Iglesia tiene derecho independiente de emplearla y principalmente de juzgar en ella de cuanto pueda ser provechoso o contrario a la educación cristiana.

Así pues con pleno derecho la Iglesia promueve el cultivo de las ciencias las letras o las artes en cuanto son necesarias o útiles para la educación cristiana y para su obra de salvación de las almas, fundando y sosteniendo escuelas

e instituciones propias, en toda disciplina y en todo grado de cultura.

«Por otra parte es derecho inalienable de la Iglesia y a la vez deber suyo indispensable —como recuerda la Divini illius— vigilar sobre todo la educación de sus hijos, los fieles, en cualquier institución, pública o privada, no sólo en lo referente a la enseñanza religiosa allí dada, sino también en toda otra disciplina y disposición en cuanto se refieren a la religión moral».

Aclarado este principio que es a nuestro juicio el de más importancia actual en nuestra patria, importa menos referirnos a los derechos de la familia y del Estado. Bástenos recordar que la familia tiene inmediatamente del Creador la misión y por tanto el derecho de educar a la prole, derecho inalienable por estar inseparablemente unido con una obligación estricta; derecho anterior a cualquier otro de la sociedad civil y del Estado y por lo mismo inviolable por parte de toda potestad terrena; derecho inviolable pero no despótico.

Por lo que toca al Estado éste ha recibido de Dios mismo derechos educativos, no a título de paternidad como la familia o la Iglesia, pero sí por la autoridad que le compete para promover el bien común temporal.

Derecho unido al deber del Estado es proteger la educación que corresponde a la familia y a la Iglesia y promover la misma educación e instrucción de la juventud, ayudando la iniciativa y la acción de la familia y de la Iglesia y supliéndolas allí donde no llegue el esfuerzo de éstas.

Tiene además el derecho de exigir a todos los ciudadanos el conocimiento necesario de sus deberes cívicos y un cierto grado de cultura intelectual, moral y física exigido por el bien común.

Pero considerando la primacía de los derechos que a la familia y a la Iglesia corresponden «es injusto e ilícito —como enseña Pío XI— todo monopolio educativo o escolar que fuerce física o moralmente a las familias a acudir a las escuelas del Estado contra los deberes de la conciencia cristiana o aún contra sus legítimas preferencias».

Las disposiciones del Concordato en materia de educación

Supuesto cuanto antecede veamos cuál es el criterio sentado en el nuevo Concordato español.

Tres puntos fundamentales establecen:

- 1.º Ortodoxia católica de toda enseñanza y educación dada en los centros docentes.
- 2.º Obligatoriedad de la enseñanza de la Religión en cualquier clase de tales centros.
- 3.º Reconocimiento del derecho que la Iglesia tiene a fundar centros educativos de toda orden y grado.

El primero de estos principios está contenido en el artículo 26. Según él; con perfecta adecuación a cuanto dispone el Código de Derecho Canónico: «En todos los centros docentes de cualquier orden y grado, sean estatales o no estatales, la enseñanza se ajustará a los principios del dogma y de la moral de la Iglesia católica».

«Los Ordinarios ejercerán libremente su misión de vigilancia sobre dichos centros docentes en lo que concierne a la pureza de la fe, las buenas costumbres y la educación religiosa».

«Los Ordinarios podrán exigir que no sean permitidos o que sean retirados los libros, publicaciones y material de enseñanza contrarios al dogma, y a la moral católica».

Se afirma, pues, como principio, la intuición y educación cristiana de la juventud española y la afirmación de su ortodoxia queda garantizada por la vigilancia de la propia jerarquía eclesiástica.

Aparte de esto, en el artículo 33 se establece que «el Estado, de acuerdo con la competente autoridad eclesiástica, proveerá lo necesario para que en los hospitales, sanatorios y establecimientos penitenciarios, orfanatos y centros similares se asegure la conveniente asistencia religiosa a los acogidos y para que se cuide la formación religiosa del personal adscrito a dichas instituciones.

«Igualmente procurará el Estado que se observen estas normas en los establecimientos análogos de carácter privado».

Con lo cual se completa lo dispuesto sobre educación católica.

En orden a la enseñanza de la Religión, dispone el artículo 27 «el Estado español garantiza la enseñanza de la Religión Católica como materia ordinaria y obligatoria en todos los centros docentes sean estatales o no estatales, de cualquier orden o grado».

Se establece sin embargo una excepción fundada en aquel respeto que según hemos visto, guarda la Iglesia para los derechos que corresponden a la familia: «Serán dispensados de tales enseñanzas los hijos de no católicos cuando lo soliciten sus padres o quienes hagan sus veces».

El Concordato regula con minuciosidad lo relativo al profesorado que ha de enseñar Religión en los diversos centros docentes.

En las escuelas primarias del Estado la enseñarán los propios maestros salvo el caso en que el Obispo del lugar pusiera algún reparo fundado en motivos de religión o costumbres según prevé el Código canónico. Periódicamente enseñará también el párroco o su delegado mediante lecciones catequísticas.

En centros estatales de Enseñanza Media enseñarán sacerdotes o religiosos y subsidiariamente seculares nombrados por la autoridad civil a propuesta del Ordinario diocesano.

En la Universidad y centros superiores lo harán eclesiásticos en posesión del grado de Doctor obtenido en Universidad eclesiástica o del equivalente en su Orden cuando se trata de religiosos.

Se ha pretendido asegurar la capacidad científica del profesorado y en efecto los candidatos que no posean grados académicos de Doctor o Licenciado o equivalente deberán someterse a especiales pruebas de suficiencia científica, ante tribunales compuestos por cinco miembros, tres de ellos eclesiásticos, uno de los cuales ocupará la presidencia.

Pero no basta la ciencia si no se sabe transmitir con pericia. Por eso todos aquellos a quienes haya de confiarse la enseñanza de la Religión tengan o no grados superiores, habrán de someterse a pruebas pedagógicas que se organizarán de común acuerdo para todo el territorio nacional por la autoridad civil y la eclesiástica.

Se ha pretendido asimismo dar todo el rango conveniente a la enseñanza de la Religión y por eso los profesores mencionados, es decir, de los centros estatales gozarán de los mismos derechos que los otros profesores y formarán parte del Claustro del Centro de que se trate. Serán movidos cuando lo requiera el Ordinario diocesano por los mismos motivos que antes indicamos y si la remoción fuese considerada necesaria por la autoridad académica por motivos pedagógicos o de disciplina deberá ser previamente oído el mismo Ordinario.

Para las escuelas no estatales el profesorado de Religión habrá de poseer un certificado especial de idoneidad expedido por el Ordinario cuya revocación priva sin más de la capacidad para la enseñanza religiosa.

No podrán ser adoptados otros libros de texto que los aprobados para la autoridad eclesiástica.

Todo esto en cuanto se refiere a la enseñanza religiosa en los Centros docentes pero el Concordato español contiene una novedad interesante que hace referencia a lo que modernamente viene denominándose cultura o educación popular.

En su artículo 29 dispone: «El Estado cuidará de que en las instituciones y servicios de formación de la opinión pública en particular en los programas de radiodifusión y televisión, se dé el conveniente puesto a la exposición y defensa de la verdad religiosa por medio de sacerdotes y religiosos designados de acuerdo con el respectivo Ordinario».

El tercer punto fundamental contenido en el Código dijimos que se refería al reconocimiento del derecho que la Iglesia tiene a fundar centros educativos de toda clase.

En efecto según se dispone en el artículo 31 «La Iglesia podrá libremente ejercer el derecho que le compete, según el canon 1.375 del Código de Derecho Canónico, de organizar y dirigir escuelas públicas de cualquier orden y grado, incluso para seglares».

«La Iglesia podrá fundar colegios mayores o residencias adscritos a los respectivos distritos universitarios, los cuales gozarán de los beneficios previstos por las leyes para tales instituciones».

Por otra parte en el artículo 30 reitera la independencia de los Centros exclusivamente destinados a la formación de eclesiásticos.

«Las Universidades eclesiásticas, los Seminarios y las demás instituciones católicas para la formación y la cultura de los clérigos y religiosos—dispone dicho artículo—continuarán dependiendo exclusivamente de la autoridad eclesiástica y gozarán del reconocimiento y garantía del Estado».

Con relación al reconocimiento de estudios y grados académicos el Concordato contiene tres disposiciones. La primera de ellas se refiere a los grados mayores en Ciencias eclesiásticas obtenidos por eclesiásticos o seglares, en Facultades aprobadas por la Santa Sede. Se entiende, pues, en Universidades Pontificias donde quiera que estén radicadas; en España o en otros países. Son Universidades de la Iglesia y la Iglesia no limita su territorio a un país determinado.

Tales grados serán reconocidos a todos los efectos por el Estado español, y serán considerados como títulos suficientes para la enseñanza en calidad de profesor titular de las disciplinas de la Sección de Letras en los Centros de Enseñanza Media dependientes de la Autoridad eclesiástica.

La segunda disposición se refiere a los estudios cursados en los centros fundados por la Iglesia a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 y se establece que el Estado procederá de acuerdo con la Iglesia en lo que se refiere al reconocimiento a efectos civiles de los estudios que en ellas se cursen.

Es cosa, pues, que queda un poco sin resolver, al menos por el momento.

Una tercera disposición está contenida en el Convenio de 8 de diciembre de 1946 sobre Seminarios y Universidades de estudios eclesiásticos.

Los alumnos de los Seminarios que además de los 5 años del Curso clásico hubiesen aprobado los 3 años del Curso Filosófico quedarán habilitados para sufrir legalmente las pruebas finales establecidas para la obtención del título de Bachiller.

Aparte de estos tres principios fundamentales podríamos añadir todavía que en las disposiciones del Concordato se

establece un deseo de colaboración entre las enseñanzas eclesiástica y la civil. Así en la Universidad estatal podrán organizarse cursos regulares sobre Teología, Filosofía escolástica y Derecho Canónico, según se dispone en el artículo 28: «Las autoridades eclesiásticas permitirán que, en algunas de las universidades dependientes de ellas, se matriculen los estudiantes seculares en las Facultades Superiores de Sagrada Teología, Filosofía y Derecho Canónico, Historia Eclesiástica, etc., asistan a sus cursos—salvo en aquellos que por su índole estén reservados exclusivamente a los estudiantes eclesiásticos— y en ella alcancen los respectivos títulos académicos.

Por otra parte el Estado en virtud del Convenio que acabamos de citar establece su aportación a los Seminarios de las diversas diócesis españolas y en el artículo 30 del Concordato manifiesta que procurará ayudar económicamente en la medida de lo posible a las casas de formación de las Ordenes y Congregaciones religiosas, especialmente a aquellas de carácter misional.

Ayudará, asimismo, al sostenimiento del Colegio Español de San José, de Roma, en el que residen los clérigos estudiantes que cursan en la Universidad Gregoriana, y a la Residencia de Montserrat, también de Roma, donde se reúne un selecto núcleo de eclesiásticos investigadores.

Estas son, esquemáticamente, las disposiciones del nuevo Concordato en materia de educación, a nuestro modo de ver muy en consonancia con cuanto hemos dicho al afirmar que nos hallamos ante un Concordato de tesis.

¿Qué reflexiones sugiere el Concordato? Para terminar, dos tan sólo. La primera, que el Concordato es un punto de partida. Es la linde que señala a un campo y son los instrumentos que se aportan para trabajar en él. Para hacerlo fructificar será necesario realizar efectivamente ese trabajo.

En segundo término que desde 1753 a 1953 a los dos siglos de andadura la mentalidad de los gobernantes españoles es muy otra. Sin embargo, es muy posible que la obra descristianizadora acentuada a lo largo del siglo XVIII no haya sido ineficaz en la deformación de la mentalidad católica de nues-

tro pueblo y que los gobernantes españoles de hoy mantengan una posición doctrinal y práctica mucho más elevada, más justa y más exacta que la del pueblo a que gobiernan,

A nuestro juicio, el nuevo Concordato de 1953 está muy por encima de la mentalidad media del pueblo español en algunos puntos fundamentales del Derecho público eclesiástico, y concretamente, en el reconocimiento práctico y aún doctrinal del derecho docente de la Iglesia. Pero los gobernantes españoles han cumplido con su deber. Han hecho una afirmación valiente de catolicismo íntegro. Importa afirmar los principios y hemos de tener la esperanza de que esta postura sirva para formar una mentalidad auténticamente católica, como antaño la adopción reiterada y tenaz de actitudes anticristianas sirvió para deformarla.

ISIDORO MARTÍN

*CATEDRÁTICO EXCEDENTE DE D. CANÓNICO
DIRECTOR DEL COLEGIO MAYOR DE S. PABLO*

SOLO EL TESTADOR PUEDE PARTIR SU HERENCIA (*)

I.—*Textos legales*

Dice el art. 1.056: «Cuando el *testador*» hiciere por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes...». Repite el art. 1.058: «Cuando el *testador* no hubiese hecho la partición...». Así pues, según el tenor literal de dichos artículos, solamente se permite partir los bienes que constituirán su herencia al causante que muera testado.

II.—*Puede partir todo causante*

A pesar de que la claridad de la ley no deja lugar a dudas, se ha sostenido que al causante no le es preciso testar para poder partir por sí mismo sus bienes.

Dentro de los que niegan la necesidad de testamento podemos distinguir quien, como DE BUEN, da a la parti-

(*) Aunque quizá sea ocioso, preferimos hacer notar que al hablar de *testador* nos referimos, como lo exige una correcta interpretación del artículo 1.056 relacionado con el 912 del Código Civil, no a todo el que testa, sino sólo a aquel cuyo testamento, además de ser válido y eficaz, contiene disposición de los bienes partidos.

Por otro lado pensamos que no hará falta testamento dentro de los límites en que se admita un tercer tipo de sucesión (sucesión contractual).

ción un mero alcance *divisorio*, de quien, como MARIN LAZARO, le otorga verdadero carácter *dispositivo*.

Para el primero se requiere una norma *dispositiva* básica a la cual la partición se ajuste. Ahora, bien, esa norma dispositiva puede ser tanto un testamento, como la ley. Por consiguiente, el causante que muera intestado puede, no obstante, dividir sus bienes ajustándose a lo que la ley prescribe, tanto en lo que respecta a quienes ésta llama a sucederle, como en lo que atañe a las porciones que correspondan a los llamados.

«El texto del art. 1.056 —dice De BUEN (1)— no autoriza para entender que una persona puede hacer por acto inter vivos la partición de bienes sin que *exista la norma de un testamento o la de la ley*; y de toda suerte, una mera partición hecha ya entre dichos interesados (llamados a suceder), ya con intervención del dueño del caudal, *lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato*, en ningún caso coarta para testar nuevamente...».

Para el segundo (MARIN LAZARO) no sólo no es precisa la existencia de testamento, sino que ni siquiera es necesario que la partición, salvos siempre los derechos legítimos, respete y se atenga a lo ordenado en las normas legales referentes a la sucesión intestada respecto al orden y cuantía de los derechos sucesorios (2). Y así llega a afirmar que debe ser aceptada la validez de la partición de bienes hecha por el causante aunque no le haya precedido ninguna

(1) COLIN y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil, Madrid, 1928, T. VIII, pág. 434.

(2) MARIN LAZARO, La partición de la herencia hecha por actos inter vivos, en Revista general de Legislación y Jurisprudencia, T. 176, septiembre de 1944, págs. 215 y ss. Especialmente págs. 214-15-16-28-30-31-36. Sigue a MARIN LAZARO, al menos a los efectos que aquí nos interesan, RODRIGUEZ-ARIAS, «Efectos de la partición inter vivos», en R. G. L. J., 1952, t. 191, p. 307 y sigs. Afirma éste explícitamente que el término «testador» está empleado impropiaemente por el artículo 1.056 (pág. 345) y que pueden partir «todas aquellas personas que posean la libre disposición y administración de sus bienes» (pág. 324).

disposición testamentaria ni se ajuste al orden de suceder abintestato (3).

Esta segunda tesis nos parece de todo punto insostenible y sin base alguna ni en la ley ni en la jurisprudencia. Dar ese alcance a la partición equivaldría «a admitir un modo de testar no previsto, ni autorizado, ni incluido en el capítulo que trata, en nuestro Código, de los testamentos, y en especial de las formalidades de los mismos» (4). Pero la primera, aunque también la creemos inexacta, como interpretación del art. 1.056, no dejamos de reconocer que ha tenido una base en la sentencia de 13 de junio de 1903.

Dice esta sentencia lo siguiente, lo cual explica la postura de DE BUEN: «El texto del art. 1.056 no autoriza para entender que una persona pueda hacer por acto entre vivos la partición de sus bienes, a que se refiere la sección en que figura dicho artículo, *sin que exista la norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad de aquélla o la norma de la Ley*, pues de otra suerte equivaldría la partición, hecha sin dicha norma, a un modo de testar no previsto, ni autorizado, ni incluido en el capítulo que trata de los testamentos, y en especial de la forma de los mismos... Refiriéndose el segundo párrafo del art. 1.271 al anteriormente citado, al establecer que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al art. 1.056, es claro que dicha diferencia obliga a entender igualmente *que la partición así hecha había de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal a cuyas reglas fundamentales y llamamientos de los interesados de-*

(3) Ob. cit. pág. 236.

(4) Sentencia de 13 de junio de 1903. Y si lo que se pretende es que el «acto *inter vivos*»: a que alude el artículo 1.056 es un acto *inter vivos* en sentido *material*, y no meramente formal, entonces podemos afirmar que se extravasa el ámbito de dicho artículo, pues éste *implica* siempre un acto *mortis causa* en sentido *material*, aunque permita *partir* por un acto que sólo es *inter vivos formalmente*, es decir que no requiere para la partición las *solemnidades testamentarias*. Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «Apuntes de Derecho Sucesorio», en Anuario de Derecho civil 1951, pag. 1.423, nota 243.

berá acomodarse la partición... una nueva partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, *lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato*, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de aquél para testar en cualquier tiempo... y porque semejante coartación implicaría un verdadero pacto sobre la herencia futura que imposibilitaría atender a necesidades imperiosas y legítimas de familia que surjan con posterioridad, debiendo, por lo tanto, limitarse los efectos del contrato al momento *en que por defunción del testador o dueño del caudal hereditario* deba referirse la partición convenida a un estado de derecho que no está en oposición con ella...».

Es decir, con arreglo a los términos de la sentencia aparece que el causante no necesita morir testado para haber podido, cumpliendo la ley, practicar por sí mismo la partición de sus bienes (5). Exigiéndose, en la sentencia, como base de esta partición, una sucesión testamentaria o legal, reiterándose, después, que lo mismo da que tal partición se ajuste a un testamento que a las reglas de un *abintestado*, y terminándose por permitir partir tanto al testador como al *dueño del caudal relicto*, es evidente que no se considera imprescindible el testamento, sino que también se da por válida la partición que se acomode a la norma legal que, en defecto de aquél, regula la sucesión mortis causa de una persona (6).

(5) Así lo entiende también MARIN LAZARO, ob. cit. págs. 214-25-28-31.

(6) Del primer párrafo citado se podría, quizá, entender que se exige, no testamento o norma legal, sino única y exclusivamente testamento. Este testamento podría contener, o expresión de la última voluntad del testador disponiendo de sus bienes en forma distinta de la que lo hace la ley en la sucesión intestada, o una expresión de última voluntad idéntica, en cuanto a su contenido a la norma legal, o disposición testamentaria que remitiese a la legal y expresase ser voluntad del testador que sus bienes fuesen a parar a aquellas personas, en la forma y cuantía, que la ley designaría si hubiese muerto intestado. En una palabra, testamento en el que se disponga de los bienes, o en el que se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada, como dice la sentencia de 6 de marzo de 1945.

Después de visto esto no deja de ser curioso observar que COVIAN, magistrado que fué ponente de dicha sentencia, afirma al escribir (7) refiriéndose a ella: «El repetido artículo 1.056 menciona únicamente y atribuye esa facultad al *testador* y no al *difunto*, y de ahí la inteligencia que le ha dado el Tribunal Supremo con sujeción a la que no se halla autorizada la participación por acto entre vivos sin que exista la norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad»... Y a continuación añade: «La jurisprudencia no admite más que el testamento-partición, o, al menos, que aquél preceda a ésta» (8).

Decimos que esto se podría deducir de ese primer párrafo porque, dado sus términos, cabe la duda. Pero, como al volver los siguientes sobre el mismo punto, y pronunciarse en sentido contrario, aclaran tal duda, es lo cierto que la sentencia tiene el sentido que le hemos dado.

(7) SEIX, Enciclopedia jurídica española, T. XXIV, artículo «Participación de herencia», pág. 360.

(8) Poco antes el mismo COVIAN—ob. cit. pág. 359—había dicho: «Vino el Código civil y prescinde de la especialidad de la partición hecha por el ascendiente... para generalizarla en el párrafo 1.º del art. 1.056 a *todo testador; difunto decía acaso con más propiedad el art. 899 del Proyecto de 1851*».

Esto de entender que hablaba con más propiedad el Proyecto de 1851 porque dijese difunto en vez de testador debería tener como causa el entender, igual que la sentencia, que cualquiera puede partir de esta forma sus bienes aunque no sea testador, aunque no muera bajo testamento, y ello porque, claro está, como en la repetida sentencia se exige testamento o norma legal que disponga de los bienes, puede ser que el testamento falte pero la norma legal no puede faltar nunca, y por tanto todo difunto, todo causante, teniendo como base esta norma, en defecto de testamento, podrá partir sus bienes de la forma que le permite el art. 1.056. Naturalmente que en tal caso es impropio hablar de *testador* y lo exacto sería hacerlo de *difunto* o de *causante*.

Decimos que la causa debería ser esa porque, lógicamente, sólo hablaría el 1.056 *con más propiedad* diciendo *difunto* en vez de *testador* si el partidor pudiese no testar. Pero como esto, según COVIAN, no es posible, resulta que el término *testador* está utilizado con toda propiedad. Sin duda, visto que COVIAN cree preciso el testamento, encuentra la impropiedad en denominar testador al que parte por acto inter vivos, sin tener en cuenta que no se le llama testador porque parta en esa forma, sino porque es preciso, también, que haya testado.

Ante ello cabe pensar que, salvo una confusión de COVIAN, esa única flamante sentencia que permitía partir a *todo causante*, lo hizo porque COVIAN incurrió en error obstativo.

III.—Argumentos en pro de que sólo puede parlar el testador

En definitiva a los que niegan la necesidad del testamento, y a esta sentencia de 13 de junio de 1903 que, interpretando torcidamente el artículo 1.056, da pie a aquéllos para sostener tal postura, cabe oponerles:

Primero: El propio texto legal que lo exige al hablar únicamente de *testador*, ya que sólo el que testa es testador.

Segundo: La opinión de múltiples autores. Así VALVERDE (9), MANRESA (10), ROYO (10 bis), CLEMENTE DE DIEGO (11), SANCHEZ ROMAN (12), MUCIUS SCAEVOLA (13), OYUELOS (14), GOMEZ MORAN (14 bis), BONET (15), CASTAN (16), VALLET DE GOYTI-SOLO (16 bis), etc.

(9) Tratado de Derecho civil español, 4.^a edic. T. V. Valladolid, 1939, págs. 565 y 566.

(10) Comentarios al Código civil español, T. VII, 5.^a edición, Madrid, 1924, págs. 690 y ss.

(10 bis) Derecho sucesorio. Sevilla 1951, pág. 338.

(11) Instituciones de Derecho civil español, T. III, Madrid, 1932, páginas 424 y siguientes.

(12) Estudios de Derecho civil. T. VI, vol. III, 2.^a edic., Madrid, 1910, págs. 1.896 y ss.

(13) Código civil, T. XVIII, Madrid, 1901, págs. 274 y ss.

(14) Digesto, principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español concordado con los códigos americano y portugués. T. IV, Madrid, 1921, págs. 367 y ss.

(14 bis) Tratado teórico-práctico de particiones, Madrid, 1950, páginas 249 y siguientes.

(15) Derecho civil común y foral, Familia y sucesiones, Madrid, 1940, página 619.

(16) Derecho civil español común y foral, Notarías, 6.^a edic. T. IV, Madrid, 1944, pág. 218.

(16 bis) Apuntes de Derecho sucesorio, cit. págs. 1.423 y 1.424.

Tercero: La Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904 que dice así: «*El testador, o sea el que testa, al que se refiere el Código, puede hacer la partición, o por última voluntad, en cuyo caso no existe dificultad alguna, o por acto entre vivos, es decir, después de haber testado, por manifestación que no requiere las solemnidades de los testamentos con o sin la intervención de las personas llamadas al disfrute de los bienes, y esta partición obliga en tanto en cuanto no se perjudique a la legítima de los herederos forzosos; pero cuando no se realizan con estas condiciones, cuando sin la norma y la base de un testamento y sin los requisitos por la ley exigidos para la expresión de las últimas voluntades, hay quien se entretiene en una u otra forma en hacer manifestación sobre la manera cómo hayan de distribuirse sus bienes, esta manifestación, siquiera tenga el carácter formal de partición, no puede producir efecto alguno, ni como testamento ni como contrato... y si el testador quiere practicar por sí, en vida, más particiones, tiene que hacerlas sobre la base de un testamento, pues de otra suerte dejaría él de ser testador... Las particiones legítimamente hechas en vida podrán producir efecto de contrato, pero es después de la muerte del testador, siempre que se refieran a un testamento legalmente válido y subsistente»...*

Cuarto: La sentencia de 6 de marzo de 1917 que también exige testamento.

Quinto: La sentencia de 6 de marzo de 1945 que dice: «La doctrina científica patria más generalizada, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la *dicción, referida premeditadamente al testador (no al difunto, como decía el artículo 899 del Proyecto de 1851)*, entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, *implica siempre un acto de última voluntad*. Siguiendo esa misma orientación la doctrina de esta Sala tiene declarado: *que la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o*

ulterior, en el que se disponga o se exprese el desêo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesi3n intestada (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917)»... (17) (18).

Ante la alegaci3n de estos argumentos creemos que no cabe sino concluir que el art3culo 1.056 s3lo es aplicable al caso de que la partici3n hecha por el *de cuius* tenga como base una disposici3n testamentaria 3nica y exclusivamente, es decir un testamento del mismo.

IV.—*Opini3n de Roca Sastre y refutaci3n de la misma*

Despu3s de esa sentencia de 6 de marzo de 1945 ROCA SASTRE sostiene tajantemente: «Est3 facultado para hacer la partici3n, no solo el testador, sino el causante en general, o sea, incluso quien muere intestado» (19).

Alega ROCA escasas razones. «Dicho art3culo 1.056 del C3digo —dice— habla de testador y no de causante. El Proyecto de 1851 hablaba del difunto, y tambi3n lo hace as3 el art3culo 1.075 del C3digo Civil. La sentencia de 13 de junio de 1903, en rigor viene a declarar que goza de esta facultad de hacer la partici3n de su herencia, tanto el testador como el que fallece intestado, pues en ella se dice que el causante debe sujetarse a la norma de un testamento... o a las reglas de un abintestado». (20)

(17) Sin discutir que la intenci3n de la sentencia de 6 marzo 1945 sea la de aplicar el art. 1.056 s3lo en el supuesto de la existencia de testamento, hemos de observar que su alegaci3n de la de 13 de junio de 1903, para mostrar el camino que antes hab3a seguido la jurisprudencia y razonar as3 el alcance que ella (la S. de 6 marzo 1945) da a dicho art3culo, es equivocada, ya que, como vimos, la orientaci3n de aquella sentencia es distinta.

(18) Tambi3n el Tribunal Econ3mico Administrativo central ha dicho en 6 de marzo de 1951 que el art3culo 1.056 es «interpretado por la jurisprudencia y por los comentaristas en el sentido de que tal partici3n del testador requiere siempre un testamento en forma».

(19) Estudios de Derecho privado II, p3g. 379. Al problema no alude en sus notas a la traducci3n del Derecho de Sucesiones de Kipp, II, p3ginas 34, 35 y siguientes.

(20) Ob. cit. p3gs. 379 y 380.

Fundamentalmente militan en contra de estos débiles argumentos razones mucho más numerosas y de más peso. (20 bis)

Nos parece, en primer término, que es muy de tener en cuenta el propio artículo 1.056, que, siendo el que concede la facultad de partir, sólo habla del testador. Con esto debería bastar. Por si no es así, aun hay más. El artículo 1.057 dice: «El *testador* podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos». O sea, puede encomendar la simple facultad de hacer la partición aquel que puede hacerla por sí: el *testador*. El artículo 1.058 se expresa así: «Cuando el *testador* no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad»... Aquí no observamos por ningún lado la concesión de la facultad de partir al *causante*. En el artículo 1.070 se lee: «La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo *testador* hubiese hecho la partición»...

Frente a todo esto no tiene ninguna fuerza alegar que el artículo 1.075 dice: «La partición hecha por el *difunto*...», para probar que todo difunto pudo partir, ya que aunque se exija testamento para poder partir, no es inexacto hablar de *difunto*, porque no cabe duda que el término cuadra también al testador que ya murió. Se podrá decir que todos los difuntos no son testadores, pero se puede responder que para que se aplique el artículo 1.075 es imprescindible que el testador sea difunto. Este artículo no incurre en ninguna equivocación ni es base para afirmar que puede partir *todo difunto* —causante—, porque sólo le incumbe la misión de enlazar un supuesto de hecho: «cuando la partición hecha por el difunto se encuentre en tales y tales circunstancias», con una consecuencia jurídica: «se producirán tales efectos».

(20 bis) En contra, también, de Roca, acogiendo objeciones que a continuación exponemos (y que aparecieron en el Anuario de Derecho civil, 1918, pág. 921 y sigs.), Gómez Morán, ob. cit. pág. 249 y sigs.

La existencia de particiones hechas por difuntos es algo perfectamente posible, según nuestro Derecho, lo mismo que es perfectamente posible la existencia de un llamado a ser heredero que repudie la herencia. Sin embargo, porque el artículo 1.001 diga: «Si el heredero (21) repudia la herencia»..., no hay fundamento para afirmar que *todo* heredero puede repudiarla. No pueden repudiarla aquellos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de ella (artículo 1.002). (22)

Ni el artículo 1.075 prejuzga que *todo* difunto pueda *partir*, ni el 1.001 que *todo* heredero pueda *repudiar*. Para eso, para decir qué difuntos podían haber partido —los que hubiesen testado— y qué herederos pueden repudiar —los que no hayan sustraído u ocultado ningún efecto de la herencia—, hay otros artículos: el 1.056 y el 1.002.

Hemos de añadir que no solamente no se les debe traer como piezas probatorias, sino que tampoco habría por qué traer a colación el artículo 1.075, ni siquiera para insinuar que al hablar de *difunto* se de pie para entender que la facultad de partir no se reserve exclusivamente al testador. Y esto, porque no es preciso decir: «La partición hecha por el difunto, *que pueda hacer particiones* —testador—»... Y no lo es tampoco: «Si el heredero, *que pueda repudiar*, repudia»... No es necesaria ninguna de ambas cosas porque en la mente de todos está, y la manera común y usual de expresarse así lo indica, que, por omitirlas, ni se modifica lo dicho en el artículo precedente, sobre quienes pueden partir su herencia, ni se permite repudiar, a pesar del artículo 1.002, al que oculta o sustrae algún efecto de ella.

En resumen, para ver a quien concede un derecho la ley, hay que acudir a la norma donde se concede, y, contra lo que ésta diga, no cabe aducir cualquier dudosa interpretación de lo dicho en otras normas, y menos en un supuesto

(21) Aunque, siguiendo la terminología del Código, hablemos de *heredero* es evidente que nos referimos al *llamado*.

(22) Como es a meros efectos de ejemplo preferimos no utilizar el supuesto del artículo 1.001.

como éste, en el que es perfectamente posible y, aun más, marcadamente indicada —en vista de toda una serie de artículos: 1.056, 1.057, 1.058, 1.070— una interpretación del 1.075 que lleve a una solución armónica. Porque es que, a más de todo lo anterior, hemos de advertir que si alguien, como ROCA SASTRE, pudo entender que el artículo 1.075 —al decir: «La partición hecha por el *difunto*»— tiene un comienzo desfavorable para la tesis que mantenemos, no podrá ese alguien negar que el final —«...la voluntad del *testador*»— abona decididamente nuestro punto de vista. (23)

Otra prueba de que nuestro Código permite partir su herencia sólo al testador, es el sistemático cambio que se nota, respecto del Proyecto de 1851, del término *difunto* por el término *testador*.

El artículo 899 del Proyecto —correspondiente al 1.056 del Código— hablaba de difunto. Lo mismo hacía el 902 correspondiente al 1.058— y el 918 —correspondiente al 1.070, apartado 1.º—. En todos ellos se substituyó *difunto* por *testador*. Incluso al recoger el artículo 1.057 del Código, en su párrafo 1.º, el contenido del artículo 900 del Proyecto, se cuidó muy bien el legislador de advertir que quien podía encomendar a otro la simple facultad de hacer la partición de su herencia era el testador. Esto es de tener en cuenta porque el artículo 900 del Proyecto, dando por sabido que se refería al difunto, sólo decía: «La simple facultad de hacer la partición puede cometerse en vida o en muerte a otro cualquiera, con tal que no sea uno de los coherederos».

Todo ello muestra que el hablar el artículo 1.075 —correspondiente al 923 del Proyecto— de difunto no es argumento para justificar la tesis de ROCA. Y menos siendo el único dentro del Código.

(23) Sobre el sentido de *difunto* en su relación con *testador*, en el artículo 1.075, véase nuestro trabajo «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», en Anuario de Derecho civil, 1948, pág. 953.

V.—*Conclusión*

¶ Pero una cosa es que así lo disponga la ley y lo interprete la jurisprudencia, y otra que sea rechazable la regulación legal del particular y creamos preferible, *de lege ferenda*, la solución contraria, es decir la de no exigir testamento. Esto porque, con el respeto debido al texto legal y a su interpretación por nuestro más elevado Tribunal, estimamos que esta solución sería más justa y más lógica, en atención a las siguientes razones:

Hay que distinguir, como es sabido, entre el hecho de *disponer* de los bienes y el de *dividirlos*, y bajo esta base entender el precepto del artículo 1.056, al facultar al testador para hacer la partición de los mismos.

Admitiendo esto, vemos cómo de los bienes, o dispone el testador en su testamento o dispone la ley en las normas que regulan la sucesión abintestato. Pero en uno y otro caso: disposición de bienes. Ahora bien, es lógicamente pensable, prácticamente corriente y tanto doctrinal como jurisprudencialmente reconocido como perfectamente normal, el que un testador manifieste en su testamento su deseo de atemperarse a las normas de la ley, de que sus sucesores lo sean aquellos mismos y en la misma porción que lo hubieran sido abintestato. Tanto en este caso como en el de morir intestado la realidad es que la regulación *material* de la sucesión de tal causante se hará por la norma legal, ya que en ambos supuestos venimos a desembocar en ella, en el uno por disposición de última voluntad, en el otro por falta de esa disposición. Y siendo esto así y siguiendo esa interpretación de la norma del artículo 1.056 (que creemos, como hemos dicho, es la exacta, pero cuya norma no nos parece acertada) resultaría que en el primero de estos dos supuestos podría el causante (testador) partir sus bienes, y en el segundo no, siendo ambos exactamente iguales en aquello que a nuestros efectos interesa. (24)

(24) Lo único que los diferencia, repetimos una vez más, es la existencia de testamento en un caso y su falta en el otro, y precisamente nos

Así pues, en uno y otro caso tenemos una perfecta distinción entre el momento de disposición de los bienes y el de su división, y asimismo perfecta identidad entre ambos momentos de disposición y ambos de división. Ante ello recordemos: *Ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio iuris esse debet.*

Las mismas razones que hay para permitir esta partición del artículo 1.056 si hay testamento, existen para permitir la cuando, en defecto de aquél, se aplique la norma legal, siempre y cuando, en ambos casos, se ajuste la división a lo dispuesto en el uno o en la otra. Luego más acertado, a nuestro entender, hubiese sido haber copiado en el artículo 1.056 el «*difunto*» del artículo 899 del Proyecto de 1851, y no sustituirlo por «*testador*», para, de esta forma, haberle dado el verdadero alcance que la naturaleza de las cosas requiere. Y así, su sentido sería que cualquier causante pudiese partir sus bienes y que esta partición fuera eficaz y válida con o sin testamento (ya que la norma legal reguladora de la sucesión intestada ocuparía el lugar de aquél en caso de su inexistencia) siempre que llevase a la práctica lo establecido en el acto dispositivo, puesto que

parece justificado que, por tal existencia o falta, hayan de variar los derechos y facultades del causante, ya que la voluntad de éste aparece patente, inequívoca y la misma en ambos casos, porque lo mismo el hecho de testar, ordenando se observe lo que dispone la ley, que el de no testar, sabiendo lo la ley dispone, implican el deseo de que la sucesión se ajuste a ésta, de considerarla, podríamos decir, como su *testamento legal*. Aún más, por el simple partir el causante no testador, de acuerdo con la forma en que la ley dispondrá de su herencia; por el simple llevar a la práctica en su partición las disposiciones legales sobre su sucesión abintestato, se reafirma una vez más su deseo de que se cumplan tales disposiciones, cumpliéndolas él en la parte que le afecta, y completándolas en lo que atañe a la división del caudal.

en cuanto excediese de esta medida no *dividiría*, sino que *dispondría*, y el acatarla sería, como tiene dicho el T. S., admitir un nuevo modo de *testar* no previsto ni autorizado en el Código.

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

ALABANZA Y MENOSPRECIO DE LA CONSTITUCION INGLESA

I

Se suele *explicar* la Constitución inglesa señalando los autores, una serie de caracteres que, indudablemente, pueden encontrarse en el proceso constitucional inglés y, sin embargo, no captan su sustancia, pues intentan inmovilizar el caudal vital que desborda cualquier molde o encasillamiento.

Se dice, por ejemplo, que es una Constitución consuetudinaria y, no obstante, existen algunos documentos escritos de gran importancia, como la *Parliament Act de 1911*. Añádese su carácter flexible, aunque se podrían sorprender atisbos de rigidez en el acta anteriormente citada. Además, convendría saber si por flexibilidad se entiende una característica estrictamente jurídica o se alude, también, al contenido sociológico que hay detrás de tal expresión. En este segundo caso se acertaría mejor. (1)

La Constitución inglesa es esencialmente tradicional, evolutiva, pero, ¿se han olvidado las revoluciones de 1649 y

(1) Sir John A. R. MARRIOT, sostiene que la consideración de la Constitución inglesa como flexible frente a otras Constituciones es algo simplemente gradual. «*The mechanism of the modern State*». Vol. I. Clarendon Press Oxford, 1927, págs. 150-151.

1689 fundamentales en el desarrollo del derecho constitucional moderno?

Este proceso constitucional que en 1653 ofreció la primera constitución escrita, el *Instrument of Government*, que abolió la Cámara de los Lores, suprimió la realeza, demostró su intolerancia religiosa, practicó los abusos electorales más corruptos y que conserva, hasta hoy, un cuerpo aristocrático, ha sido el modelo, sucesivamente, del parlamentarismo, de la monarquía constitucional, de la libertad y de la democracia.

Hay escondido en todo esto, diría CHESTERTON, una paradoja, pero ¿cómo surge esa contradicción?

La historia de la Constitución inglesa, vista fuera de Inglaterra o, mejor dicho, analizada por quienes no son ingleses, es la historia de una incomprensión: Tal incomprensión no ha brotado tanto por falta de conocimiento, aunque algo de ello ocurriera, como por el intento desorbitado de querer interpretarla mediante cánones fijos y preconcebidos.

La paradoja brota cuando el espíritu cartesiano contrasta lo que él entiende por Constitución inglesa con algunos de los caracteres que no entran en su esquema. Si, por ejemplo, se estima que la Constitución inglesa es típicamente consuetudinaria, es porque, a diferencia suya, las continentales no lo son y se empequeñece el valor de ciertos documentos escritos de aquella Constitución. Habrá que decir que ciertamente es consuetudinaria, pero... y en ese *pero* se encierran una multitud de posibilidades y de elementos reales que se escurren como el agua entre los orificios de un cesto.

Para comprender la Constitución inglesa hay que situarse *dentro* de su proceso, hay que despojarse de la cantidad de prejuicios políticos que sobre ella se han creado, es menester remontar su curso natural para volver luego y parar en la desembocadura de ese torrente vital.

Naturalmente, si prescindimos del instrumental racional nos encontraremos con otra sorprendente paradoja: La Constitución inglesa no existe. La Constitución inglesa es *introuvable*.

Como lo que se ha entendido por Constitución inglesa, una Constitución consuetudinaria, flexible, tradicional, histórica, no codificada, etc., no es exacto y se nos prohíbe utilizar

tales caracterizaciones, la paradoja salta burlesca diciéndonos: ¡En Inglaterra no hay Constitución!

En efecto, ¿cómo podrá reducirse un trozo de la realidad social, política y moral de un país a patrones racionales? Para los que usan tan sólo métodos formales el resultado lógico es ese: los ingleses carecen de Constitución. No se dan cuenta, tan rígidos intérpretes, que, precisamente, una característica de la Constitución, que con frío escalpelo quieren diseccionar, es su *unreality*, de manera que la Constitución inglesa «no es lo que parece ni parece lo que es» (2).

Los contrastes entre teoría y práctica, las paradojas sorprendentes atormentan a los observadores extraños que no comprenden la intimidad del proceso constitucional inglés.

Aún, en la misma Inglaterra, los autores han interpretado de manera diferente un rasgo original de la Constitución, el llamado *Rule of law*. DICEY (3) lo consideró patrimonio típicamente inglés de supremacía de la ley, igualdad ante la misma y exclusión de tribunales extraordinarios, o sea oposición al *Droit administratif*, mientras que JENNINGS (4) critica la caracterización que hace DICEY del *Rule of law* estimándola como una transposición al plano jurídico de ideas liberales. Hoy, la lenta aproximación al modelo de derecho administrativo es un hecho innegable (5).

El desarrollo constitucional en Inglaterra se ha verificado paulatinamente sin abandonar las viejas fórmulas tradicionales y la teoría constitucional elaborada en el XVIII se ha mantenido aunque la realidad social escape, contradiga o, por lo menos, no se ajuste a tales fórmulas. La afirmación,

(2) Sir John A. R. MARRIOT: «*English political institutions*». Clarendon Press Oxford, 1925, págs. 41-42.

(3) A. V. DICEY: «*Introduction to the study of the Law of the Constitution*», 9.^a ed. con Introducción de E. C. S. WADE, London, 1945.

(4) W. Ivor JENNINGS: «*The law and the Constitution*». 3.^a edición. University of London Press, 1948.

(5) W. A. ROBSON: «*Justice and Administrative Law*». Stevens & Sons. London, 1947.

aparentemente paradójica, de que la Constitución inglesa, «no es lo que parece ni parece lo que es», acierta plenamente.

Ahora bien, como nuestro intento no estriba, precisamente, en trazar una descripción completa de la Constitución inglesa bastará bucear en su fondo, intimar con ella, para lo cual hay que rebasar la superficialidad de unos caracteres meramente formales, cuando no añadidos unos a otros con prurito de agotar la enumeración.

Un país puede poseer una flamante Constitución perfectamente codificada, articulada y, sin embargo, no *vivirla* en modo alguno.

Hay un pueblo en el mundo que ha vivido y vive su Constitución, que la concibe como *modo de vida completo* y éste, es el pueblo inglés. No es extraño que la historia británica sea, por tanto, la de su Constitución, pues ambas se identifican, de modo que al estudiar la historia inglesa estudiamos su Constitución y viceversa.

La Constitución británica es una textura vital, urdimbre que va tupiéndose lentamente o destejiéndose según los casos. Entiéndase bien, no es esto pura metáfora, trátase de una realidad. Como conjunto institucional, la Constitución es simple hallazgo, las instituciones surgieron porque existía una moral política, unas costumbres y su correspondiente vigencia social, antes de que formalmente se establecieran. Esto hace que cambien o, si viene al caso, desaparezcan ciertas instituciones porque ya no se vivían, carecían de base real. La infraestructura de la Constitución es algo dinámico, realmente vivido, que tolera y admite en su seno ciertas situaciones y creaciones antiguas o las desborda el torrente vital sedimentándolas en las orillas. El dinamismo de la Constitución se expresa mejor diciendo que es un río siempre idéntico cuyas aguas cambian constantemente.

Este torrente de vida lleva consigo muchas cosas: instituciones, viejos axiomas jurídicos, usos, costumbres y prácticas políticas, amén de documentos escritos, de diversas épo-

cas, que sobrenadan intactos vivificándose con la vida misma que les rodea (6).

El caudal constitucional inglés es tan original y característico como la vida misma de un pueblo.

Antes de las guerras civiles, la mayor parte de los ingleses creían que las instituciones británicas eran indígenas. Sólo unos cuantos mantenían lo contrario (BACON, SPELMAN y SELDEN). Sir Edwar COKE sostenía el carácter autóctono de la Constitución, señalaba como no derivaba de ningún derecho extranjero ni canónico, ni civil, sino que era el derecho propio del reino florecido de modo maravilloso. Fué durante las guerras civiles cuando Edmund HALL, autor del *Digitus Testium*, publicado en 1650, apuntaba que la cuna de las libertades de los súbditos ingleses se encontraba en Alemania (7).

La conciencia de la originalidad de la Constitución considerándola como algo entrañable, en manera alguna extraño, impulsa a su exaltación.

Su alabanza encuentra acomodo en la obra de Sir John FORTESCUE, *De laudibus Legum Angliae* (c. 1470). El derecho inglés es superior al romano y al derecho privado continental. Mientras en el derecho romano la voluntad del príncipe vale como ley, en Inglaterra aquélla es un elemento subordinado al *common law* y los *statutes* son elaborados por el Parlamento.

El pensamiento de FORTESCUE expresa un realismo constitucional, fruto de su tiempo y contrapuesto al viejo orden feudal. El oportunismo de este autor se oculta bajo el ropaje tomista dispuesto a sentar las bases teóricas de un mo-

(6) Adam FERGUSON (1723-1816) señaló los aspectos imprevisos e inconscientes que determinan el proceso político. Cfr. William Archibald DUNNING: «*A history of political theories. From Rousseau to Spencer*», Macmillan Company. New York, 1953, pág. 66.

(7) Francis D. WORMUTH: (*The origins of modern Constitutionalism*) Harper & Brothers. New York, 1949, pág. 169.

mento constitucional inglés: el del siglo XV (8). El elogio de la Constitución inglesa se exterioriza también en obra *On the monarchy of England*. Existe en este escritor una satisfacción entusiasta por la propia Constitución que se estima como algo connatural al genio inglés. Este pueblo expresa la conciencia de las virtudes de sus leyes por medio de sus teóricos.

Otro escritor del siglo XVI, sir Thomas SMITH, escribe en 1565 *De republica Anglorum*, publicada en 1583, quien considera la Constitución compuesta principalmente por los tribunales, y en este sentido estima que el Parlamento es el más alto tribunal del reino (9). SMITH alaba, igualmente, la Constitución inglesa.

El elogio se continúa por otros, quienes señalan cómo esta Constitución concilia, admirablemente, los beneficios respectivos de la libertad y autoridad (Henry BOOTH, HALIFAX, ADISSON, Algernon SIDNEY) (10). Los autores ingleses están convencidos de la perfecciones de su Constitución, la exaltan con gustosa complacencia, apenas les impresionan las leyes fundamentales de otros países.

Ahora bien, el problema que suscita nuestro interés no consiste en enumerar la serie de autores ingleses que ensalzaron la propia Constitución, sino en contemplarla desde dos puntos de vista: como elogio y vituperio de la misma en una época concreta.

La alabanza y el menosprecio de la Constitución inglesa encuentra el punto álgido en el siglo XVIII; en algunos casos alcanza el aire arrebatado de la polémica (BURKE-PAYNE); en todos ellos tratase de diversas in-

(8) Francisco Elías de Tejada: «Las doctrinas políticas de la baja Edad media inglesa». Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1946, páginas 152, 159. Cfr. también John BOWLE: «*Western political thought*». Jonathan Cape, London, 1948, págs. 225 y ss.

(9) George SABENE: «Historia de la teoría política». Fondo de Cultura económica. México, 1945, pág. 430.

(10) WORMUTH, ob. cit., págs. 166 y ss.

terpretaciones de la Constitución. Esta última afirmación exige que la aclaremos más.

a) Como proceso vital la Constitución inglesa se ha consolidado en unos cuantos documentos escritos que son vida objetivada (*Magna Carta, Bill of Rights, etc.*) apuntando a momentos claves y decisivos en esa marcha continua.

b) La Constitución *vividura* rodea, mantiene y da nuevo sentido a esos momentos objetivados, constituídos en símbolos para el pueblo inglés, de suerte que unos privilegios consagrados por la Magna Carta, en 1215, en favor de los nobles tienen hoy valor actual para un pueblo que ha establecido la democracia y que se integra —diría SMEND— en ese documento básico.

c) El proceso vital jamás se para; continuamente está *innovando* pero *conservando*. Sin renunciar al pasado llega a nuestros días, el caudal se enriquece con nuevos agregados pero también lleva consigo los restos pretéritos. Dura la vida del pasado aunque innovada por los enriquecimientos que se han considerado precisos. Como la misma vida esta Constitución permanece y a la vez cambia, innova y se mantiene merced a hábil transacción entre lo viejo y lo nuevo, de manera que siendo Constitución inmemorial se pueden percibir los hitos más notables de su desarrollo. Así, algunos cambios fundamentales son relativamente recientes (reformas electorales, *Parliament Act* 1949), pero tales aditamentos y retoques inmediatamente quedan subsumidos en el proceso vital y adquieren la prestancia de lo viejo. Las adquisiciones lejanas todavía están presentes; las innovaciones encajan perfectamente y aparecen completamente naturales.

Esta Constitución es intangible, *introuvable*, invisible como la misma vida que nadie toca, encuentra o ve, pero que todos sabemos que existe, se manifiesta y desarrolla.

d) Por eso nada más incomprensible en Inglaterra que el atentado a la Constitución, porque sería ir contra la vida inglesa, contra los mismos usos, costumbres, instituciones, forma de pensar, modos vitales y de comportamiento, contra todas las conquistas del pasado y del porvenir. El juez ordinario decide sobre los abusos que vulneran las libertades fundamentales, el Parlamento lo puede hacer todo, salvo el *ius*

natural, la máxima libertad coexiste con la mayor severidad, el respeto a las instituciones veneradas y a las reglas básicas del juego está suficientemente garantizado sin expedientes ni recursos formales, con las garantías y subsidios de la vida plena. Para desaparecer la Constitución inglesa sería necesario que todo el curso vital quedase cegado en las Islas.

La Constitución inglesa es una *vividura*, manifestación de vida y vida que se proyecta, pura *dinamis*, realidad mutable que se perpetúa.

Como ha quedado sentado que la historia de la Constitución inglesa, hecha por extraños, es la historia de una incomprensión, importa aclararlo un poco más.

La incomprensión, unas veces dimana de la interpretación racional que exalta y celebra sus virtudes y perfecciones; otras, de su vituperio porque se la considera como algo irracional, caótico, imposible de reducir a simetría y unidad.

Igualmente, cabe alabar esta Constitución estimándola desde presupuestos tradicionales y antirrevolucionarios y aunque esta posición sorprende, acertadamente por su cariz vital, la marcha procesal de sus elementos e instituciones, incurre en extravíos porque oculta ciertos prejuicios políticos que quieren apoyarse en un ilustre modelo.

II

¿Deberemos trazar un cuadro completo sobre los autores que han elogiado o menospreciado la Constitución inglesa?

Ciertamente, el posible interés de este ensayo no estriba en la enumeración, forzosamente incompleta, de los autores que han enjuiciado, positiva o negativamente, el proceso constitucional inglés. El objetivo es menos ambicioso. Consiste en subrayar cómo hay un momento en la difusión del constitucionalismo en que la Constitución inglesa se convierte en modelo y es menester considerar los diversos aspectos de tal imitación. Importa, también, comprobar hasta qué punto los elogios y críticas son certeros. Además, hay que

establecer entrambos extremos el posible valor paradigmático de la experiencia inglesa, para lo que es preciso no olvidar el carácter de *vividura* que posee tal Constitución. Constitución.

La admiración por las instituciones inglesas se inicia en Francia. A finales del siglo XVII las nuevas generaciones comienzan a cansarse del absolutismo. Si los episodios de las revoluciones en Gran Bretaña (decapitación de Carlos I, dictadura de CROMWELL) suscitaron reprobación casi unánime, el triunfo definitivo del Parlamento, en 1688, encuentra acogida muy diferente. Nuevas corrientes políticas de dignificación protestante, se difunden con rapidez después de la revocación del edicto de Nantes. Estas corrientes enaltecen los sucesos ocurridos en las Islas y aplauden las ideas triunfantes, en tanto que los libros y escritos del próximo país afluyen constantemente desde 1707. La preponderancia del Parlamento, los cuerpos intermedios, la libertad religiosa se envidian y, por contraste, se anhelan para la propia Francia. Gentes que han vivido en Inglaterra propugnan la monarquía mixta que precisamente existe en aquel país (RAPIN-THOYRAS) (11).

Los contactos con las islas fueron siempre frecuentes. BODINO estuvo allí antes en misión oficial a pedir la mano de la reina Isabel para uno de los hijos de Enrique III, pero ahora se trata de una particular inclinación hacia las instituciones que existen a la otra orilla del canal, es la ardiente simpatía, excitada y favorecida conforme crece la efervescencia política.

Los viajes se multiplican; sabido es la influencia que ejercen, el recuerdo que graban en la imaginación, sobre todo, cuando la estancia ha sido grata y hemos experimentado ciertas satisfacciones, algunas deliciosamente imprevistas o, por lo menos, así creemos que han sido. Después del viaje,

(11) Henry PUGET: «Montesquieu et l'Angleterre», en «La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu». Institute de Droit comparé de la Faculté de Droit de Paris. Sirey. Paris, 1952, págs. 285-286.

el prurito de asombrar e impresionar a los demás, ayunos de ese placer, nos obliga a exaltar todo lo visto y a compararlo, desfavorablemente, con nuestras propias costumbres e instituciones.

Hubo relaciones críticas sobre las cosas inglesas, aunque no negativas, expuestas con fondo de seductora ironía, en francés irreprochable que penetraba maliciosamente dentro de las almas y del estilo y usos de vida ingleses. Son las escritas por la pluma mordaz de VOLTAIRE (12).

Empero, el modelo británico vendrá compendiado para la Francia del XVIII en la Constitución inglesa, y quien aludirá directamente a ella será un aristócrata con experiencia procesal, lector infatigable, buen francés, hijo del siglo, espíritu observador y amante de la libertad, aunque no hasta el punto de querer subvertir en un instante, y por completo, el viejo orden existente: MONTESQUIEU (13).

El problema crucial de MONTESQUIEU podríamos sintetizarlo con esta afirmación que pretende comprender el sentido traslaticio de su obra: cómo se recoge un cúmulo de observaciones, muchas de ellas brotadas a flor de la realidad directamente apreciada, y se transforman en principios con validez absoluta o en reglas de carácter general.

En efecto, el autor de «El espíritu de las Leyes» sustituirá, además, la primacía que había tenido la moral en las consideraciones político-sociales, por el examen de los hechos aunque éstos le servirán de pretexto para teorizar, incurriendo, algunas veces, en generalizaciones exageradas.

Pocos, sin embargo, como el señor de la Brède, supieron señalar los factores decisivos que actúan sobre las leyes. En esto es precursor de la Sociología del Derecho. Ciertamente,

(12) Cfr. las páginas que recoge J. DEDIEU en su útil antología: *«Les philosophes du XVIII siècle (Extraits)»*. 3.ª ed. Librairie A. HATIER. París, s. f., págs. 130 y ss.

(13) Para antecedentes del autor de «El Espíritu de las Leyes», sobre esta cuestión, concretamente el presidente DELAVIGNE, Cfr. M. LE BATTIGNIER GARDOT: *«De Bodin a Montesquieu»*, en *«La pensée politique...»* cit., pág. 52.

las apreciaciones acerca de la acción del clima sobre las instituciones políticas, son discutibles y hasta arbitrarias, pero fué el tributo obligado al relativismo de moda que subrayaba la acción del medio. Algunas observaciones respecto a la imitación de las leyes, están cargadas de buen sentido y, como curiosa paradoja, pudiera acusársele, con evidente malicia, que él mismo no las tuvo en cuenta cuando propugnaba el modelo británico.

Se han preguntado algunos (14) la razón de escoger a Inglaterra para exponer sus ideas liberales en lugar de usar el clásico truco retórico de la utopía.

En aquel tiempo el gusto por las cosas inglesas se había extendido, el aparente juego de las instituciones británicas parecía favorecer la libertad, al contrario de lo que acaecía en el continente. Los autores ingleses eran leídos y comentados apasionadamente. No fué extraño que el antiguo presidente del parlamento de Burdeos intentase beber en aquella fuente las aguas de la libertad. Además, ¿no constituía el ejemplo británico para los continentales una verdadera utopía?

La afición al modelo que para muchos era Gran Bretaña, surgió en el ánimo de MONTESQUIEU particularmente con motivo de su viaje a las Islas en 1723.

Antes había estado en Holanda, lo que le deparó la oportunidad de admirar sus libertades y franquicias a pesar del aspecto lamentable del pueblo. Al paso que va recogiendo datos, comprobando teorías, comparando instituciones, visitando a personalidades ilustres, germina en su mente la traza general de su obra famosa que es un compendio de toda una vida dedicada a la observación, al estudio del pasado en función del presente, expresado en estilo atrayente que servirá de modelo en la literatura política.

No podemos detenernos ahora en las características particulares y generales de «El espíritu de las leyes». Tan sólo nos interesan algunos puntos concretos. Por ejemplo,

(14) Boris MIRKINE-GUETZEVITCH. «*De l'Esprit des lois à la démocratie moderne*», en «*La pensée politique...*», cit., pág. 15-16.

cuando el barón de Brède condiciona la existencia de la libertad al juego de las instituciones, es decir, cuando estas últimas determinan a aquélla en lugar de brotar las instituciones de un clima moral, social, en resumen, vital, que favorece la libertad. No son las instituciones las que flotan en un ambiente liberal respetuoso de la personalidad, sino que la persona encuentra su salvaguardia en las instituciones.

Así MONTESQUIEU, cree que el gran secreto de la Constitución inglesa consiste en la existencia de la separación de poderes y tal es el objeto del famoso capítulo VI del libro XI, lugar común en los estudios dedicados a esta materia puesto que es punto de referencia unánime recogido en los manuales.

MONTESQUIEU conversa con BOLINGBROKE, quien le inicia en los problemas políticos de la Inglaterra de su época, asiste a las sesiones parlamentarias, visita frecuentemente a lord CHESTERFIELD, lee el diario *Craftsman*...

Entonces, este observador incansable anota, discurre, compara y cree entender el enigma británico.

Por lo pronto, según BOLINGBROKE, la Constitución inglesa es una transacción (*a bargain*), contrato entre el Rey y su pueblo; para mantener incólume ese contrato el poder legislativo ha sido conferido a tres instituciones entre las que figura la Corona. Merced a un equilibrio ingenioso se produce una extraña combinación que presta a esta Constitución rasgos de libertad y originalidad.

Ahora bien, todo esto para un continental era demasiado confuso e inexplicable, como no menos paradójico. Parecía a MONTESQUIEU, que los insulares se mostrasen tan orgullosos de su Constitución cuando WALPOLE retenía en sus manos los poderes legislativo y ejecutivo.

En un primer momento, nuestro viajero pronunciará duro veredicto sobre las cosas inglesas:

«Los ingleses no son dignos de su libertad. Se la venden al Rey, y si el Rey se la devolviese se la volverían a vender». Escribe en sus *Notes sur l' Angleterre*.

Pero MONTESQUIEU continúa observando y discutiendo con sus amigos ingleses BOLINGBROKE y PULTNEY que, por añadidura, denuncian los abusos intolerables de

WALPOLE. ¿No será mejor distinguir entre la *vera imago* de este país y los abusos transitorios de un ministro? parece preguntarse el inquieto francés.

Hay en él una voz recóndita que le dice que es en las Islas donde está el lugar de la libertad y como esta especie de deipov político parece no engañar, MONTESQUIEU recitifica y afirma categóricamente:

«Inglaterra es en la actualidad el país más libre del mundo, sin exceptuar república alguna».

Este juicio lo vierte en las mismas «*Notes sur l'Angleterre*», entre 1729 y 1733, es decir, entre el viaje a Inglaterra y la redacción del libro XI de «*L'Esprit des lois*». MONTESQUIEU ha intuído el *sistema de libertad* de los ingleses.

Es curioso observar que sólo tiene fija la mirada en los aspectos más risueños de la vida inglesa: abundancia de gacetas, interés por la vida política, seguridad personal de los ciudadanos, en tanto que, distraídamente, pasa sobre otros defectos más notorios como la corrupción, el apetito por las riquezas, contrastando con la miseria de algunas gentes. He aquí como el señor de la Brède, al pasar elegantemente sobre estos importantes detalles, comienza a crearse una Inglaterra utópica merced a su incompleta visión, que es consideración hecha adrede y no supina ignorancia de lo que a su alrededor ocurre.

¿Qué habría sucedido si MONTESQUIEU en lugar de tratar con políticos aristócratas, lo hubiese hecho con gentes del pueblo, campesinos trabajadores o se hubiera dedicado a esferas distintas de las por él frecuentadas?

Y es que, contrario a lo que se pretende, no se debe visitar un país con ánimo partidista apuntando sólo el lado que nos agrada. Prevengámonos contra este género de relaciones y concedamos, benévolaemente, que uno de los derechos fundamentales de todo viajero es saber inventar, que en cierto sentido es mentir con elegancia.

Si MONTESQUIEU nos dió una visión de Inglaterra particular e inexacta podemos, no obstante, considerar fecundo tal falseamiento teniendo en cuenta las consecuencias concretas que de su dogma de la separación de poderes

(principio abstracto encontrado, inventado en un viaje a Inglaterra) se deducen.

Si la humanidad no dejase inventar y, hasta cierto punto, complicar las cosas a un grupo selecto de hombres, su proceso y cambio se agostaría, hay que valorar las clases de *invenciones* y *mentiras* de que se trata, aparte de que en todo esto del engaño y la confusión en materias políticas, hay mucho que discutir, pues cada época se encarga de acusar de engaño y mentira a la anterior.

MONTESQUIEU nos trajo de Inglaterra un mundo de recuerdos y vivencias como todo viajero, pero, además, construyó sobre él un esquema concreto: la separación de poderes para asegurar la libertad. Conviene apuntar —como lo hace JELLINEK (15) que él mismo se daba perfectamente cuenta de que no se trataba de si en Inglaterra se daba o no la libertad, sino únicamente que sus leyes la establecían (Capítulo VI. Libro XI).

En el «Espíritu de las leyes» utilizaba método semejante al de las utopías: atribuir a un país imaginario —pues la Inglaterra de MONTESQUIEU casi lo es— las virtudes de la libertad para atacar, subrepticamente, los abusos e intolerancias de las monarquías europeas. Ya lo había empleado, agudamente, en las *Lettres persanes*, ahora lo repetirá en un libro acusado, un poco injustamente, de miscelánea ¡cómo si tantos pomposos tratados actuales de Ciencia política no lo fueran!, con la diferencia de que éstos apenas dicen algo nuevo y carecen de esa finura que aletea en «El espíritu de las Leyes», escrito con estilo agudo y penetrante, aunque sin dejar desangelada el alma. La visión inglesa de MONTESQUIEU podrá ser incompleta, parcial, hasta si se quiere arbitraria, pero la Ciencia política le debe dos aportaciones, una de ellas, hoy día, sometida a revisión, otra, sin embargo, llena de actualidad.

1.^a Deducir de una serie de datos vividos, reglas

(15) G. JELLINEK: «Teoría general del Estado». II. Suárez-Madrid, 1915, págs. 292-293.

generales para la organización política. Esta consideración es casi inclinación inevitable de los continentales y su único riesgo consiste en querer reproducir las ventajas de las instituciones creadas por el curso de la vida con sólo esquemas racionales y rígidos.

2.^a Sorprender los elementos contrapuestos en las formas políticas, de manera que, por ejemplo, una monarquía será más perfecta cuanto más elementos republicanos contenga en su seno. Esta observación puede corregir la rigidez de la primera y posee cierta actualidad.

La influencia de MONTESQUIEU se sorprende en otros dos autores: en el inglés BLACKSTONE, que escribió en 1765 «*Comentarios on the law of land*», obra clásica de la jurisprudencia inglesa donde también se percibe la huella de LOCKE, antecesor, como se sabe, del mismo MONTESQUIEU. El otro, es el ginebrino DE LOLME, autor de la obra titulada, «*Sur la Constitution de L' Angleterre*», publicada en Amsterdam en 1771 y reeditada varias veces.

DE LOLME demuestra más originalidad que BLACKSTONE y rechaza los orígenes germánicos de las instituciones inglesas contradiciendo así a MONTESQUIEU. Acentúa, aún más, el mecanismo de la división de poderes.

Estas tres interpretaciones de la Constitución inglesa obedecen a unas líneas racionales, son intentos de encasillar el proceso vital, en que hemos visto consiste aquella Constitución, en moldes rígidos y escuetos y las tres coinciden alabándola.

III

El menosprecio del modelo político inglés sucede rápidamente a la exaltación.

¿Qué ha sucedido para que esto ocurra?

En 1789 las cosas han cambiado, la Revolución francesa supone el apogeo del racionalismo cartesiano aplicado a la política, de manera que a medida que avanza la línea racional, forjadora de instituciones, se abandonan los datos

reales, las consideraciones atentas a la vida concreta, y se insiste en un desarrollo cada vez más abstracto.

La burguesía ha desalojado a la nobleza, las estructuras sociales del antiguo régimen se desmoronan ¿Cómo convencerles de que la libertad puede reinar en un país tradicional aferrado a sus viejas instituciones y distinciones de clase?

La Constitución inglesa es algo irracional, mera ilusión, es un conjunto de usos incomprensibles, de instituciones atrassadas, ajenas al verdadero progreso de la humanidad. La era de la libertad la inaugura Norteamérica al independizarse, al inscribir en su Constitución los derechos del hombre, al sistematizar y codificar lo que en Inglaterra no es sino caos y reminiscencia de viejos privilegios feudales.

Por otra parte, frente al modelo inglés se propone, ahora, el ideal clásico de las polis griegas (ROUSSEAU, MABLY). SIEYES ve con desprecio esa Constitución inglesa. PAINE la critica con sarcasmo y pone en línea, frente a la admiración cuasi religiosa de BURKE, una serie de argumentos fruto de la razón.

Incluso un seguidor de MONTESQUIEU, el italiano FILANGIERI arremeterá contra ella.

La Constitución inglesa, ya no goza del aprecio de los *racionales*, pues es una Constitución gótica, oscura, imposible de exponer claramente para que se pueda aprender *par couer*.

CONDORCET y PAINE admiran la Constitución norteamericana de 1787 (16). SIEYES diseña Constituciones usando sus conocimientos silogísticos, aprendidos en el Seminario. Lanza una serie de dudas y alude a algunas deficiencias de la Constitución inglesa (17) queriendo convencer a sus contemporáneos que no intenten imitarla.

(16) Sobre PAINE Cfr. infra; para CONDORCET, «*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*» (ed. O. H. Prior) París, 1933, págs. 168 y ss.

(17) Emmanuel Joseph SIEYES: «¿Qué es el estado llano? precedido del Ensayo sobre los privilegios» (trad. J. Rico Godoy) Instituto Estudios políticos. Madrid, 1950, págs. 134-139.

Gaetano FILANGIERI, en «*La Scienza della legislazione*», critica las posibilidades corruptoras del Rey que puede comprar los votos, sobornar a los miembros de los Comunes, aún más, a los Lores (18); resalta la inconstancia de esta Constitución, sus cambios sorprendentes (19), el carácter mixto de la misma no le agrada (20) pues la somete a las continuas fluctuaciones entre los diversos cuerpos que se reparten el poder (21). Por otra parte, la soberanía del Parlamento es aleatoria pues cuando existe un Rey poderoso y atrevido cae por tierra (22). FILANGIERI llega a sostener que en Inglaterra existe más licencia que verdadera libertad (23).

Ha cambiado por completo el cuadro: donde antes sólo brillaban las virtudes y perfecciones, ahora oscurecen las sombras y apunta, incluso amenazadora, la opresión. Las esencias racionales se han refugiado en la Revolución francesa y ya se sabe que todos los revolucionarios se apresuran a decirnos, como agudamente señalaba PARETO, que las revoluciones anteriores no habían hecho nada más que engañarnos y que la verdad absoluta comienza con su revolución.

Aquel respeto místico que BURKE profesaba a la Constitución de su país se trueca en irreverencia suma. (24) En su lugar PAINÉ canta la perfección de las Constituciones

(18) Gaetano FILANGIERI: «*La Scienza della legislazione, preceduta da un discorso di Pasquale Villuri*». Felice Le Monnier. Firenza, 1864. Cap. XI, págs. 119 y ss.

(19) *Ibidem*. Cap. XI, págs. 123-124.

(20) Cap. XI, págs. 111-112.

(21) Cap. X, págs. 116-117.

(22) Cap. XI, págs. 117-118.

(23) «*Questa è il governo di una nazione che da un secolo a questa parte richiama a sé tutti gli sguardi dell' Europa; e che oggi è stata nel procinto di richiamarne le lagrime; questo è il governo della Gran Bretagna, dove il principe non può niente senza la nazione, ma può tradirla sempre che vuole; dove il voto del pubblico è quasi sempre contrario alla pluralità de' suffragi di coloro che lo rappresentano; dove si prendono per sintomi di libertà, quelli che infellicemente non sono altro che compensi dell' oppressione; e dove per disgrazia de' suoi abistatori ci è più licenza che libertà*» (Cap. X, pág. 109).

(24) Sobre PAINÉ, A. DUNNING: «*Fragments Rousseau to Spencer*». cit., páginas 113 y siguientes

americanas y francesas, afirmando rigurosamente: «Las constituciones norteamericanas son a la libertad lo que una gramática es a un idioma determinado; definen las partes de su oración e interpretan prácticamente su sintaxis». (25)

Gramática y sintaxis... (26) Lógicamente es imposible que PAINE encuentre gramática y sintaxis en la Constitución inglesa. Tercamente se empeña en no entenderla, así como no menos tenazmente se opone a la obra de BURKE sobre la Revolución francesa sin darse cuenta de que le discute hablando idioma diferente.

BURKE discurre a través de las categorías: *prejuicio*, *herencia*, *sentido común* y *prescripción*. (27) Son las categorías de un realismo que se encuentra bien instalado en su tiempo, en tanto que PAINE quiere con *gramática y sintaxis* organizar de nuevo el mundo. Lo que nos interesa, sin embargo, es su acerada crítica de la Constitución inglesa.

Vista desde la *gramática* y la *sintaxis*, esta Constitución no existe. Un día es esto, otro día, aquello, no es posible encontrar punto alguno que sirva de común referencia. La Constitución es propiedad de la nación y no de quienes ejercen el gobierno, así ocurre en Norteamérica y Francia. En cambio, en Inglaterra, todo, excepto la nación, tiene su Constitución. Cualquier asociación o sociedad la tiene pero la nación carece de ella. (28)

El carácter mixto de esta Constitución suscita las más exacerbadas críticas de PAINE. El gobierno mixto viene a

(25) Thomas PAINE: «Los derechos del hombre» (tra. José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina) Fondo de Cultura Económica. México 1944, pág. 88. Cfr. la comparación con la Constitución francesa, págs. 66-67; 85.

(26) La expresión es feliz, pues contrapone, perfectamente, el racionalismo de la teoría constitucional americana al empirismo británico.

(27) Cfr. J. J. CHEVALIER: «*Les grands Oeuvres politiques. De Machiavel à nos jours*» Colin. París, 1952, pág. 193, 198 y ss.; y el prólogo de Enrique TIerno GALVAN a la traducción de BURKE: «Reflexiones sobre la revolución Francesa» Instituto de Estudios políticos. Madrid, 1954, páginas 18 y siguientes.

(28) PAINE, ob. cit., págs. 121-122; 178 y ss.

ser un *gobierno de esto, eso y aquello*; en tales formas no reinan sino la irresponsabilidad y la corrupción. Los diversos documentos escritos y principios fundamentales de la Constitución inglesa no le merecen respeto alguno. (29)

Según PAINE, «Una Constitución no es cosa que existe sólo de nombre sino de hecho. No tiene una existencia ideal sino real, y donde quiera que no pueda presentarse en forma visible no existe». (30) «Es un cuerpo de elementos al cual uno puede referirse, que se puede citar artículo por artículo y que contiene los principios sobre los cuales debe establecerse el gobierno, la manera cómo debe organizarse, los poderes que debe tener, la forma de hacer las elecciones, la duración de sus parlamentos»... (31)

Naturalmente, si aplicamos el concepto racional normativo de Constitución, que profesa el autor de «Los derechos del hombre», a Gran Bretaña, habrá que concluir que este país carece de Constitución, y así PAINE interroga con aire avasallador a BURKE:

«¿Es qué acaso puede el señor BURKE mostrarnos la Constitución inglesa? Si no puede, debemos, en consecuencia, concluir que, aunque se ha hablado mucho de esto, no existe ni ha existido nunca tal Constitución y, en consecuencia, el pueblo inglés tiene todavía que formar una Constitución». (32)

Por el camino que indica PAINE es imposible encontrar la Constitución británica, pues es una ruta equivocada que no conduce a ese caudal vital en que afirmábamos consiste tal Constitución. El menosprecio de la Constitución inglesa lleva a ese lógico resultado: la Constitución inglesa tan alabada, el modelo en que muchos quieren inspirarse, no existe.

¿Dónde está esa Constitución que tantos admiran?

Si el proceso racional, que enseña a la sazón el mundo, no es capaz de encontrarla, deberemos admitir que

(29) ob. cit., páginas 129 y siguientes.

(30) ob. cit., páginas 64 y siguientes.

(31) ob. cit., página 64.

(32) ob. cit., página 65.

no existe o, por lo menos, que es incapaz de aparecer en un texto codificado, articulado y sistemático como toda buena Constitución.

IV

La consideración normativa racional no es el único modo de aproximación a la Constitución inglesa. Hay otros caminos que se afanan por llegar a la entraña de este proceso vital.

Existe un modo tradicional de estimar las instituciones políticas de Gran Bretaña: el mantenido por la literatura política antirevolucionaria. En ella sobresalen dos autores que vamos a considerar: el inglés BURKE y el francés DE MAISTRE.

Ya hemos dado antes ligeras noticias sobre el primero que escribió la importante obra titulada: «*Reflexiones sobre la Revolución francesa*».

La actitud de BURKE, como ha indicado el profesor TIERNO GALVAN, no es propiamente la de un *contra-revolucionario*, sino, más bien, la de un *anti-revolucionario*. Esto quiere decir que «Burke se opone a la Revolución desde el presente que integra, y en cierta medida realiza el pasado y el futuro, pero lo mismo que se opone a la revolución se hubiera opuesto a la contrarrevolución. Todo lo que altere el orden de una situación actual constituida por la lenta acumulación de sucesivos estratos históricos es para él perturbador. La historia sólo le preocupa en la medida en que la historia compone el presente». (33).

BURKE, precisando aún más, adopta la postura típica del *conservador*. Un conservador que es capaz, a su debido tiempo, de defender las libertades americanas, sorprendiendo así a PAINÉ, pero la esencia de todo buen conservador consiste en saber mezclar, convenientemente, dosis de reacción y de libertad. BURKE es enemigo de toda

(33) Prólogo a la traducción de BURKE, citada, pág. 10.

innovación peligrosa. El principio de la herencia es superior y ha de servir de puntal firme sobre el que se apoyen las futuras reformas.

«La sola idea de constituir un nuevo gobierno es suficiente para llenarnos de disgusto y de horror. Desearíamos, tanto en el período de la Revolución como después, derivar del pasado todo cuanto poseemos como un *legado de nuestros mayores*. Hemos tenido cuidado de no injertar en el cuerpo y tronco de nuestra herencia ninguna rama extraña a la naturaleza del árbol primitivo. Hasta ahora todas las reformas se han hecho respetando el principio del respeto al pueblo; y espero, ¿qué digo?, estoy seguro de que todas las reformas que se realicen en el futuro estarán cuidadosamente basadas sobre análogos precedentes, autoridad y ejemplo». (34)

Con arreglo al principio de la herencia sorprende la naturaleza de la Constitución inglesa:

«Usted observará (se refiere al doctor PRICE) que desde la *Carta Magna* hasta la Declaración de Derechos ha sido siempre la constante política de nuestra Constitución la de reclamar y defender nuestras libertades como una herencia vinculada que llega a nosotros desde nuestros mayores para ser transmitida a nuestra descendencia. Es una condición peculiar y propia del pueblo de este reino, sin ninguna clase de remisión a cualquier otro derecho más general o más antiguo. Por este medio, nuestra Constitución conserva una cierta unidad en la inmensa variedad de sus partes. Tenemos una Corona hereditaria, unos Pares hereditarios, una Cámara de los Lores y un pueblo que ha heredado, a través de una larga línea de antepasados, sus privilegios, franquicias y libertades». (35)

En la admiración por la Constitución de su país, que linda casi con la adoración, BURKE abunda en expresiones

(34) BURKE: «Reflexiones sobre la revolución francesa», ed. cit., página 89.

(35) ob. cit., págs. 92-93.

afortunadas, y, salvando cierta amplificación retórica muy del gusto suyo, puede afirmarse que está mucho más cercano de la sustancia de la Constitución inglesa que cualquier intérprete racionalista de la misma.

He aquí una clara muestra:

«Nuestro sistema político está colocado en justa correspondencia y simetría con el orden del mundo y con el modo de existencia propio de los cuerpos que permanecen, aunque sus partes cambien. Por disposición de la prodigiosa sabiduría que preside el gran misterio de la cohesión de la raza humana, el conjunto, en un momento dado ni es viejo ni joven, ni está entre dos edades, pero se perpetúa constantemente inmutable en medio de las decadencias, de las caídas, de los renacimientos y de los progresos. Así, empleando el método de la naturaleza en la acción del Estado, lo que nosotros mejoramos no es jamás completamente nuevo, y lo que conservamos no es nunca completamente viejo. Quedando así vinculados por estos principios a nuestros mayores, no por la superstición de la antigüedad, sino por el espíritu de la analogía filosófica. Adoptando este principio de herencia, hemos dado a la trama de nuestra política el carácter de una relación consanguínea, uniendo la Constitución de nuestro país con nuestros vínculos familiares más queridos. Hemos hecho a nuestras leyes fundamentales un sitio en el seno de nuestros sentimientos familiares. Hemos guardado celosamente para amarlos con el calor de todos sus combinados y recíprocos afectos, nuestro Estado, nuestros hogares, nuestros sepulcros y nuestros altares». (36)

Este ferviente admirador de la Constitución inglesa se da perfecta cuenta de que su prestigio en el mundo comienza a sufrir graves percances y lanza una afirmación sincera pero que oculta amargo reproche:

«Vuestros jefes en Francia comenzaron por fingir admiración y casi adoración a la Constitución inglesa; pero, según avanzaban, llegaron a mirarla con soberano desprecio». (37)

(36) ob. cit., págs. 194-95.

(37) ob. cit., págs. 143-144.

BURKE ha acertado a condensar con estas pocas palabras el tema concreto de nuestro trabajo: *Admiración* que él califica fingida y soberano *desprecio*; pero ¿no son tanto la alabanza como el vituperio modos de *no entender* la Constitución inglesa?

BURKE, escribe en una grave coyuntura histórica y ya vimos cómo entonces surgió la polémica en torno a la Constitución británica, de manera que lo que había sido elogio o crítica serena de la misma, ahora se transforma en una agria disputa política como la mantenida por PAINE contra él.

El otro personaje que ha de ocuparse de las instituciones británicas es el conde DE MAISTRE.

Si VOLTAIRE y MONTESQUIEU habían trazado la imagen convencional de la Inglaterra libre, DE MAISTRE se encargará de elogiar, como ya lo hizo BURKE, la Inglaterra tradicional.

La confianza que a PAINE le inspiran las Constituciones elaboradas con arreglo a la *gramática* y la *sintaxis* es sustituida por un recelo sumo en DE BONALD y DE MAISTRE.

El autor de *Las veladas de San Petersburgo* repudia las Constituciones escritas y no oculta su admiración por la Constitución consuetudinaria inglesa. (38)

Ahora bien, la inclinación que DE MAISTRE siente por la Constitución inglesa es mesurada. La exalta porque aborrece el apriorismo y racionalismo abstracto de la Revolución, pero es opuesto a su imitación. Cuando las Cortes de Cádiz amenazan realizar su tarea de redactar una Constitución, pensando DE MAISTRE que los españoles iban a intentar transcribir las peculiares instituciones inglesas afirma en una carta:

«Sin duda alguna es conveniente admirarla pero hay que dejarla donde está». (39)

(38) Francis BAYLE: «*Les idées politiques de Joseph de Maistre*» Domat Montchrestien. Paris, 1945, págs. 69 y ss.

(39) Francis BAYLE, ob. cit., págs. 73 y ss.

Igualmente criticará, ásperamente, las Cartas francesas que se inspiraron en Inglaterra. (40) DE MAISTRE envidia, en el fondo, la Constitución inglesa más que la admira. Critica la Carta francesa de 1814 que imita a aquella, acaso porque desea para Francia una Constitución histórica y tradicional, tan buena como la inglesa, pero autóctona. Prefiere una Constitución consuetudinaria que esté basada en la realidad social de un pueblo. Francia deberá desarrollar sus propias instituciones sin tomarlas de préstamo al extranjero. La historia y la tradición van constituyendo a aquéllas pero no se puede establecer de improviso una Constitución copiándola de otro país.

Joseph DE MAISTRE corrige la anglomanía que había predominado en muchos autores franceses. (41) Sitúa las instituciones políticas inglesas en su cuadro nacional y este realismo le salva de incurrir en autopismo respecto a la Constitución británica. Desde luego, la alaba y hasta se sirve de ella para demostrar la falsedad de las teorías roussonianas. (42) aunque en esto no parece comprender bien la entraña del pensamiento del ginebrino que se desentiende de la posible historicidad de sus afirmaciones. Mucho más acertadas son sus críticas de los argumentos de PAINE colocándose, decididamente, al lado de BURKE a quien elogia. (43)

Escapa a los límites de este estudio la estimación del impacto que la Constitución británica ejerció en el pensamiento político español: JOVELLANOS, MARTINEZ MARINA, MARTINEZ DE LA ROSA, ALCALA GALIANO... algunos de ellos emigrados políticos cuya experiencia poseen cierto interés y podría servir para elaborar un curioso ensayo titulado, Teoría política de la emigración política.

(40) Ob. cit., pág. 75.

(41) F. HOLDSWORTH: *«Josep de Maistre et l'Angleterre»* Librairie Honoré Champion. Paris, 1935, págs. 278-279.

(42) HOLDSWORTH: ob. cit., págs. 222-223.

(43) Ob. cit., págs. 225 y siguientes.

V

Si ahora entramos en un terreno más árido, el de la teoría del Derecho constitucional, el análisis nos indicará como Inglaterra ha servido de modelo a numerosas instituciones políticas y significa, en el Derecho público, como dijo gráficamente GNEIST, lo que el Derecho romano en el Derecho privado.

Numerosos constitucionalistas acuden a este modelo: CONSTANT, los liberales alemanes (44), LABOULAYE (45), el italiano PALMA (46) que traza un cuadro bastante acertado de esta Constitución.

También un ilustre catedrático de la Universidad de Salamanca, don Enrique GIL Y ROBLES, enemigo de cualquier forma de liberalismo sospechosa de ortodoxia, elogió ciertos aspectos jerárquicos y tradicionales de la sociedad inglesa. (47)

Hay, además, una teoría moderna de la Constitución, la del alemán Rudolf SMEND, sustentada especialmente en su obra *Verfassung und Verfassungsrecht*, la por él llamada teoría de la integración del Estado, en que éste aparece como realidad vital dinámica que se integra a través de tres

(44) Nos referimos a Karl von ROTTECK (1775-1840) y WELCKER (1790-1869), redactores del «*Staatslexikon oder Enzyklopädie der Staatswissenschaften. In Verbindung mit vielen derangesehensten Publizisten Deutschlands*», 4.^a ed. en 10 tomos, editada por Karl v. Rotteck und Karl Welcker 1.^a Aufl. 15 Bände Altona 1834-1843. Sobre ellos Cfr. Theodor WILHELM: «*Die englische Verfassung und der vormärzliche deutsche Liberalismus*». W. Kohhammer Verlag. Stuttgart, 1928, *passim* y Fernando GARZONI: «*Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken (unter Berücksichtigung der Entwicklung im englischen, nordamerikanischen, französischen und deutschen Staatsdenken)*». Polygraphischer Verlag A. G. Zürich, 1952, págs. 84 y ss.

(45) Edouard LABOULAYE: «*Questions constitutionnelles*». Charpentier Paris 1873, págs. 373-374.

(46) Luigi PALMA: «*Corso di diritto costituzionale*». Volume Primo. Giuseppe Pella. Firenze, 1884, págs. 29 y 30.

(47) Enrique GIL Y ROBLES: «*El absolutismo y la democracia*». Salamanca, 1892, págs. LXXIX y ss. Nota XIX.

integraciones o procesos vitales típicos: personal, funcional y real. (48)

La Constitución para SMEND es la descripción jurídica de la integración total del Estado.

Aunque el jurista alemán no se refiere expresamente a la Constitución inglesa, sus apreciaciones pueden aplicarse a ella, pues, ¿no hemos insistido antes en su carácter vital y dinámico? (49)

En resumen: la alabanza y menosprecio de la Constitución inglesa es la historia de su incomprensión manifestada a través de las interpretaciones racionalistas o antirrevolucionarias de varios autores que se percataron de su importancia. Si la Constitución inglesa, hoy día, puede servirnos a los constitucionalistas es precisamente por la lección que parece dar a los proyectistas de Constituciones: que se abusa demasiado de la *gramática* y de la *sinaxis*, que la normatividad está en crisis porque todo derecho, y el constitucional aún más, es derecho *en situación* y derecho *de la situación*. La Constitución es la vida misma de un pueblo y es inútil intentar con balones de oxígeno dársela desde la norma escrita, cuando la vida no existe, o, lo que es peor, asfixiarla y limitarla desde arriba, cuando la realidad vivida se quiere imponer desde abajo.

PABLO LUCAS VERDÚ

DOCTOR EN DERECHO
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

(48) Rudolf SMEND: «*Verfassung und Verfassungsrecht*» Verlag von Duncker & Humblot. München Und Leipzig, 1928, *passim*.

(49) Recientemente, se ha escrito refiriéndose al derecho constitucional inglés: «*Das Verfassungsrecht ist eine Stömung in dem, breitem Strom des Rechtssystems, und dieses wiederum ist ein integrierenden Teil der englischen politischen Entwicklung im Grossbritannien*». Reinold ARIS: «*Die verfassungsrechtliche Entwicklung im Grossbritannien seit 1933*», en «*Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*» Neue Folge/Band 2. Herausgegeben von Gerhard Leibholz und Hermann v. Mangoldt. J. C. B. Mohr. Tübingen, 1953, pág. 108.

JURISPRUDENCIA

AUDIENCIA TERRITORIAL DE OVIEDO

Con la publicación presente, la Jurisprudencia desaparece como Sección fija de la Revista. En adelante y dentro de la sección que corresponda por su carácter práctico o doctrinal serán comentadas únicamente aquellas resoluciones que por su importancia y trascendencia lo merezcan.

RETRACTO DE COMUNEROS

CERTIFICO: Que en el pleito de que se hará mención se dictó la sentencia que dice: En la ciudad de Oviedo a cuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro.

VISTOS por la Sala de lo Civil de esta Audiencia Territorial, los autos del juicio de retracto de comuneros, que procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Villaviciosa, penden ante la misma en grado de apelación: entre partes de una como demandante y apelada doña A. C. y V., mayor de edad, a sus labores, representada ante esta Sala de lo Civil, por el

Procurador don V. H. M. y defendida por el Letrado señor H. G.; y de otra como demandados y apelantes don M. V. P., mayor de edad, casado, propietario, vecino de Villaviciosa, representadas por el Procurador don L. A. G. y defendidas por el Abogado don A. M. de D.; sobre retracto de la mitad proindiviso de una finca.

ACEPTANDO, los Resultados de la Sentencia apelada que dictó el señor Juez de Primera Instancia de Villaviciosa, con fecha nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que estimando la demanda

debo declarar y declaro: 1.º Que ha sido simulado el precio de doscientas cincuenta mil pesetas que figura en la escritura de venta otorgada en Gijón el día primero de febrero de mil novecientos cincuenta y dos ante el Notario don A. G. V. y por la cual don M. V. P. adquirió de las demandadas doña A., doña I. y doña M. la mitad proindiviso del usufructo y nuda propiedad de la finca que se describe en el hecho primero de la demanda; 2.º Que el precio cierto pagado por la citada mitad proindiviso fué el de ciento cincuenta mil pesetas; y 3.º Que es procedente el retracto solicitado por el precio cierto de la compraventa, y en su consecuencia debo condenar y condeno al demandado don M. V. P. a que dentro de un plazo de tres días otorgue a favor de la demandante doña A. C. V., la correspondiente escritura de venta de las participaciones a que se refiere el hecho segundo de la demanda, recibiendo en el acto el precio de ciento cincuenta mil pesetas, más el importe de los gastos que sean de legítimo abono, que en su caso serán fijados en ejecución de senten-

cia. Sin expresa imposición de costas.

RESULTANDO: Que contra la expresada sentencia, se interpuso por la representación de la parte demandada, recurso de apelación, el cual fué admitido en ambos efectos, remitiéndose los autos a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, en donde una vez comparecida la apelante se tramitó la alzada y comparecida la apelada, se recibió el pleito a prueba a solicitud de la parte apelante, para la práctica de la pericial propuesta, admitida y declarada pertinente por el Juzgado Inferior, la que se llevó a efecto por el mismo Perito entonces designado de común acuerdo por ambas partes, y librada la oportuna carta-orden se unió el informe pericial que en resumen hace constar: 1.º Que el valor en venta de la finca, libre de llevador, en el año mil novecientos cincuenta y dos referido al mes de enero es de pesetas 663.312,30. 2.º Que la extensión total de la finca es de 14 Ha. 46 áreas 50 centiáreas de las que se encuentran 73,60 áreas a pomarada, 194,65 áreas a labor, 124,10 áreas a prado y 10 Ha.

54 áreas 15 centiáreas a monte. 3.º Que el valor de la misma con relación a los pueblos de Camoca y Amandi, es bastante inferior según dejamos apuntado anteriormente. 4.º Que el valor de la finca en relación a los precios de mercado y habida cuenta de que está arrendada es de pesetas (530.849,70) quinientas treinta mil ochocientas cuarenta y nueve con setenta céntimos. Y se señaló para la vista después de una suspensión el día veintitrés de febrero, habiendo tenido lugar tal acto con asistencia de los Letrados de ambas partes litigantes.

RESULTANDO: Que en la tramitación se han observado las prescripciones legales en ambas instancias.

VISTO siendo Ponente, el Magistrado don J. M. F. D.-F.

ACEPTANDO, sustancialmente los Considerandos primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que la alegación de los demandados respecto a la improcedencia de dirigir contra ellas, en concepto de vendedoras, la ac-

ción retractual no puede ser estimada, como con acierto resuelve la sentencia recurrida, ya que planteándose en este litigio, como problema esencial, la simulación del precio de venta de la finca en cuestión, es notorio que la declaración que recaiga en el proceso ha de afectarles positivamente, sino produciéndoles una perturbación civil en el orden patrimonial, interesándolas vivamente en el ámbito de lo oral, al que forzosamente tiene que trascender la resolución que si declara la realidad de la simulación los sitúa como responsables de un engaño, de una falsedad de la que hacen víctima a un familiar de vínculo tan próximo como una hija y una hermana; y ello demuestra el interés legítimo de ser parte en el pleito para mantener en el proceso la misma posición que dicen haber tenido en el contrato; y como por el interés de la parte actora en que la resolución que haga el pronunciamiento respecto al discutido elemento contractual del precio afecte a las demandadas previniendo así la oposición de ellas, posible en otro caso, con fundamento en el principio «*res inter alios judicata*», o la participación posterior en el

pleito de alguna de las maneras que la ley autoriza para intervenir procesalmente a los que sin ser demandados tengan, por interés legítimo, derecho a mostrarse parte en el pleito, no puede estimarse improcedente la presencia de las demandadas en el retracto.

CONSIDERANDO: Que en lo referente a la inadecuación de procedimiento en cuanto implique incompetencia por razón de trámite que excepcionan los demandados con fundamento en que la acción retractual y la impugnación del precio sean dos acciones distintas e incompatibles y, en consecuencia, inacumulables, tampoco es estimable, como acertadamente razona la sentencia apelada, ya que el procedimiento especial del retracto está legalmente establecido para ventilar en el mismo el problema esencial que se integra por los respectivos requisitos que taxativamente exige concurrentes para la resolución que en definitiva proceda a los efectos propios del juicio especial de retracto, ya que todo procedimiento ordinario o especial, recibe, de manera expresa o tácita, de la ley que lo crea o establece todos los medios indispensa-

bles para poder llegar a la fase del pronunciamiento adecuado; y no los tendría el de retracto si bastase para eludirlo la simple alegación de que el precio es simulado para que, a los efectos del retracto, se hubiera de remitir al juicio declarativo ordinario que tendría enervada la acción retractual, durante lo largo de su tramitación contra el espíritu de la ley, claramente revelado en lo corto del plazo de caducidad que señala para su ejercicio en el procedimiento especial en que no haya de disociarse la conexión entre la acción y la excepción alegadas, como tampoco sucede en la Ley de Arrendamientos Urbanos, según pretenden las demandadas, que, al invocar su artículo sesenta y siete entienden que su texto concede al arrendatario dos acciones sustantivamente independiente, la de retracto y la de impugnación de precio, cuando realmente esto último constituye un simple presupuesto de la acción de nulidad, pues el arrendatario en su caso ni puede tantear sino por el precio en que se le ofrezca la finca, ni retraer si no es por el precio que se consigna en la escritura de venta, y para admitirle la impugnación del

precio hubo de establecer una presunción de que es excesivo por exceder de la cantidad resultante de una capitalización a base de la renta contractual; ni tampoco puede estimarse la inadecuación del trámite por la analogía que alegó *in voce* la parte apelante entre el juicio de retracto y el juicio ejecutivo en el cual no son admisibles otras excepciones que las taxativamente señaladas en la ley como adecuadas al mismo, remitiendo el procedimiento ordinario para entender de otras defensiones, porque estos juicios, sumarios y provisionales, que tienen por objeto el cumplimiento de una obligación consignada en documento o acto auténtico que no deja lugar a duda ni a discusión y que la sentencia que así lo declara casi ofrece el carácter de preconcebida difieren esencialmente de los otros juicios que reclaman declaraciones respecto a situaciones de hecho y requisitos de derecho exigidos con carácter de indispensables.

CONSIDERANDO: Que en lo referente al problema fundamental de la simulación del precio se impone primeramente sentar que la obligación

de probar la diferencia del precio figurado en el contrato transmisorio en comparación con el precio real pesa sobre el retrayente en la totalidad de las graves dificultades de su cometido, que, por notorias, deben ser tenidas en cuenta en la delicada operación de la crítica lógico-jurídica de apreciación de las pruebas para no exigirles la apetecible plenitud su demostración prácticamente rayana en la imposibilidad; pues al analizar así los elementos de prueba aportados al efecto de acreditar la simulación, se destaca en primer término: A) Que en el acto enajenador de la finca en cuestión no es presumible maquinación alguna con finalidad obstativa del presente retracto, ni aun en consideración de las discordias familiares alegadas, que no se perciben graves, porque es una realidad, que hasta la ley reconoce y tasa, el interés efectivo que vincula a los propietarios con sus fincas, y más cuando troncales, y por tanto al desprenderse de ellas hasta se suele aceptar una disminución económica para evitar que salgan del patrimonio familiar; otra cosa la explicaría una desafección a sus fincas, inverosímil por no pro-

bada y más inverosímil por proyectarla contra miembro familiar tan próximo como una hija y una hermana; B) Que las cartas presentadas con la demanda, no impugnadas, revelan ciertamente que a la sazón de escribirlas su firmante, hoy demandada, tenía la creencia de la ventajosa valoración en trescientas mil pesetas de la finca cuestionada y también expresan su razonada decisión de venderlas por ese precio, pero no puede prescindirse de la consideración de que no hay prueba que la acredite de conocedora de los valores rústicos, ni puede olvidarse que en tiempos de inestabilidad de los valores dinerarios son frecuentes verdaderas sorpresas ante insospechadas subidas de valor adquiridas por una misma finca en una sucesiva enajenación realizada en escasísimo lapso de tiempo; C) Que los dictámenes periciales, discordes entre sí y ninguno avenido en sus conclusiones valorativas a las respectivas posiciones que contradictoriamente mantienen las partes litigantes, pero en modo alguno presentan el precio escriturado inaceptable por desorbitado; D) Que el giro bancario impuesto en coincidencia de fe-

cha con la de la venta pareció revelar que su cifra de ciento cincuenta mil pesetas sea el precio real de la venta, pero contra su exactitud se alza el que se reconociera que habían de descontarse gastos, y pugna con la actitud que les atribuye la parte actora de construir el artificio simulador que se inicia con la confesión del precio escriturado recibido, que de ser cierta tal actitud simuladora aprovecharía como complemento de presunción de certeza hacer cuantitativamente coincidente el importe del giro con el precio escriturado, pues era muy fácilmente presumible, en tales intentos, que se ponderan afanosos, la utilidad de preconstruir ese principio de prueba para practicarle en demostración de la exactitud escrituraria, o para prevenir la utilización como se hizo por la parte contraria; E) que las declaraciones testificales, es una positiva vaguedad, únicamente revelan rumores de una simulación de precio, pero sin conocer su realidad, ni su cuantía; por todo lo cual se patentiza que no hay base seria para estimar la realidad de la simulación alegada, y mucho menos para fijarla cuantitativamente, en cuya situación es forzoso ate-

nerse a los términos en que la escritura pública hace constar la compra-venta discutida a los efectos de este planteado retracto.

CONSIDERANDO: Que se han acreditado cumplidos los requisitos todos exigidos para que deba prosperar el retracto hasta por reconocimiento de los demandados, que únicamente se oponen a que la consignación reúna los propios de ella, más es evidente que verificada para pago en su caso como expresamente consigna el demandante carece de fundamento la oposición.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para una expresa declaración de costas.

VISTAS las disposiciones legales citadas y demás de general aplicación.

FALLAMOS: Que confirmando en parte y en parte revocando la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Villaviciosa, con

fecha nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y dos y estimando en parte la demanda promovida por doña A. C. y V., debemos declarar y declaramos haber lugar el retracto interpuesto y condenamos al demandado don M. V. P. a que dentro de un plazo de tres días otorgue a favor de la demandante doña A. C. V., la correspondiente escritura de venta de las participaciones a que se refiere el hecho segundo de la demanda, recibiendo en el acto el precio que se declara no simulado sino cierto el de doscientas cincuenta mil pesetas que figura en la escritura de venta otorgada en Gijón el día primero de febrero de mil novecientos cincuenta y dos ante el Notario don A. G. V., más los gastos de legítimo abono, y a las demás demandadas doña A., doña M. y doña I., a estar y pasar por esta declaración. Sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO

Publicamos en este número las sentencias de la Audiencia Territorial de Oviedo, y la del Supremo, sobre un pleito que ha apasionado en estos últimos días del año 1954 a todo el mundo jurídico de nuestra ciudad. Los antecedentes necesarios para aclarar cualquier punto obscuro por la simple lectura de estas resoluciones, puede encontrarlo el lector en las páginas de nuestra Revista, n.º 66 III Trimestre del año 1953, Sentencia del Juzgado de 1.ª instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS. RESOLUCION DE CONTRATO.

En la ciudad de Oviedo a diez y nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres.

Vistos por la Sala de lo Civil de esta Audiencia Territorial, los autos de juicio de arrendamientos urbanos, que procedentes del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta Ciudad, penden ante la misma un grado de apelación; entre partes, de una como demandantes y apelantes, representados ante esta Sala de lo Civil por el Procurador don L. M. S. y defendidos

por el Abogado don A. M. de D.; y de otra, como demandada y apelada la Sociedad «R. A. C. de A.», domiciliada en esta capital, representada por el Procurador don A. A. L. y defendida por el Abogado don C. B. G. B.; sobre resolución de contrato.

VISTO, siendo ponente el Sr. Magistrado Ponente don I. D. C. y de la P.

ACEPTANDO los Considerandos uno, dos, tres, cuatro, cinco y diez y seis de la resolución recurrida en cuanto no se oponga a los siguientes.

CONSIDERANDO: Que las cuestiones planteadas en este recurso quedan polarizadas en determinar: 1.º Si las obras realizadas por el R. A. C. en los locales arrendados, generan la acción rescisoria que invoca el recurrente. 2.º Si existen las perturbaciones posesorias en que se funda la sentencia apelada para estimar parcialmente la reconvención. 3.º Si procede hacer especial declaración en cuanto al pago de costas.

CONSIDERANDO: Que a los efectos de la presente contienda, no cabe discutir, si en efecto hubo una infracción contractual al realizarse las obras del entresuelo, por no haberse recabado la autorización escrita a que se refiere la estipulación primera del contrato de primero de marzo de 1939, porque lo único que interesa para resolver la petición resolutoria contenida en la demanda, es si esas obras tuvieron lugar antes de la vigencia de la Ley de 31 de diciembre de 1946 y si en ese caso, caen dentro de la sanción que establece el apartado b) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, y ello supuesto y a los limitados efectos di-

chos, es innegable el acierto con que aprecia la prueba, el juzgado inferior, al estimar que las obras se ejecutaron con anterioridad a la ley hoy vigente y que están sometidas al imperio de la anterior legislación, y como tanto estas obras, como las posteriores no sirven de fundamento válido para la petición rescisoria, por las razones que se consignan en la sentencia apelada que sería preciso repetir no puede ser dudoso que debe resolverse en sentido negativo la primera de las cuestiones planteadas.

CONSIDERANDO: Que apareciendo reconocido que el R. A. C. en el hecho primero de la reconvención, que para utilizar la cocina que instaló en el año 1949 fué empalmada a la chimenea de la calefacción, no puede ser dudoso que debe rechazarse la reconvención que formula por la interrupción del tiro, de otra chimenea que antes no se utilizaba, pues no ha razón mientras subsista el actual estado de cosas, para duplicar el servicio, ni para alterar precisamente a instancia de la Sociedad recurrida, una situación que ella misma creó; servicio que por otra parte se

verifica con la mayor normalidad, y por lo tanto con ausencia de perjuicio para la entidad demandada.

CONSIDERANDO: Que el objeto de la locación está definido por las cláusulas primera y segunda del contrato y en el mismo no se hace mención de que se transfiera el uso de una carbonera, situada en otro lugar del inmueble, ni costa que por pacto posterior quedase incluido en la locación, sino que por el contrario de otro pleito anterior promovido por el R. A. C., en el que formulaban pretensiones análogas en las de la actual reconvencción, no se hizo reclamación de la citada dependencia, lo que naturalmente permite presumir, que la recurrida, no la consideraba incluida en el contrato, tanto más cuanto que tiene dispuesto otro lugar para atender a dicho menester; motivos los expuestos, que sincréticamente conducen, a desestimar tal punto de la reconvencción.

CONSIDERANDO: Que el paso a través del patio de luces que la sociedad recurrida reclama, no está autorizado por el contrato de loca-

ción ni consta que por posterior convención se le otorgase tal facultad, sin que sea factible dar el contrato en disputa la expansión que pretende la parte demandada, pues una cosa es la posibilidad de un servicio, la comodidad o conveniencia del arrendatario y otra cosa son los derechos de disfrute que fluyen de la locación y a éstos y no a los primeros ha de entender el Tribunal para decidir la contienda, pero además: estos patios están destinados por naturaleza a suministrar luz y ventilación a los cuartos del inmueble, y no al paso, salvo el caso, claro está, que se hubiera otorgado tal facultad por el arrendador en virtud de la estipulación arrendaticia, tanto más cuando — como acontece en el caso de autos — en el patio de luces están instalados aparatos de calefacción y ascensor, cuya conservación, entretenimiento y vigilancia, deben estar bajo el más absoluto control del arrendador, por cuyo motivo procede desestimar también este extremo de la reconvencción.

CONSIDERANDO: Que por consecuencia tampoco es procedente la indemnización

que se decreta en la resolución recurrida, porque ésta es sólo consecuencia de perturbaciones posesorias que, como se ha visto, aquí no existen.

CONSIDERANDO: Que dada la forma en que se resuelve el recurso, no procede hacer especial declaración en cuanto al pago de costas en ninguna de las dos instancias.

VISTOS: Los preceptos legales invocados por las partes y los que siguen el recurso.

FALLAMOS: 1.º Que debemos de absolver y absolvemos a la Sociedad «R. A. C. de A.» de la demanda formulada por doña E. G., contra la Sociedad «R. A. C. de A.». 2.º Que absolvemos a los demandados de la reconvención. 3.º Que no hacemos especial declaración en cuanto al pago de las costas.

Así por esta nuestra sentencia por la que confirmamos la del inferior, en lo que con ella estuviere conforme y por la que la revocamos en lo que no estuviere, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO:
En el recurso de injusticia no-

toria interpuesta por doña E. G. y otros contra sentencia dictada en autos seguidos con «R. A. C. de A.» se ha dictado la siguiente sentencia:

En la Villa de Madrid, a 29 de diciembre de 1954, en los autos seguidos por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Oviedo, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de su Audiencia Territorial, por doña E. G. y otros, contra la Sociedad «R. A. C. de A.», domiciliada en Oviedo, sobre resolución de contrato de arrendamiento y reconvención, pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria interpuesto por los demandantes, representados por el Procurador don E. de la A. P. y defendidos por el Letrado don E. P. G., habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la entidad demandada y recurrida, representada y defendida respectivamente, por el Procurador don E. R. y C. y el Letrado don J. M. M.

CONSIDERANDO: Que desestimada la demanda, como así bien la reconvención, y firme, en cuanto a ésta, el fallo recurrido, la cuestión del recurso se contrae a resolver si

las obras realizadas en el local litigioso, son o no determinantes de la acción resolutoria que se ejercita.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora, aunque declara probado que la entidad demandada «R. A. C. de A.» procedió a realizar obras en el entresuelo de la finca arrendada, consistentes en hacer de dos habitaciones una, suprimiendo el tabique que las separaba y en reducir las dimensiones de otra para a expensas de su superficie hacer un tocador en comunicación con uno de los retretes desestimo la demanda fundándose en que, según el apartado b) del artículo 5.º del decreto de 29 de diciembre de 1931, vigente a la razón, sólo era viable el desahucio cuando las obras originasen una alteración de las condiciones del edificio, o causasen daños en el local de autos de costosa reparación, supuestos que, a juicio de la Sala no se han acreditado.

CONSIDERANDO: Que esto establecido, como es obvio que el fallo omite toda declaración relativa a que los actores prestasen su consentimiento para la realización de

las obras, forzosamente hay que estimar que no lo prescitaron y al rechazar la demanda, por la sola consideración de que no se han acreditado los dos particulares referidos, sin hacer su apreciación jurídica alguna para mantener tal aserto, es claro que también que la Sala incide en la infracción del artículo 5 del Decreto precitado, invoca en el motivo único del recurso, por cuanto es manifiesto que la condición cálida o manera de ser de un edificio se altera modificando y variando de tal modo su distribución y estructura, y así lo viene proclamando este Tribunal Supremo al aplicar la causa 5 del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos —sustancialmente idéntica en su contenido al Decreto mencionado— al declarar que variar la situación de un tabique entre dos departamentos, alterando las respectivas dimensiones de lo que antes constituía uno sólo, y suprimir otro con la consiguiente reparación de un pasillo, son obras que se hallan comprendidas entre aquellas que el arrendatario no puede realizar sin que el arrendador las consiente, haciendo caso omiso de que con tal variación se haya o no bene-

ficiado la cosa arrendada, sentencias de 6 de diciembre de 1952 y 30 de noviembre de 1953 entre otras.

CONSIDERANDO: Que siendo suficiente para la estimación del recurso la naturaleza y circunstancias de las obras referidas, es inoperante a tal fin, que la instalación de una cocina empieza destinada a tal servicio y la transformación de un retrete en urinario, no revistan los caracteres de las obras anteriormente expresadas por no afectar a las condiciones del local y suponer más bien un cambio de los servicios inherentes al edificio arrendado.

CONSIDERANDO: Que asimismo no obsta a la estimación del recurso lo dispuesto en el Decreto de 2 de junio de 1933 puesto que la prohibición de desahuciar al arrendatario está claramente limitada en dicha norma al caso concreto de que éste destinase la vivienda o local a usos distintos de los pactados, que hagan desmerecer la cosa arrendada, sin otro designio que armonizar el apartado b) de tal repetido Decreto con lo estatuido en el artículo 1.569 del Código Ci-

vil, y por tanto sin cercenar para nada la facultad resolutoria en el supuesto de obras practicadas sin consentimiento del arrendador.

CONSIDERANDO: Que por último, que también el fallo recurrido incide en las infracciones que denuncia el recurso, porque lejos de deducirse del contrato de arrendamiento la facultad de realizar obras sin permiso del arrendador, se hallan expresamente prohibidas, por lo que respecto al piso entresuelo, ya que en la cláusula primera del arriendo se estipula, con toda claridad, que no podrán realizarse, en su interior aquellas que alteren su actual estructura, de no mediar autorización concedida por escrito estipulación ésta que puede y debe, producir sus naturales efectos, por lo mismo que, lejos de oponerse a las disposiciones del Decreto de 29 de diciembre de 1931, artículo 13, está de acuerdo en absoluto con las prevenciones del apartado b) del artículo 5.º del mismo, lo que viene a corroborar que no se trataba de obras de mera instalación autorizadas, sino, al contrario, expresamente prohibidas y, en

definitiva, determinantes de la acción ejercitada.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por doña E. G. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, con fecha 19 de diciembre de 1953, y estimando la demanda interpuesta por dichos recurrentes declaramos resuelto el contrato de arrendamiento de los locales que lleva en arrendamiento la entidad «R. A. C. de A.», propiedad de los demandantes

o sea el bajo y entresuelo de la casa de la calle de U. de Oviedo, con apercibimiento de lanzamiento si no lo desaloja dentro del plazo legal, y desestimando la reconvención formulada por dicha Entidad, absolvemos de la misma a los arrendadores demandados, no hacemos especial imposición de las costas del recurso ni de las de la segunda instancia, imponiendo las de la primera a la entidad demandada, y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala que remitió.

DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

CERTIFICACION ADVA. DE SERVIDUMBRE DE PASTOS.

PLANTEA: Si es inscribible una servidumbre de pastos impuesta sobre finca inmatriculada, mediante certificación expedida por un Alcalde.

CONSIDERA: a) Las certificaciones de dominio expedidas por determinadas entidades y corporaciones para inscribir fincas que les pertenecían fueron introducidas en nuestra legislación (por los R. D. 19-VI-1.863 y 11-XI 1.864) con carácter *supletorio* para el caso de que no existiere título escrito de propiedad, carácter que conservan claramente en los arts. 206 L. H. y 14, 18 y 303 R. H., referidos a la falta de título

inscrito, aquél, e inscribible, éstos.

b) Las repetidas certificaciones son *aptas*, en los casos a que se refiere el artículo 199, c) L. H., para inmatricular el *dominio* de las fincas, pero *no son adecuadas* para inscribir «iura in re aliena» que, como la servidumbre de pastos, por su naturaleza, no pueden motivar la apertura de folio registral, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7.º de la citada L.; en tal sentido, de acuerdo con fundamentales principios hipotecarios, debe interpretarse la regla 2.ª art. 303 R. H.

RESUELVE: El documento no es inscribible.

V. Res. 1.º Jun. 43-5-Diciembre-45.

CERTIFICACIONES DE DOMINIO.
 PRINCIPIO DE PRIORIDAD.
 CALIFICACION PERICIAL.

PLANTEA: Si es inscribible la certificación de dominio expedida por la Autoridad eclesiástica para inmatricular una finca que se halla en contradicción con otro certificado presentado con anterioridad en el mismo Registro por un Ayuntamiento.

CONSIDERA: a) El principio de prioridad, deficientemente regulado en nuestra Lg., impone a los Registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí, según se infiere de los artículos 17 y 20 L. H. y se ha declarado reiteradamente por la propia D. G. R. N.

b) Conforme a lo preceptuado en el artículo 18 L. H. y a la doctrina D. G. R. N. sobre el principio de legalidad, los Registradores de la Propiedad para calificar atenderán a los documentos presentados y a los asientos del Registro y deberán examinar

los títulos relativos a los mismos bienes pendientes de despacho para evitar litigios y conseguir la necesaria armonía entre los asientos y los derechos de los interesados.

c) Vigentes dos asientos de presentación de títulos claramente antitéticos y denegada la inscripción del primeramente presentado (por oponerse a ella, en este caso, el artículo 5.º, ap. 2.º R. H.) puede aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 306 R. H. y en su virtud, agotados los efectos del asiento de presentación del título presentado en primer lugar, ha de remitirse por el Registrador copia de los asientos contradictorios a la Autoridad que certificó, para que, si lo juzga conveniente, comunique al Juez de 1.ª Instancia las expresadas copias y antecedentes, a fin de que, cumplidos los trámites señalados en dicho artículo, dicte la resolución que proceda.

RESUELVE: Devolución del expediente para que pueda cumplirse lo indicado.

Res. 31 Marzo 50, 22 Octubre 52.

JUSTIFICACION DE REPRESENTACION.
 FACULTAD PARA ACEPTAR HIPOTECAS.
 HIPOTECA UNILATERAL.

PLANTEA: 1.º Si es necesario que justifique documentalmente su representación el Gerente de una S. A.

2.º Si tiene facultades para aceptar hipotecas.

3.º Caso de no tenerlas, si podrá inscribirse la escritura al amparo del artículo 141 L. H.

CONSIDERA a) El R. N. dispone en su artículo 165 que cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una Sociedad se expresará esta circunstancia e indicará el título del cual resulte dicha representación y el artículo siguiente del mismo texto legal preceptúa que el Notario insertará en las escrituras o incorporará a ellas los documentos fehacientes que acrediten la representación, por lo cual la simple declaración hecha por un compareciente que afirma la subsistencia íntegra de la representación, no cumple lo ordenado en los citados preceptos, ni prueba que el Gerente ejerciera el cargo en el acto del otorgamiento.

b) Los Gerentes de una

S. A. tienen en el ámbito mercantil el concepto legal de factores, según el art. 283 C. de c., a los que son aplicables los preceptos de la Sec. 2.ª, tit. III, lib. II del mismo C.; sus facultades aparecen circunscritas en el artículo 286 de dicho Cuerpo legal y en el 76 de la L. S. A., que se refieren, para delimitarlas, al giro y tráfico de la empresa, aunque la jurisprudencia y la doctrina requieran, en general, una autorización especial para llevar a cabo actos de riguroso dominio.

c) El artículo 1.713 C. c. exige para hipotecar mandato expreso y, según el artículo 139 L. H., el apoderado, para constituir hipotecas, necesita «Poder especial bastante»; pero ambos preceptos *se dirigen con preferencia al deudor*, respecto a quien la constitución de hipotecas constituye indudablemente *acto de riguroso dominio* y no al acreedor, en el que, para aceptarlas, es *suficiente la capacidad general para contratar*.

d) La hipoteca establecida por voluntad unilateral, conforme a los artículos 141 L. H. y 237 de su Reglamento, no debe ser consecuencia de un defecto de capacidad o representación en el acreedor,

sino que *debe constituirse con aquel carácter* para producir los especiales efectos señalados en tales normas.

RESUELVE: 1.º Declara subsanable el defecto de falta de representación en el Gerente.

2.º Reconoce facultado al Gerente para aceptar hipotecas.

3.º No procedería la aplicación del artículo 141 L. H.

Res. 30 Julio 1917, 25 Febrero 1929, 13 Mayo 1933 y 6 Diciembre 1947.

CALIFICACION REGISTRAL.
REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES.

PLANTEA: 1.º Si las resoluciones judiciales acordadas para la práctica de una anotación preventiva deben insertarse literalmente en el oportuno mandamiento.

2.º Si este mandamiento puede ser sustituido o completado por certificación de los autos.

CONSIDERA: a) Los Registradores de la Propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 999 R. H., que sintetizó reiteradísima jurisprudencia, se hallan facultados para calificar las formalidades extrínsecas y ciertos

requisitos de los documentos judiciales, a fin de que cuando hayan de producir asientos en el Registro se ajusten a las normas jurídicas materiales y formales aplicables.

b) Conforme a lo establecido en el artículo 257 L. H., para que las citadas resoluciones judiciales puedan inscribirse o anotarse, salvo cuando se trate de sentencias y determinados autos firmes, deberá el Juzgado expedir el mandamiento correspondiente, prevenido en el art. 288 L. E. Cv., el cual se presentará por duplicado en el Registro y una vez despachado, se devolverá uno de los ejemplares y se archivará el otro, *sin que tales documentos puedan*

ser substituidos, dados los términos imperativos empleados por la Ley al exigir este requisito formal.

c) Aunque el artículo 165 R. H. ordena que en el mandamiento se inserte «literalmente el particular de la resolución en que se haya dictado y su fecha» y esta clara disposición no aparezca observada por el extracto de la providencia recaída, la *naturaleza «extrínseca»* del defecto advertido, la finalidad cautelar de la medida —adoptada

en forma, según acredita la certificación complementaria aportada— y el *necesario espíritu de colaboración* que debe animar a los funcionarios para la mejor realización del Derecho, *aconsejan*, en el presente caso, estimar subsanado el defecto.

RESUELVE: Declara subsanado el defecto.

Res. 3 Agosto 1864, 19 Octubre 1864, 24 Enero 1905, 23 Enero 1805.

A. DE LA ESPERANZA
NOTARIO

VIDA DE LA FACULTAD

EL DR. SILVA MELERO, RECTOR MAGNIFICO DE NUESTRA UNIVERSIDAD

Por haber sido designado el Excmo. Sr. D. Torcuato Fernández Miranda, por el Excmo. Sr. Ministro de Educación, Director General de Enseñanza Media, ha sido nombrado Rector Magnífico de nuestra Universidad, el Dr. Don Valentín Silva Melero, Catedrático de Derecho Penal y Vice-Decano de la Facultad en el momento de su designación.

La Revista tiene contraída con el Dr. Fernández Miranda una impagable deuda de gratitud en esta segunda etapa de su vida. Ha sabido impulsar con mano firme unos pasos iniciales que por fuerza eran vacilantes, y dar a cuantos trabajamos en ella, la más justa, la más serena y la más entrañable crítica de la que nacía siempre algo mejor para nuestra querida Revista, y supo perdonar los muchos defectos que, pese a todo, se cometían. Nuestro deseo es llegar a realizar lo que él quiso que fuera la Revista de su Facultad.

Si el sentimiento por la pérdida de su magisterio pudiera amminorarla el respeto y afecto a la persona de quien lo sustituye, nuestra pena quedaría anulada por lo que sentimos por quien hoy rige los destinos de nuestra Universidad. Colaborador asiduo de la Revista, identificado en lo más íntimo de su corazón en los problemas todos de esta Universidad, doblemente suya, tiene el firme y decidido propósito de dar nuevo y definitivo impulso a esta publicación.

Desde estas líneas renovamos con el más sincero propósito, la firme promesa de nuestra leal adhesión y colaboración al Excmo. Sr. D. Valentín Silva Melero, Rector Magnífico de nuestra Universidad, los mismos que un día expresamos, con firme decisión de mantener, a D. Torcuato Fernández Miranda.

BIBLIOGRAFIA

NOTICIAS DE LIBROS Y RECENSIONES

D. CIVIL

JOSE BELTRAN DE HEREDIA, Catedrático de Derecho civil.—“*La comunidad de bienes en el Derecho español*”, 389 páginas.— Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1954.

En el capítulo primero —de los doce que en total comprende el libro— el autor considera la comunidad en su sentido genérico o amplio, o sea equivalente a cotitularidad. Partiendo de aquí se van trazando con mano segura los rasgos necesarios para delinear el concepto específico de comunidad, es decir, para darle su significado técnico, que se concibe como una especie de cotitularidad aplicada a los derechos reales. A renglón seguido plantea la existencia de dos clases de comunidad: la comunidad por cuotas partes y la comunidad en mano común. Mas como para estudiar ambas y estar en condiciones de ahondar en sus diferencias es preciso, antes, trazar claramente las fronteras entre comunidad y sociedad, el autor, pasa a estudiar en el capítulo segundo el binomio comunidad-sociedad.

En dicho capítulo segundo se plantea el problema de la distinción entre comunidad y sociedad, se apuntan los diversos criterios utilizados para hacerla, pero, en vez de seguir, sin más,

uno u otro, se prefiere hacer una revisión de todos ellos, siguiendo las vicisitudes que para el Derecho presentan ambos tipos de relaciones jurídicas: origen, intención que las partes persiguen, fin objetivo que se trata de obtener en cada unas de las relaciones, naturaleza jurídica de las mismas, organización de ellas, y —finalmente— personalidad jurídica que, como sujeto de derecho distinto aparece atribuida en nuestra legislación, tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles. De esta forma queda trazada, por un conjunto de notas diferenciales, que aquí no es posible recoger, por razón de espacio, la separación entre comunidad y sociedad. Pudiéndose entrar ya de lleno —en los capítulos tercero y cuarto, respectivamente— en el estudio de las clases de comunidad: en mano común o germánica, y por cuotas o romana.

De aquélla, después de un examen en su perspectiva histórica y en su vigencia actual en ordenamientos jurídicos extranjeros, se plantea la cues-

ción de su existencia en el actual Derecho español. Observa el profesor Beltrán de Heredia que la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y la Dirección general de los Registros y del Notariado, han concretado tal cuestión a los siguientes casos: comunidad conyugal de bienes, comunidad hereditaria, aprovechamientos comunales de pastos y leñas, y sociedad civil sin personalidad. Entrando en el examen singular de los mismos se llega a las siguientes conclusiones. Respecto del primero, «aunque presente algunas semejanzas con la comunidad en mano común, no tiene nada que ver con ella. Se trata simplemente, de una comunidad de bienes, especial, de Derecho familiar». Respecto del segundo, es cierto que determinadas notas de la comunidad hereditaria son similares a las que presenta en mano común «pero, en modo alguno justifican su catalogación como un tipo de la misma». Respecto del tercero, realmente encierra una «comunidad de disfrute comprendida evidentemente dentro de los supuestos que permite contemplar el artículo 392 del Código civil, que posibilita la constitución de una comunidad no sólo del derecho de propiedad sino también de otros derechos reales». Respecto del cuarto, habida cuenta de que el artículo 1.669 del Código civil niega la personalidad a aquellas sociedades que mantienen secretos sus pactos entre los socios, y en las que cada uno de estos contrata en su propio nombre con los terceros, podría plantearse el problema de si surgiría entre estos una comunidad germánica, pero ha de desecharse la respuesta afirmativa, porque el mismo artículo en su párrafo, segundo dice que esta clase de sociedades se regirán por las disposicio-

nes relativas a la comunidad de bienes, e, indudablemente, estas disposiciones no pueden ser otras que las que en dicha materia tiene establecidas nuestro Código civil, en los artículos 392 y siguientes, atinantes a la comunidad por cuotas, única que dicho cuerpo legal recoge. En conclusión —sostiene el profesor Beltrán de Heredia— «en el ordenamiento jurídico español, influido por los principios individualistas de la época de la codificación civil, no se recogió la forma de comunidad germánica o en mano común, inspirada en los principios colectivistas típicos de todo el Derecho germánico».

De la comunidad por cuotas examina su origen y desenvolvimiento en el Derecho romano y su admisión en el Derecho español, para el cual piensa que en la actualidad la expresión aquella puede ser sustituida por la de comunidad de bienes, entendida en el sentido, antes expresado, de comunidad de derechos reales, que presenta —siempre dentro de nuestro Derecho— la posibilidad de ser aplicada lo mismo a la propiedad que a los derechos reales de goce y de garantía.

Dedicase especial atención —en el capítulo quinto— a la naturaleza jurídica de la copropiedad, acogiéndose la teoría denominada de la propiedad plurima total, a tenor de la cual concurren sobre la cosa en su totalidad diversos derechos de propiedad plenos, que resultan limitados, cada uno de ellos en su ejercicio, por la coexistencia de los demás.

Del capítulo sexto en adelante se expone el régimen legal español sobre la comunidad de bienes o sea sobre la comunidad por cuotas partes, de forma que queda tratado con todo de-

talle lo referente a la estructura jurídica de la comunidad, a posesión de las cosas comunes, al uso y disfrute

de éstas, a su conservación, disposición, administración y mejor disfrute, y a la extinción de la comunidad.

JOSE PUIG BRITAU, Abogado, Vicedirector del Instituto de Derecho comparado de Barcelona. — "*Fundamentos de Derecho civil*".

Tomo III, *Derecho de cosas*, 639 páginas. — Editorial Bosch. Barcelona, 1953.

Tomo II, volumen I, *Doctrina general del contrato*, 430 páginas. Editorial Bosch Barcelona, 1954.

Nos vamos a referir conjuntamente a estos dos volúmenes del libro de Puig porque es posible formular un juicio unitario de ellos.

El primero, con el que se comienza la publicación de la obra, se distribuye en once apartadas con numeración romana, lo que, a su vez, se subdividen en apartados bajo numeración árabe.

Los apartados tratan de:

I El derecho real: noción, concepciones personalista y clásica, crítica y síntesis de ambas, diferencias con el derecho de crédito, figuras intermedias entre ambos y clasificación de los derechos reales.

II La posesión: concepto, fundamento, clases, adquisición, efectos de su existencia, pérdida, efectos de la misma y examen especial del artículo 461.

III, IV y V La propiedad: Terminología, concepciones romana, medieval y moderna, la expropiación, la extensión en sentido vertical, el hallazgo del tesoro, las acciones protectoras, las limitaciones y la adquisición y pérdida.

VI La comunidad y el condominio: ideas generales, comunidades reguladas

en nuestro Derecho, el condominio, y la propiedad dividida.

VII Usufructo uso y habitación. Dedicada al uso y a la habitación sólo tres páginas al final del apartado, el resto se refiere al usufructo, versando sobre: concepto, origen y evolución histórica, modernas colificaciones, concepto en nuestro Código civil, si es una servidumbre, límites, constitución, contenido normal, causas de extinción, y usufructos especiales.

VIII Servidumbres: concepto, razón histórica del mismo, concepto legal de las prediales, caracteres, clasificación, constitución, régimen y contenido, modificaciones, extinción, y tipos especiales de servidumbre.

IX Censo, enfiteusis y superficie. Donde se trata de: conceptos generales, las cargas reales, posición de los censos en nuestro Código civil, la enfiteusis y su equiparación a estos en dicho Código, reglas comunes a todos los censos, reglas especiales para los consignativo, reservativo y enfiteusis, y —por último— derecho de superficie.

X Derechos reales de garantía. Se examinan los conceptos fundamentales y la situación de tales derechos

en los códigos modernos. Posteriormente se pasa al estudio singular de la prenda, de la hipoteca, de la prenda sin desplazamiento y de la anticrisis, precedido de un análisis de las disposiciones de nuestro Código comunes a dichas figuras.

XI Derechos reales de adquisición: concepto general, clases, retractos legales, y problemas suscitados por la colisión de retractos y por la pluralidad de retrayentes.

El segundo, siguiendo igual camino en la distribución de la materia, abarca nueve apartados:

I Concepto de contrato: consideración preliminar acerca de las fuentes de las obligaciones en relación con el Derecho contractual, formación del concepto, justificación de la fuerza vinculante del contrato en la doctrina moderna, el concepto en ésta y en las actuales legislaciones, conceptos afines, y deformación de la noción de contrato.

II Concepto y elementos del contrato en el Derecho español: concepto de aquél en el Código civil, la autonomía de la voluntad y sus límites, los requisitos o elementos: la capacidad, la declaración, y examen especial de los vicios de la voluntad.

III Objeto, causa y forma de los contratos.

IV Preparación y perfección del contrato: distinción de fases en su vida, la perfección —oferta y aceptación— y el problema de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* y *post contrahendum*.

V Eficacia del contrato: su relatividad, eficacia entre las partes y sus causahabientes, eficacia frente a tercero y examen del contrato a favor de éste.

VI Interpretación del contrato: el problema que ésta supone, interpretación en sentido propio y conceptos afines, normas atinentes a la misma que contiene el Código civil, e interpretación y casación.

VII Ineficacia del contrato: sus diversos tipos, nulidad, anulabilidad (confirmación de los contratos anulables), rescisión y resolución.

VIII Incumplimiento del contrato: consideración general, examen especial de la revisión del contrato por causa de la alteración de las circunstancias, y examen del problema de las condiciones implícitas.

IX Clases de contratos. Donde se estudian dos problemas: el de los tipos contractuales y su clasificación, y el de los contratos atípicos.

En los dos volúmenes, cuyo contenido en concreto acabamos de reseñar, Puig Brutau ha luchado con el carácter consagrado de muchos principios. Como advierte el profesor Fernández Villavicencio, aunque no se pudiera decir más, bastaría para respetar la obra, su procurado y valiente choque con la miseria de los tópicos.

Caracteres muy acusados de la misma son:

1.º Un gran esfuerzo por tratar de mejorar la construcción del Derecho civil español, especialmente sobre la bibliografía usual. El autor, por sistema, utiliza como fundamental bibliografía anglosajona. Frente al material que de ésta maneja, la normalmente empleada en España, aparte de la nacional, —alemana, italiana o francesa, ponemos por caso— pasa a segundo término. Ello tiene un indudable interés, pero no está exento de objeciones, no ya por el traer a colación autoridades desconocidas, a veces, para el gran público jurídico español (cosa

que en sí no es mala, en cuanto procura llenar una laguna), sino por el basar en, o tomar de tales autoridades afirmaciones o puntos de vista que, al fin y al cabo, se hallan por ejemplo, igualmente en autores alemanes, italianos o franceses (por referirnos a los extranjeros) aquí más conocidos. No es preciso, como ocurre en algunos casos, ir a buscar en artículos de revistas americanas o inglesas, algo que, en definitiva se encuentra dicho en Thering o en Windscheid. Indudablemente puede ser que haya sido parcial nuestra doctrina al no manejar mucho que digamos la anglosajona, pero supondría un juicio sin duda excesivamente desfavorable, considerar que la fundamental es ésta. En concreto, por lo que al Derecho romano se refiere es indiscutible que juristas de la talla de un Windscheid, un Savigny, un Thering, un Boufante, un Girard, etc., no pueden ser desplazados, como en muchos puntos lo son, para recurrir, en vez de a ellos, a anglosajones que en forma alguna les son superiores. Y no sólo desplazados en caso de cuestión dudosa sino también en el de que la afirmación que se haga no requiera el refrendo de autoridad alguna. Así no es preciso traer a colación a Buckland y Mc Nair para indicar que «El Derecho romano no tiene una teoría general del contrato sino una lista cerrada de contratos, cada uno con sus propias reglas especiales», o para poner de relieve que en Derecho romano «un acuerdo no es contrato a menos que el Derecho por alguna razón lo considere tal». (III, página 11).

Resultado de esa excesiva preocupación por la bibliografía anglosajona es que se observe cierto descuido en

la selección de la continental utilizada.

2.º Un conseguido estudio de la jurisprudencia con separación de «*ratio decidendi*» y «*obiter dictum*». Cosa, la cual sólo alabanzas merece y es indudablemente un resultado favorable de la devoción por el sistema del «Derecho del caso».

3.º Un decidido rechazar el conceptualismo infecundo. Posición digna de elogio, siempre que no lleve a olvidar la, no ya utilidad, sino necesidad de la construcción conceptual, dentro de sus justos límites.

El autor propugna el «Derecho de jurista» y ataca el «Derecho de profesores». Con ello realmente, a pesar de la terminología (¿por qué contraponer el profesor al jurista?, ¿es que, por ventura, no son juristas los profesores de Derecho?), no es difícil advertir que se alude a la «Jurisprudencia de intereses». Únicamente que resulta algo empachosa la repetición, más veces de las necesarias, a través de la obra, de la infecundidad e inutilidad del «Derecho de profesores» que según dice el autor (III, página 17) «manifiesta su contraste con el Derecho de juristas precisamente porque se mantiene distante de la realidad donde los intereses en conflicto requieren una solución inmediata. En lugar de preocuparse por soluciones prácticas, el Derecho de profesores se dedica a investigar la trabazón lógica que ofrece el Derecho como contenido intelectual».

Por nuestra parte esperamos que no todos los profesores de Derecho hagan las cosas de una forma tan criticable. Y si de lo que se trata es de que se denomina «Derecho de profesores» sólo el de los profesores infecundamente conceptualistas, realmente

se da a la expresión un sentido peyorativo que creemos podría manifestarse con otros términos más felices y exactos.

Defecto, por ejemplo, de ese «Derecho de profesores» es el obstinarse en forjar una teoría unitaria del negocio jurídico. Empeño absolutamente injustificado, según Puig. Y así cuando Castán —siguiendo el criterio corriente ahora en España, criterio equivocado, para el autor— censura al Código porque carece de un concepto general de capacidad negocial, pero se ve obligado a afirmar a continuación que «las consecuencias de la incapacidad son distintas según los casos» (anulabilidad en los contratos, nulidad en los testamentos), está suministrando —en opinión de Puig II p. 58 nota— una prueba evidente y terminante de la falta de justificación del susodicho empeño.

Realmente si sólo fuese posible una teoría unitaria del negocio jurídico en el caso de que la regulación legal de los diferentes puntos concretos fuese uniforme, o de que los efectos de la falta de requisitos (ponemos por ejemplo) hubiesen de ser los mismos en los diferentes negocios, no habría teoría unitaria del negocio jurídico. Pero el que los efectos de la incapacidad sean distintos en los contratos

y en los testamentos, o que —por ejemplo— el dolo no produzca consecuencias iguales en el matrimonio que en la compraventa, o que la simulación no apareje idénticos resultados en todos los negocios, no quiere decir que sea imposible o infundada una teoría general del negocio jurídico, porque en ésta siempre se construye un concepto general de incapacidad o de dolo o de simulación, aunque la concurrencia de ellos en los distintos tipos de negocios produzca efectos distintos. Pues la unitariedad de la teoría general del negocio jurídico se basa en lo que les es común, y no se destruye —tal unitariedad— porque haya también normas *especiales* para los diferentes negocios.

En resumen, la obra en su conjunto, y salvo algún reparo como los apuntados, representa una valiosa aportación a nuestro Derecho civil, aportación en la que al valor de las ideas hay que sumar el que tiene su exposición clara y el vigor expresivo del autor. Este es modesto en la titulación de la misma pues realmente no se trata de unos «Fundamentos de Derecho civil», en el sentido en que usualmente se entendería la expresión, sino, más bien de un «Estudio crítico de los fundamentos del Derecho civil».

ANTONIO MARIA BORRELL S OLER.—“*Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*”, 292 páginas.—Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954.

Se trata de una obra de tipo práctico, carente de preocupaciones de otra índole, pero útil en aquel sentido.

El autor muestra especial interés en hacer constar que se ocupa sólo de

«las obligaciones derivadas de contrato, con exclusión de las extracontractuales», a pesar de que él mismo observa que «no obstante, las reglas expuestas para el cumplimiento de las

obligaciones, como las que determinan los efectos de su incumplimiento, son aplicables a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales».

Divide el libro en tres partes—con un total de sesenta y siete párrafos—correspondientes a los tres puntos que indica su título: la primera al cumplimiento, la segunda al incumplimiento y la tercera a la extinción.

Dentro de la relativa al cumplimiento, la segunda al incumplimiento y la tercera a la extinción.

Dentro de la relativa al cumpli-

miento estudia el no imputable al deudor, la responsabilidad de éste cuando aquél le sea imputable, los efectos del mismo y la mora.

Dentro de la última examina: 1 El ofrecimiento de pago y la consignación; 2 la pérdida de la cosa debida; 3 la condonación; 4 la confusión; 5 la compensación; 6 la novación; 7 la prescripción. Esta última es la más detalladamente tratada, de forma que a ella sola se dedica más de la cuarta parte del total de la obra, lo que parece, quizás, excesivo en relación con la importancia de la restante materia.

GARCIA VALDECASAS (GUILLERMO).—*“La posesión”*, 93 páginas. Granada, 1953.

Es el de la posesión un tema que preocupa especialmente a nuestros juristas—hasta citar, entre las obras más recientes, nombres como los de Hernández Gil, Espín, Vallet de Goytisolo, Marin, Iglesias, etc.—pero entre éstos ha dedicado particular atención a ella el autor del estudio que ahora comentamos, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Granada. Recordense sus trabajos sobre tal tema aparecidos en la *Revista de Derecho Privado*. Y no es de extrañar que quien ha ahondado en puntos concretos del mismo pueda hoy ofrecernos una visión completa de él. Visión que no es, como modestamente afirma García Valdecasas, en el prólogo, un mero capítulo de una obra general de Derecho civil, sino que tiene vuelos monográficos.

El contenido de la obra se halla fraccionado en seis capítulos que tratan, respectivamente, de: 1, concepto de la posesión; 2, clases de la misma; 3, adquisición y pérdida; 4, efectos; 5, protección; y 6, la posesión y la inscripción registral.

No es posible en una nota bibliográfica de este tipo indicar en cada punto el planteamiento que de los problemas hace el autor, ni las soluciones que a los mismos da. Baste aquí apuntar sólo algo referente a las cuestiones más salientes:

Considera la posesión como un hecho al que se le atribuyen consecuencias jurídicas, y a la vez como un derecho subjetivo de carácter provisional, cuya protección es provisional asimismo. El derecho subjetivo generalmente no existe sino sobre la base del

hecho posesorio, pero, en ciertos casos aquél se reconoce a sujetos que carecen de poder de hecho sobre la cosa, es decir, faltando el hecho posesorio.

En lo referente al artículo 464 del Código civil se decide el autor por dar a «privación ilegal» un sentido restringido, fuera del cual quedan los supuestos en que el mediador posesorio provoque la adquisición del tercero de buena fe.

Por lo que atañe a la posesión en relación con la inscripción registral del derecho que se posee, podríamos decir que así como en otras ocasiones la posesión tiene el efecto de pre-

sumir titular del Derecho al poseedor del mismo, en ésta sucede precisamente que al titular inscrito de aquél se le presume poseedor. Pero frente al que no tenga su derecho inscrito la posesión recobra el vigor presuntivo que le atribuye el artículo 448 del Código.

Acaba el libro con un completo índice alfabético de materias.

La obra, tópicos aparte, representa una valiosa aportación a la teoría posesoria en nuestra doctrina. Las páginas de García Valdecasas apretadas pero claras; en las que se unen con maestría lo teórico y lo práctico, no merecen sino alabanzas.

MAJADA, ARTURO.—*Manual de herencias adaptado al Código civil y demás disposiciones sustantivas y procesales complementarias*, 572 págs. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1953.

Se trata de una obra destinada a los profesionales del Derecho y sin aspiraciones de otro tipo que las de facilitar el manejo de textos legales, de decisiónes jurisprudenciales a partir de 1939, y de procurar unos completísimos formularios sobre el particular.

La obra se divide en nueve partes referentes a:

1 Sistema acerca de la legislación civil, común o foral que debe regir en materia sucesoria.

2 Parentesco, representación y adopción.

3 Disposiciones legales sobre el Registro civil, el general de actos de última voluntad y el central de ausentes.

4 Legislación y supuestos gráficos de la sucesión testamentaria.

5 Legislación y supuestos gráficos de la sucesión intestada.

6 Testamentos.

7 Repertorio alfabético de disposiciones especiales relativas al Derecho de Sucesions.

8 Procedimientos judiciales.

9 Legislación fiscal.

Cinco índices facilitan el manejo del libro.

Sin duda que éste ha de ahorrar trabajo a los profesionales que hayan de manejar el Derecho sucesorio. Con lo cual el autor alcanzará plenamente su objetivo.

CICU, TEDESCHI.—“*La filiazione Gli alimenti*”, XII + 455 págs.—*Ristampa riveduta della seconda edizione*. Volumen III, tomo II, fascículos I y II del Trattato di Diritto civile italiano, dirigido por Filippo Vassalli. U.T.E.T. Torino, 1954.

Ya en las páginas de esta Revista dimos cuenta, en su día, de la aparición de la segunda edición de este volumen del Tratado de Vasalli, referente a La Filiazione y Los alimentos, del que hoy sale a la luz una reimpression revisada. A lo que entonces dijimos nos remitimos, aquí basta añadir que una evidente prueba de la bondad del libro es el rápido agotarse de sus sucesivas ediciones. Favor del público dispensado en justo pago a los méritos de los profesores Cicu y Tedeschi, y a sus

profundos y amplios conocimientos que les permiten, sobre la base de su soledísima preparación jurídica general y de la agudeza y finura de su juicio, construir las dos mejores monografías actuales sobre los puntos tratados.

La revisión llevada a cabo no afecta a la distribución de la materia ni a ningún punto trascendental. Se trata simplemente, en líneas generales, de recoger alguna doctrina y jurisprudencia posteriores a la segunda edición.

CALOGERO GANGI, Professore nell' Università di Milano.—“*Il matrimonio*”, 3.^a edizione riveduta e ampliata, VIII + 561 páginas.—Dottore A Giuffrè, Editore. Milano, 1953.

El libro sobre el matrimonio del profesor Gangi hay que reconocer, auná que no se esté de acuerdo con todo lo que en él se afirma, que es una de las más sólidas obras escritas en tal materia, así como una de las que se hallan entre las mejores de la actual bibliografía civil italiana.

Precedida de una selecta indicación bibliográfica y seguida de un útil índice analítico-alfabético, la exposición se desarrolla a lo largo de una introducción y 22 jugosos capítulos, donde se abarca todo lo referente al Derecho matrimonial, tanto personal como patrimonial. Se contemplan, por lo que al Derecho matrimonial per-

sonal atañe, sucesivamente el matrimonio en general, el matrimonio civil (naturaleza jurídica, caracteres esenciales, esponsales, condiciones necesarias para contraerlo —distinguiéndose en condiciones necesarias para la existencia jurídica del matrimonio, condiciones necesarias para su validez, y condiciones necesarias solamente para la regularidad del matrimonio—, formalidades preliminares, oposición a su celebración, celebración, matrimonio de ciudadanos en el extranjero y de extranjeros en Italia, prueba de la celebración, nulidad, matrimonio putativo, sanciones penales con ocasión del matrimonio), el matrimonio canónico,

el matrimonio celebrado ante ministros de otros cultos admitidos por el Estado, los efectos del matrimonio, su disolución, y la separación personal de los cónyuges.

En cuanto al Derecho matrimonial patrimonial, se le dedican los seis últimos capítulos, que, respectivamente versan sobre: relaciones patrimoniales entre los cónyuges en general, el régimen legal de separación de bienes, los regímenes convencionales, la dote, el patrimonio familiar, y la comunidad de bienes.

No es posible en una nota de este tipo destacar ni la doctrina que en los diversos puntos se recoge, ni las posiciones originales del autor en innumerables cuestiones. Sólo cabe dar una impresión de conjunto. La cual es espléndida en todos los órdenes. Por la elección de una bibliografía óptima y utilizada en su verdadero papel, es decir, sirviendo para documentarse y dar al lector noticia del estado

de las cuestiones, pero no para eludir, tras una masa de citas, formular la propia opinión. Por la serenidad de juicio y acierto en el enfoque de los problemas que se plantean. Por lo agudo y perspicaz de las soluciones adoptadas en la generalidad de los casos. Por el no dejarse llevar de un conceptualismo infecundo, a la vez que se evita —por vía de facilidad— el rehuir la construcción conceptual, cuando es más cómodo limitarse a consignar meramente la regulación positiva, ayuna de estructuración científica. Y por otros méritos —los anteriores son a guisa de ejemplo— que sólo juristas de la talla del autor logran aunar.

Conviene advertir, también, que esta nueva edición de la obra de Gangi es de verdad una edición revisada y ampliada respecto de la anterior. Se han añadido referencias nuevas a doctrina y jurisprudencia. Se han modificado criterios en algunos puntos. Se han —en fin— rehecho otros.

Dr. LINO RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Exprofesor A. de la Universidad Central.—*La obligación natural (nuevas aportaciones a la teoría comunitaria del Derecho)*, 193 páginas.—Instituto Editorial Reus. Madrid, 1953.

El subtítulo del nuevo libro del profesor Rodríguez-Arias Bustamante es un precioso dato para comprender el verdadero sentido del mismo que no es sino dar un paso más en el sostenimiento de su teoría comunitaria del Derecho.

La introducción, con lo que comienzan sus páginas, muestra de sus propósitos, orientaciones y convicciones, fa-

cilita el enclavamiento de las singulares posturas, que defiende en los distintos puntos concretos, en una línea unitaria que se observa, asimismo, en sus demás publicaciones.

La materia objeto concreto de estudio se halla dividida en cuatro partes: Primera: Derecho romano (donde se sobrepasa la mera referencia histórica, ya que el autor estima que la

regulación de la obligación natural en este Ordenamiento ha influido después decisivamente en la posición adoptada por los juristas modernos). En ella se analizan el concepto, el origen histórico y los casos y efectos de la obligación natural. Segunda: Tendencias doctrinales en el Derecho moderno. En ella se procede a una clasificación técnica de las obligaciones imperfectas, se examinan las denominadas obligaciones híctas, se trata la teoría moderna del deber moral (considerando los códigos francés, alemán, italiano y español), se plantea la cuestión — que se resuelve afirmativamente — de si es compensable la obligación natural, también se plantea — resolviéndola igualmente de modo afirmativo — la de si existe crédito en dicha obligación, acabando por distinguir la obligación natural de la donación remuneratoria y de la liberalidad de uso. Tercera: Características de la obligación natural. Se aplica en esta parte la teoría del débito y de la responsabilidad, se pone de relieve la nota de patrimonialidades, así como la importancia jurídica de la voluntad del deudor, se afirma que es susceptible de pago, y se acaba ad-

virtiendo cómo es una categoría independiente de los negocios a título oneroso y de los a título gratuito. Cuarta: Construcción de la obligación natural como deber jurídico. Se llega en ella a la conclusión de que la obligación natural encierra un deber jurídico en nuestro Derecho positivo vigente, y no un mero deber moral. Para alcanzar tal conclusión el autor partiendo de la teoría de la institución a través de las doctrinas italiana y francesa, reafirmando la trascendencia jurídica del bien común, marcando las notas diferenciales entre obligación y deber jurídico, precisando los aspectos subjetivo y objetivo de la obligación natural, utiliza las posiciones de diversos autores para apoyándose en ellas constituir la suya, haciendo, así, de esta parte, la más genuinamente personal de la obra.

Esta, que nos merece una favorable opinión, y por la que muy sinceramente felicitamos al Sr. Rodríguez-Arias Bustamente, se encuentra avalorada por un apéndice sobre «La obligación natural en la más reciente jurisprudencia italiana» debido a la pluma del profesor Nobile.

VILLANUEVA SANTAMARIA. - *“Arrendamientos y desahucios”,* 178 páginas. Imprenta de los talleres penitenciarios de Alcalá de Henares, 1953.

Villanueva Santamaría, juez municipal de Madrid contribuye con este libro a facilitar la labor de los profesionales, en materia de arrendamientos urbanos.

En la obra, a continuación de cada artículo, bien de la ley de arrendamientos urbanos, bien de la de En-

juiciamiento civil, en la parte relativa al desahucio, se reseñan las sentencias pertinentes del T. S. y se concuerda el artículo concreto de que se trate con las demás disposiciones vigentes.

El trabajo finaliza con el proceso de cojuición según el Decreto de 21-XI-1952.

RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN. — *“El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria”*, 398 páginas.—Editorial Bosch. Barcelona 1953.

Se trata de un estudio muy completo sobre el susodicho artículo de la Ley hipotecaria. Estudio que viene a sumarse a una larga serie de ellos, a que tal disposición ha dado lugar. Pero no nos encontramos frente a uno de tantos o frente a uno más, sino frente a uno de los más exhaustivos, documentados y útiles, de entre todos ellos.

La materia se divide en cinco libros, fraccionados, a su vez, en catorce capítulos.

El primero de los libros, que se encamina al estudio de los antecedentes y naturaleza jurídica del proceso, revisa especialmente las reformas de 1909, 1927, la ley de 1944, la actual, de 1946 y su reglamento. Ordena críticamente las numerosas teorías sobre la naturaleza jurídica y llega a la conclusión de que se trata de un juicio de efectividad registral, cuyo papel es el de hacer valer las acciones derivadas de los derechos reales inscritos. El cual juicio no puede verdaderamente identificarse con ninguno de los acogidos en la L. E. C., aunque, a efectos de agrupación su puesto se halle entre los sumarios ejecutivos (de cuya naturaleza participa en determi-

nados aspectos) mas, desde luego, no entre los de pura ejecución.

Partiendo de tal concepción analiza en los sucesivos libros los presupuestos procesales; la iniciación del proceso y medidas cautelares y de aseguramiento (de entre lo que ofrece especial interés lo referente a las medidas cautelares); la fase contradictoria —englobando tres puntos principales: principios generales, causas de contradicción y tramitación—; y la fase ejecutiva, donde es de destacar el estudio de las medidas de ejecución que pueden adoptarse de faltar la fase contradictoria.

Visto el libro, en su conjunto, se observa que el esfuerzo del autor no ha sido regateado ni en la consulta de bibliografía, ni en el resumen y ordenación de opiniones —las más dispares, a veces, entre sí, ya que la exégesis del artículo 41 ha dado lugar a opiniones, en ocasiones, totalmente contradictorias— ni en la propia meditación sobre el texto legal, meditación que se traduce en valiosas sugerencias personales de dicho autor. Como consecuencia de todo ello se ha conseguido una obra a la que no sería justo, tampoco, regatear nuestro merecido elogio.

BIONDO BIONDI, Professore dell' Università Cattolica di Milano.—*"I beni"*.
 Volume quarto, tomo primo del Trattato di Diritto civile italiano, diretto
 da Filippo Vassalli.—U.T.E.T. Torino, 1953. VII + 237 páginas.

Con esta obra, el insigne romanista Biondi acredita, una vez más, un amplio dominio de aquellos sectores jurídicos, que no constituyen, sin embargo, su especialidad.

El estudio, integrado dentro del monumental tratado de Derecho civil que dirige Vassalli, se verifica de forma orgánica, sistemática, precisa a través de siete capítulos, en los que constantemente afloran los conocimientos romanísticos del autor, hábilmente manejados, de forma que no sean mero precedente histórico, inactual e inútil, salvo como curiosidad o erudición, sino que sean camino para una mejor explicación o más fácil comprensión del Derecho actual. Es, pues, una auténtica exposición del Derecho a través —sólo en los casos pertinentes, naturalmente— de lo histórico, y no una improcedente exposición de Derecho histórico unida a la del Derecho vigente.

El capítulo primero se dedica al examen de las nociones generales. Se da razón sistemática. Se señala la progresiva ampliación del círculo de las cosas en sentido jurídico, proceso ampliatorio relacionado con el desenvolvimiento social y jurídico y, por tanto, no destinado a estabilizarse. Proceso cuyo punto de partida es, en Roma, el de entidad perceptible con los sentidos, de forma que sólo se entiende por cosa la cosa material. Precisamente porque las cosas materiales constituían el núcleo central, entonces el más importante, de la categoría, los romanos levantaron el estudio de la *res* sobre la base del dominio y de

los derechos reales, y todavía hoy, por fuerza de la tradición, tratados y Códigos modernos, que omiten una Parte general del Derecho civil, tratan de las cosas casi como presupuesto de la regulación de la propiedad y de los derechos reales concebidos como *iura in re*. Aunque por el hecho de que en nuestros días, nuevas entidades y situaciones precisamente incorporeales, son atraídas al ámbito del Derecho, se plantea el problema o de negar que, éstas, sean cosas, o de realizar en otro lugar el estudio de éstas, so pena —si no se hace así— de fraccionar su unidad o de incluir juntamente con los objetos de derecho real, cosas no susceptibles de serlo.

Sentado lo anterior se aborda el problema de cuál sea la formulación adecuada del concepto jurídico de cosa. Desde el punto de vista jurídico-positivo, se puede decir —entendiéndolo Biondi— que cosa es cualquier entidad, material o inmaterial, que sea jurídicamente relevante, es decir que sea tomada en consideración por la ley, en cuanto forma o pueda formar objeto de relaciones jurídicas. Cosa es la referencia objetiva del derecho subjetivo.

Se pasa, posteriormente al análisis de los caracteres de la cosa en sentido jurídico. Se consideran tales: a) exterioridad respecto del sujeto; b) relevancia jurídica; c) individualización —que no es necesario sea material, bastando que lo sea nominal—; d) individualidad —aislamiento al menos pensable, de la unidad comprensiva del universo, de forma que pueda

delimitarse la propia esfera jurídica de la de los demás—; e) prestar, o que actualmente se pueda pensar que preste alguna utilidad al hombre, en la convivencia social. Utilidad que puede ser de naturaleza material o moral, presente o futura.

No se requiere la actualidad de la cosa, en cuanto que las futuras son siempre jurídicamente cosas. Tampoco se requiere la pertenencia o sujeción, sino sólo la posibilidad de la misma. Por eso ya los romanos distinguieron *res in patrimonium* y *res extra patrimonium*. Por último en la debatida cuestión de la patrimonialidad, Biondi adopta una posición negativa. Frente a los que requieren que la cosa, para serlo en sentido jurídico, tenga que satisfacer un interés económico, entiende que para la noción jurídica de cosa no se requiere que tenga un valor económico, es decir que pueda directa o indirectamente traducirse en dinero. Por último contempla las dicotomías cosas —bienes y cosas— objetos del derecho.

Respecto de la primera advierte como para los romanos los *bona* eran una categoría de *res*. Hoy, desde el punto de vista positivo, no es posible trazar una diferencia entre ellos. Se trata de dos términos que se refieren a la misma entidad, bajo diverso aspecto. Por ello nada impide que pueda eliminarse del lenguaje jurídico uno de ambos términos.

Respecto de la segunda, se puede afirmar: todo derecho requiere un sujeto y un objeto, pero la teoría del objeto del derecho es difícil, debido a la enorme heterogeneidad de los posibles objetos (¿cómo poner en el mismo plano el objeto de la soberanía del Estado, el de la propiedad o el de la relación obligatoria?). Sin em-

bargo la dificultad de la cuestión no permite ni negar el problema ni adoptar ante él postura escéptica. Únicamente que, a nuestros efectos, basta con decir que las cosas son sólo unos de los posibles objetos del derecho, de manera que, además de sobre ellas, un derecho puede recaer sobre otros objetos distintos.

El capítulo segundo trata de la clasificación de las cosas con arreglo a criterios de relevancia jurídica. Se analizan, en una primera sección, las cosas corporales e incorpóreas y los problemas y dudas que plantea esta bipartición. En una segunda se pasa revista a las cualidades jurídicas de las cosas (fungibilidad e infungibilidad; determinación y genericidad; consumibilidad e inconsumibilidad; divisibilidad e indivisibilidad); para acabar, en una tercera, exponiendo, con más detenimiento, la bipartición de los bienes en muebles e inmuebles, mostrando las distintas facetas de la misma: su perspectiva histórica, la evolución de su fundamento, su función jurídica, así como su importancia y las subdistinciones posibles dentro de cada rama.

A los cambios que puede sufrir la cosa y a las agregaciones de ellas se dedica el capítulo siguiente, cuyos pormenores son estos: relevancia jurídica de las transformaciones de las cosas, cosas simples y compuestas, valor jurídico del concepto de cosa compuesta, complejos de cosas, universalidades de muebles, *universitates iuris*, el patrimonio y los patrimonios separados y autónomos.

Los capítulos cuarto y quinto abarcan las pertenencias, el primero, y los frutos y cosas futuras, en el segundo.

Respecto de aquéllas, al plantearse el problema de la aparición y desen-

volvimiento histórico, entiende Biondi que, en contra de lo que se suele afirmar, de que el concepto haya nacido y se haya desenvuelto en el Derecho germánico, los romanos lo conocieron ya. No otra cosa es el *instrumentum fundi*, con lo que se designa aquello que se dedica al disfrute económico de éste (esclavos, utensilios, semillas, etc.). Tal complejo, que constituye una *universitas*, se consideraba en la economía agrícola como cosa accesoria respecto a las relaciones que implicaban cesión temporal de la explotación rural, en el sentido de que, por costumbre, la constitución de tales relaciones se extendía implícitamente al *instrumentum*, con el fin de permitir el pleno y adecuado disfrute de la explotación, que se transfería en su unidad técnica. Tal extensión no se producía, sin embargo, en las *enajenaciones ni inter vivos ni mortis causa*. Igualmente existían otros casos, como *instrumentum domus, navis, venationis*, etc., que, para determinadas relaciones, se estimaban entidades subordinadas a la cosa principal. Ahora bien, hay una verdad innegable, la de que el Derecho romano no conoció, en el punto que estudiamos, un régimen general ni uniforme, mientras que el germánico y la doctrina alemana lo que realmente han hecho, ha sido, extender la noción —pero no crearla—, de forma que la pertenencia se convierte en una categoría general.

A continuación se examinan los requisitos de la pertenencia, sus clases, comienzo y cesación de la relación pertenencial, naturaleza y efectos de ésta, así como las notas diferenciales entre pertenencia y cosa accesoria.

Respecto de los frutos, advierte el

autor cómo todos saben por intuición qué sean frutos. Mas como el jurista se enfrenta con el problema de los frutos en sentido jurídico y no naturalístico o económico, estas concepciones pueden servirle de orientación, pero no de solución. La historia del concepto de fruto atestigua una progresiva superación de la noción del mismo como producto natural, a medida que se toman en consideración nuevas entidades económicas, susceptibles de dar utilidad que pueda parangonarse a la que proporcionan los frutos naturales. Y este proceso de superación y ampliación no está llamado a cerrarse, como no lo está tampoco el desarrollo económico.

Después de hacer una breve historia del concepto de fruto y perfilar su actual noción, se pasa a ver sus clases, adquisición y pertenencia.

Por último los dos capítulos finales de la obra —el sexto y el séptimo— se ocupan, respectivamente, de los bienes fuera del comercio y de los bienes públicos. Aquel brevemente —no más de siete páginas— formula la noción y entra en seguida en el examen concreto de los singulares bienes fuera del comercio, ya que el principal interés radica en el régimen de cada uno en concreto, puesto que los bienes fuera del comercio —salvo esta común nota negativa— ni constituyen una categoría homogénea ni se hallan sometidos a un régimen unitario. Este —el capítulo séptimo— partiendo de que los bienes pertenecientes al Estado o entes públicos pueden ser bienes patrimoniales —como los de los particulares—, bienes patrimoniales indisponibles, o bienes de dominio público, formula breves consideraciones relativas a aquéllos, y se ocupa

detenidamente de éstos, estudiando, después de ver la historia, concepto, caracteres del dominio público y de clasificar los bienes objeto del mis-

mo, los dominios públicos, marítimo, de las aguas, militar, de las carreteras, ferroviario, aeronáutico y cultural.

JOSE MARIA DESANTES. "*Evolución de la prescripción adquisitiva en las servidumbres prediales*". Coimbra, 1954. 69 páginas.

Se trata de un trabajo aparecido en el Boletim da Faculdade de Direito, de la Universidad de Coimbra, volumen XXX, trabajo que está redactado, en su mayor parte, como antecedente de un estudio doctrinal del problema a que se refiere, en la legislación española.

Después de una breve introducción, el autor fracciona la materia en tres apartados, que, respectivamente abrazan: Historia; La Codificación; La Reacción doctrinal.

En el primero de estos apartados se ocupa de los Derechos romano, germánico, común, consuetudinario francés, estatutario italiano, e histórico español.

La mayor atención la dedica, respondiendo a la mayor necesidad de la misma, a los Derechos romano y común. Analizando, de aquél, las características de la servidumbre, cuyo régimen legal presenta, a lo largo de la evolución del mismo, numerosas variantes, que excluyen —al decir del autor— una línea homogénea, que con la natural adaptación a las variantes sociales y económicas, permita dibujar, de un trazo continuo, su evolución. Busca, asimismo, los antecedentes romanos de la clasificación de las servidumbres. Y, finalmente tra-

ta de la evolución, en aquel Derecho, de la prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales, estudiando con detenimiento los problemas que suscitan los textos. En cuanto al Derecho común, pasa revista al aspecto general que presentan en él las servidumbres prediales, a los textos fundamentales sobre continuas y discontinuas, y lleva a cabo una interesante crítica de Bartolo, acabando por referirse al régimen de la prescripción adquisitiva y dar una rápida visión de las demás clases de servidumbres intermedias.

En cuanto al Derecho germánico, afirma que desconoció en un principio la noción actual de la relación jurídica de servidumbre. Sólo la fuerza incontestable de los hechos y la influencia posterior de las doctrinas jurídicas medievales abren brecha trabajosamente, para dejar paso a unos derechos que no cabían en el puro sistema germánico. En él puede pensarse que prácticamente la mecánica jurídica es igual que la que mueve el contenido de la servidumbre romana, pero ni las fuentes hablan en general de servidumbres ni existen unas reglas jurídicas uniformes que sean base para los casos en que —presupuesto el concepto romano— una de-

terminada relación se pueda calificar de servidumbre. El concepto de éstas, y con él su régimen sólo se alumbraba pesadamente al prevalecer, en la doctrina, las ideas del Derecho romano. La eclosión institucional se produce en los lugares en que se da la romanización total, y en aquellos en que la germanización es más profunda, aún cuando la servidumbre tenga vigencia, será vista siempre como una institución odiosa. Esta enemiga a la servidumbre predial, aliada con el carácter que para los germanos tenía la prescripción, hace que no pueda concebirse en el Derecho germánico la prescripción adquisitiva de la servidumbre. Esta especial concepción jurídica explica el principio de cuño germánico de que no es posible adquirir servidumbre sin título.

Antecedente inmediato del Código de Napoleón y, en consecuencia, de todos los llamados latinos, que en él se inspiraron, el Derecho consuetudinario francés colma la desorientación en materia de prescripción de servidumbre, aunando y desbordando, en un solo ordenamiento jurídico, la anarquía y oscuridad de los textos bizantinos, la enemiga y cerrazón del Derecho germánico y los errores dogmáticos del Derecho intermedio.

En cuanto al Derecho estatuario italiano presenta un panorama general en el que por influencia de las mismas causas que en Francia y del propio *Droit coutumier* francés, puede apreciarse la insinuación de las mismas tendencias, que, sin embargo, presentan un matiz pálido y desdibujado. Los textos hablan de las servidumbres y se desvían del Derecho romano, mas, no obstante, el predominio de éste sobre las fuentes particulares de inspiración más germanizada, sofoca la

consolidación de novedades sustanciales en cuanto al régimen.

En el Derecho histórico español pocos textos escritos dan testimonio de la división y prescripción de las servidumbres. Aparecen tan sólo normas sueltas referidas a servidumbres típicas en particular. Las fundamentales están contenidas en la Ley XV, título XXXI de la tercera partida, que el autor examina detalladamente, y en la que se acore la prescripción.

En el apartado segundo del trabajo —dedicado como indicamos— a la codificación se estudian el Código de Napoleón, el portugués, el italiano de 1865, el alemán y el español. Del alemán el examen es negativo, pues se trata sólo de poner de relieve que su consideración carece de interés para el problema planteado. Del francés, se advierte que entre rechazar de plano la prescripción y admitirla sin escrúpulos de fondo, el Código la concede para unos y la niega para otros. Se pensaba, sin duda, que el régimen evitará pleitos y daría a los propietarios y a los jueces criterios seguros en que fundamentar sus derechos y sus resoluciones, pero la realidad ha sido bien distinta a ese mediocre optimismo. De los demás códigos, el que más se aproximó al francés fué el de Portugal, que, con una redacción original, recogió sus ideas en cuanto a división y prescripción de servidumbres prediales, en sus artículos 2.270 a 2.273. Pero también el Código italiano de 1865 sigue la inspiración francesa, con alguna diferencia de matiz, e igualmente el nuestro, que, aún perteneciendo, en este punto a la familia francesa, tiene como modelo directo, no al francés sino al italiano.

Bajo el último apartado el autor recoge la reacción doctrinal frente a

las normas que plasmaron en el Código de Napoleón y en lo que le siguieron, reacción que, legislativamente se traduce en la reforma de 1930 del Código portugués y en el Código italiano de 1942, en el que el sistema de prescripción de servidumbres queda englobado en el sistema general de adquisición prescriptiva de los derechos reales.

La doctrina francesa fué la primera en reaccionar contra su propio código, con más o menos vehemencia, según los autores. Tras ella, la jurisprudencia tuvo que irse adaptando al terreno de las realidades y concediendo la prescripción de las servidumbres discontinuas y no aparentes, unas veces como tales servidum-

bres, aunque enmascarando su verdadera clase, y otras incurriendo en el absurdo jurídico de conceder, por prescripción, la propiedad del espacio en que la servidumbre se ejerce. La doctrina española se limitó, más bien, a una leve exégesis del Código civil y mostró indiferencia ante la falta de base dogmática de su regulación. El examen más detenido y profundo se debe a la doctrina italiana.

Esta es, en síntesis, la línea de la exposición de Desantes, que merece un favorable juicio. Su documentación y acertadas observaciones, permiten pensar que el estudio doctrinal de que el trabajo comentado es antecedente, será una valiosa aportación sobre el tema, como ya lo es, dentro de sus propios límites, aquél.

ANTONIO CICU.—"*Succezione per causa di morte*". *Parte generale, Delazione e acquisto de l'eredità*. Páginas VII + 352.—Volumen XLII, tomo I del *Trattato di Diritto civile e commerciale* dirigido por Cicu y Messineo. Giuffrè, Editore. Milano, 1954.

Con este nuevo volumen recientemente aparecido del Tratado de Cicu-Messineo se continúa llevando adelante la publicación, ha poco comenzada, del mismo, a rápido ritmo.

Consta la obra de ocho capítulos, distribuidos en un total de 116 números, que versan respectivamente sobre: nociones preliminares, la figura del heredero, la apertura de la sucesión, la delación, la adquisición, la renuncia, los efectos de la adquisición y la *separatio bonorum*.

Vamos a examinar a grandes rasgos; pero separadamente, el contenido de

cada uno de los capítulos del insigne maestro italiano.

En el primero, brevemente se estudia qué sea Derecho hereditario en sentido subjetivo, su posición sistemática y sus relaciones con las restantes partes del Derecho privado, para acabar formulando el concepto general de sucesión y el particular de sucesión *mortis causa*.

En el segundo se examina la figura del heredero, comenzando por su origen histórico, continuando por la concepción de la herencia como «*universitas iuris*», y culminando con él

precisarla en el vigente Derecho italiano, en su aspecto técnico. La calidad de heredero, la figura de éste en su razón política, la del coheredero y la cuestión de la institución en el usufructo universal o en el usufructo de cuota, son puntos que completan el contenido de este capítulo.

El tema del tercero —la apertura de la sucesión— es desarrollado magistralmente. Desgrana en él Cicu un rosario de soluciones acertadas en orden a los diversos problemas que plantean el hecho que determina aquella apertura, el tiempo y lugar de la misma, las disposiciones tendentes a la conservación de los bienes hereditarios, la ausencia y la extinción de las personas jurídicas, en algunos casos de la cual se podría ver algo de análogo a la sucesión mortis causa, pero bien entendido que debe negarse exista ésta, aunque se haya discutido si hay apertura de sucesión en el caso de extinción de persona jurídica.

El cuarto —juntamente con el séptimo los más extensos de la obra— analiza la delación, en sus aspectos objetivo y subjetivo y en sus efectos. Dentro del primero se distingue entre delación y vocación, porque —entiende Cicu— que la delación no es solamente vocación, aunque una y otra son inseparables, y se adopta en esta cuestión una opinión que no compartimos, mas sobre la que hemos de pasar, por obvias razones. El momento de la delación, su objeto, sus clases (condicional, sucesiva, solidaria, indirecta), y la delación en caso de vocación de una misma persona por títulos diversos, completan el estudio de este primer aspecto objetivo de la delación. Dentro del segundo —objetivo— se engloban las cuestiones siguientes: la vocación —aspecto obje-

tivo de la delación—, la capacidad para suceder en general, la del *nascentium*, la de las personas jurídicas, la indignidad, su naturaleza, efectos, hechos que dan lugar a la misma y rehabilitación, la representación, su concepto, fundamento técnico, título, eventos que la determinan y efectos. Por lo que atañe a los efectos de la delación, reciben cabida dentro de ellos la investidura del derecho a la herencia, la transmisibilidad de la delación (cosa que sin embargo no parece propiamente un efecto sino que más bien cae fuera del campo de éstos en sentido estricto), el traspaso de la posesión y la facultad de administración y representación en los diversos supuestos.

El quinto —de los más originales de la obra— subdivide en dos párrafos la materia que constituye su objeto, dedicando el primero a la aceptación pura y simple y acogiendo la tesis de que lo que la ley considera, en casos, como aceptación facta, no es tal sino que simplemente nos hallamos frente a una adquisición independiente de cualquier manifestación de voluntad adquisitiva, efectiva o presunta, por ser la verdad de las cosas el encontrarnos ante una adquisición *ex lege*. El otro párrafo comprende la aceptación a beneficio de inventario, donde se tiene buen cuidado de poner de relieve que no consiste —dicha aceptación a beneficio de inventario, en un sólo negocio jurídico, la doctrina común venía considerando el beneficio del inventario como una modalidad o condición puesta a la aceptación— sino que hay dos negocios distintos y autónomos: uno encaminado a adquirir la herencia, el otro a modificar la situación jurídica normal que la

aceptación produciría. La autonomía de ambos negocios queda acentuada —advierte Cicu— si se piensa que se ha afirmado que uno es de Derecho privado y el otro de Derecho procesal. Autonomía que no puede ser entendida en el sentido de que el negocio tendente a limitar la responsabilidad pueda subsistir por sí, ya que ello sería incongruente.

El sexto, brevemente, pues la materia tratada en términos generales no requiere más, expone la renuncia a la herencia deferida, precedida de un breve análisis de los demás hechos que determinan la extinción de la vocación.

El séptimo agrupa los efectos de la adquisición de la herencia en dos categorías, los propios de que tenga lugar con responsabilidad ilimitada y los de que lo tenga con responsabilidad limitada. Juntamente con aquélla se estudian las relaciones entre heredero verdadero y heredero aparente y las existentes entre heredero verdadero y causahabiente del poseedor de los bienes relictos. En la parte correspondiente a los efectos de la adquisición con responsabilidad limitada se analiza agudamente el fundamento de los mismos llegando a la conclusión de que nos hallamos frente a un supuesto en el que la ley por especiales motivos permite al heredero substraerse a uno de los efectos propios de la adquisición hereditaria: subentrandó en el lugar del difunto, debería hacerlo también en las deudas de este, pero se le permite eludir el ocupar la posición de aquel respecto de éstas. Esto no quiere decir que los acreedores puedan quedar defraudados porque a la relación crediticia contra el difunto se sustituye una relación real, al débito, la res-

pensabilidad, al derecho contra la persona, un derecho sobre los bienes, que quedan vinculados a la satisfacción del derecho sustancial de dichos acreedores. Incluso la doctrina procesal admite que con el beneficio de inventario surja un vínculo sobre los bienes, análogo al que surge en la garantía real, así que el disenso sobre esto se reduce a que más bien que un vínculo respecto al acreedor habría un vínculo respecto al Estado.

Por último el capítulo octavo —con el que se cierra la obra— versa sobre la separación de los bienes del difunto de los del heredero. Esta institución se estudia en el código de 1865 y en el vigente. Se trata profundamente de la naturaleza jurídica del derecho a que da lugar la separación, la relación entre ésta y el beneficio de inventario, el objeto de la misma, la separación en las relaciones para las que tiene lugar la confusión, las formas de aquélla, los legitimados para actuarla, sus efectos en las relaciones entre los diversos sujetos a que atañe, y la extinción de la misma.

Un índice de textos legales citados y otro alfabético facilita el manejo de la obra.

En síntesis, nos hallamos frente a otra nueva y magnífica aportación de uno de los mejores maestros italianos a la ciencia del Derecho Civil. En ella resplandecen el fino espíritu crítico y la agudeza del ingenio constructivo a que el autor nos tiene acostumbrados. Cicu, ya jubilado como catedrático, por imperativo de la edad continúa presente en la cotidiana tarea de la ciencia del Derecho Civil, contribuyendo, en primera línea, a hacer de la italiana la doctrina civil mejor de la época actual.

D. INTERNACIONAL

ESTEFAN GLASER. *"Introduction à l'étude du Droit international penal"*. — Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1954, págs. XII + 207.

Se trata de un profundo estudio sobre la incipiente disciplina conocida con el título de Derecho penal internacional. El autor, dedicado especialmente a estudios de Derecho internacional con implicaciones penalísticas, aborda desde el primer momento con toda valentía el estudio del carácter genuinamente jurídico de esta joven disciplina y su situación sistemática dentro de la estructura general del Derecho, colocándola a igual distancia del Derecho internacional público y del Derecho penal estatal, con el carácter de Derecho público, porque públicas son las normas jurídicas objeto de su estudio.

El concepto del Derecho penal internacional moderno no se asemeja en nada por su contenido a cualquiera de los que tradicionalmente se le venían asignando a la rama del Derecho internacional público epígrafiada con aquel título. No se trata simplemente de estudiar las normas emanadas de acuerdos internacionales concertados con un fin de protección de bienes jurídicos considerados de trascendencia universal, ni tampoco de estudiar los principios reguladores de las distintas jurisdicciones penales estatales, se trata de la creación y estudio de un esquema de normas penales, superadoras del anterior egoísmo (propios territorio, propios nacionales, propios intereses), dando paso a la idea de solidaridad (que está abriendo cau-

ces nuevos en el Derecho internacional), para configurar así un sistema penal represivo fundado en el principio de la competencia universal.

¿Y es que acaso es posible en nuestro tiempo una jurisdicción internacional que castigue delitos reputados internacionales? Sobre tal posibilidad no cabe la duda sincera. Será cuestionable la conveniencia, y para los juristas la justicia, de tal actuación judicial, pero no se puede discutir la posibilidad de existencia de una incriminación y punición de delitos internacionales por tribunales que poseen, o al menos pretenden poseer igual carácter. Acertada o desacertadamente se han formulado sentencias en este sentido y «*contra factum non valet argumentum*».

Sin salirse de los límites de una monografía de breves páginas, el autor estudia diversas cuestiones, tales como la noción de delito internacional, sujeto activo de los delitos internacionales, etc., que en razón a una simplificación vamos a agrupar en tres epígrafes: delitos, delincuentes y jurisdicción criminal internacional.

I *Delitos*.—«Si el delito en general es el acto lesivo, quebrantador de un bien jurídicamente protegido», es indudable que los actos criminales según el Derecho penal internacional guardan una perfecta semejanza con los supuestos delictivos de los códigos penales estatales, sin otra diferencia

que la magnitud, tanto en el sentido de la extensión como en el de la intensidad, en que resultan lesionados por aquéllos, bienes tan fundamentales como el de la vida, libertad, honestidad, etc.

Es cierto que para que exista delito no basta la lesión de un bien, es preciso la lesión de un bien jurídicamente protegido por un precepto penal. También lo es, que desde la reforma iluminista la única fuente del Derecho penal es la ley; y que, paralelamente, en los ordenamientos penales (no en todos, porque es posible establecer excepciones, y muy honrosas por cierto) se ha incorporado el principio del *nullum crimen* como un principio fundamental. Pero quizá estos dos principios profundamente progresivos en los ordenamientos penales internos no causen sino perturbación en el Derecho penal internacional, entre otras razones porque en su misma esencia jurídica están desprovistas de ese carácter absoluto que se pretende poseer. El autor resuelve la duda rechazando, no el espíritu, pero sí la aplicación tajante de estos dos principios, y nosotros creemos que acertadamente.

No sería posible un Derecho penal internacional que excluyera la costumbre como fuente de Derecho, por la simple razón de que el Derecho internacional en su forma actual continúa siendo preferentemente consuetudinario. Una norma internacional consuetudinaria de carácter penal que puede presentarse como ejemplo ilustrador, es aquella que permite a los buques de cualquier nacionalidad apresarse a todo barco pirata y a juzgar y castigar a su tripulación.

II *Sujetos de los delitos internacionales.*—En la esfera internacional ad-

quiere una particular importancia la denominada delincuencia de las personas morales, porque cualquiera que sea la naturaleza que desde el plano del Derecho político atribuyamos al estado, siempre tendremos a conculcar que éste es una verdadera persona moral.

Tanto interés tiene este aspecto de la delincuencia de los estados en Derecho penal internacional, que el Derecho internacional clásico, siempre ha venido orientado por el ansia de procurar una pacífica convivencia entre los pueblos, es decir, procurar que los estados no adopten posturas que en su forma más extrema son verdaderos y auténticos delitos.

Pero un Derecho penal, cualquiera que sea su adjetivación, no puede por menos de ser un Derecho enjuiciador de conductas individuales, y el Derecho penal internacional, aún en esos «delicta propria» que sólo pueden ser cometidos por estados, ha de desender a las voluntades concretas de aquellos que encarnaban, o se decían encarnar, la voluntad nacional de aquel estado que, primer plano aparece como delincuente; y no se diga que esto es contrario a la naturaleza de las cosas, porque salvo casos excepcionales, las guerras no son populares sino minoritarias. Conocido es el dicho de Bismark: «no son las naciones las que quieren las guerras, sino siempre exigidas minorías». Como tampoco es contrario a uno de los objetivos más peculiares del Derecho penal: el ejemplarizador; porque si se consolida esta práctica y orientación de una justicia internacional verdaderamente eficiente, toda persona que en un estado encarne los más altos poderes públicos sabrá a qué atenerse ante la respectiva de una posible declara-

ción de guerra; y siendo así, es probable que las ligerezas de los tales gobernantes, tan comunes en los tiempos pasados, cada vez se hagan más infrecuentes.

Junto a estos delitos típicamente estatales, aparecen los denominados delitos internacionales cometidos por individuos, y piénsese que no carece de significación el hecho de que la aparición del moderno Derecho penal internacional, coincide precisamente con la ruptura de los viejos moldes por los que el Derecho internacional público clásico venían discurriendo, y que le han transformado de un Derecho coordinador en un Derecho de jerarquización, en el que el «status» internacional del individuo adquiere cada vez mayor relevancia. Por otra parte, si los nuevos adelantos técnicos y formas culturales cada vez proyectan más en la pantalla internacional la actividad personal de los individuos singularmente considerados (también en el ámbito de la delincuencia), hay que pensar que el único sistema represivo eficaz es el ejercido al modo como lo propugna el nuevo Derecho penal internacional.

III *Jurisdicción criminal internacional.*—La idea de la creación de una jurisdicción criminal internacional se ha venido incrustando en la mente de los mejores juristas y hombres de estado desde hace varios decenios, como instrumento necesario para asegurar y conservar la paz internacional, pero es lo cierto que en ningún resultado práctico se habían concretado tales principios hasta la creación de los dos tribunales militares internacionales de la última postguerra: los de Nüremberg y Tokyo.

El autor se esfuerza en demostrar la juricidad de la constitución y ac-

tuaciones de estos dos tribunales, sin embargo por primera vez hemos de manifestar nuestra disconformidad con sus argumentos.

Es cierto que no es obstáculo a la actuación de un tribunal internacional el no mantenimiento del llamado principio de legalidad, tal como está configurado en los Derechos penales estatales, porque pretenderlo equivaldría a desconocer que sobre ese Derecho penal estatal, y en general sobre todo el Derecho positivo, existe un Derecho natural, verdadero y auténtico Derecho, no simple ordenación moral; y que toda conducta contraria a estas normas supremas e inmutables es constitutiva de un auténtico delito, precisamente uno de aquellos que en los ordenamientos penales estatales se reputan como los más graves. Tampoco puede constituir objeción seria la de ser contrario el establecimiento de una jurisdicción internacional al concepto de soberanía del estado, porque tal noción, si es que algún tiempo estuvo adecuada a la realidad, hoy está en abierta contradicción con ella. Pero a nosotros nos parece endeble toda la argumentación del autor porque con todo no puede justificar lo que creemos injustificable: la absoluta incompetencia de estos tribunales para pronunciarse en una causa en la que no podían por menos de actuar como juez y parte. Circunstancia esta, que no pasó desapercibida a los mismos jueces, ya que del Fiscal norteamericano Robert H. Jackson son las siguientes palabras: «Aunque esta ley se aplique aquí, por vez primera, a los agresores alemanes, incluye también y debe, si realmente ha de servir de algo, condenar los actos de agresión de cualesquiera otras naciones, sin excluir

a las que hoy se sientan aquí como jueces»; pero de ella no se extrajeron las oportunas consecuencias. En nombre de esos mismos principios de Derecho natural hay razones muy poderosas para repuliar una justicia en la que la condición de jueces y reos no depende más que de la suerte de las armas, porque de haber sido ésta muy distinta los entonces jueces podrían haber sido juzgados como reos por similares delitos. Y si se poseen dudas, como efectivamente se tuvieron, de los endebles fundamentos de tal jurisdicción criminal internacional, es preferible a formular una justicia de «medias tintas» remitir a un juicio supremo lo que no puede ser enjuiciado por tribunales humanos.

No es otra la consecuencia que se sigue de aquel sublime diálogo de Jesús con la mujer adúltera, en el que el Maestro desautoriza a aquellos pretendidos jueces de un delito del que sin duda también ellos eran reos.

* * *

Es indudable que esa justicia penal internacional que hoy se propugna está erizada de dificultades, quizá no muy diferentes de las ya vencidas por el Derecho penal estatal, pero esto

no justifica el soslayamiento de aquellos problemas que en la esfera internacional, un sentido equilibrado de justicia plantea aquí con no menor evidencia y urgencia (Pío XII). Dificultades éstas, que bellamente las expresó Goethe en uno de sus poemas al poner en boca de un magistrado los siguientes versos:

En los círculos cerrados gobernamos
[con gran rigor legal,

Lo que flota y se repite en las alturas
[ras intermedias de la vida:

Mas aquello que se mueve, terrible
[y poderoso,

En las altas esferas, en los inmensos
[sos espacios.

Aquello que vive y que mata, sin
[admitir consejo ni sentencia,

Se mide tal vez por otro número
[y otra medida.

Y es que, este Derecho que nos hemos construido para administrar una justicia de «andar por casa» esté acaso necesitado de una total revisión para adaptar lo aprovechable a esa otra justicia macroscópica de «los grandes números», y quizá del éxito o fracaso de esta tarea dependa el futuro de nuestro agitado mundo.

J. Puente Egidio

REVISTA DE
REVISTAS

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, año XVI. Números I, II y III. 1952.

"Influencia de la proclamación de los Derechos Humanos sobre la posición del hombre en el Derecho Privado", por JUAN CARLOS REBORA.

Consagra la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lima el número más arriba consignado, al Congreso Internacional del año 1951 celebrado en Lima, y aun cuando llegada con evidente retraso tiene Ponencias de indudable interés y hemos querido recensionar algunas de ellas, no más interesantes que las demás, pero sí para el autor de estas líneas. De todas formas en nuestro próximo número consignaremos el índice total del número como orientación total de nuestros lectores.

Juan Carlos Reborá, ex-Profesor de la Universidad de Buenos Aires, comienza su artículo con dos afirmaciones absolutas: El derecho es, a la vez, el HOMBRE y el ESTADO. Es el HOMBRE, en las DECLARACIONES DE DERECHOS. Es el ESTADO en la *realización* de tales Declaraciones. Para Reborá la declaración formulada en 1789, y «perdurable en la Historia Universal, como la más activa, y también como la más airada» restituyó al Hombre respecto del Estado y lo singularizó como criatura del Derecho.

Pasa a estudiar el autor seguidamente el problema planteado en la época actual en el que los derechos humanos habían quedado en forma tal supeditado al Estado que prácticamente habían quedado sin valor, si es

que alguna vez efectivamente lo tuvieron. Propone Reborá en su Ponencia, la afirmación «del hombre» como esencial del Hombre y en su consecuencia que las DECLARACIONES DE DERECHOS sean reconocidas como expresiones sintéticas y, a la vez, fundamentales de un orden jurídico que se quiere establecer o tal vez restablecer. Esto implica el colocar al hombre como centro de la norma.

Reborá da las siguientes conclusiones a su trabajo que nosotros trasladamos en obligada síntesis.

1.ª El hombre es inseparable del Derecho. El Estado es coordinador de las relaciones del hombre con los hombres y de éste con la Sociedad.

2.ª Las normas constitutivas, Derecho, que conciernen al hombre son inherentes al mismo.

3.ª Las declaraciones de Derechos constituyen reivindicaciones rotundas.

4.ª La Declaración de derechos Humanos de 1948 es incompatible con cualquier doctrina que identifique a Derecho y Ley.

5.ª El Jurista debe mantener y sostener los derechos del individuo en toda relación jurídica, en el trabajo y en la propiedad.

6.ª El derecho de huelga reviste todas las condiciones necesarias para merecer y alcanzar un tratamiento revestido de juridicidad.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.—
Montevideo, año V. Número 2.

"El hombre y la comunidad internacional", por el Prof. ALDO L. CIASULLO

Es muy interesante el trabajo del profesor Ciasullo en este problema que tan honda preocupación supone para los juristas de todas las épocas y que se ha recrudecido en la actualidad visto el poco respeto que los derechos merecen cuando el derecho no está amparado por la ley del más fuerte, lenguaje este de la fuerza de una maravillosa clarividencia, muy al margen de toda norma ética o jurídica, pero terriblemente real. Porque si el nacionalsocialismo no respetó los derechos humanos, (en ese momento la ley más poderosa era la germana), dichos abusos fueron debidamente castigados en Nuremberg, en el famoso proceso, en el que padecieron los más fundamentales principios jurídicos, y es que en esta ocasión la ley en vigor era la de los aliados, siendo este ejemplo, en su doble aspecto, lo que los hechos nos han mostrado en estos últimos años. Pero los juristas han seguido en su labor, han intentado darnos una paz, que no es sino, con expresión actual, una «guerra fría», quizás porque los juristas de 1945 llevaban uniforme, y siguen doctrinariamente intentando hacer una declaración de derechos, que no debía nacer jamás como una ponencia de un congreso sino como una propia convicción humana. Esta es la triste realidad de 1954, con toda la amargura que da el tener que ser excéptico por necesidad. El profesor Ciasullo da su contribución a este hermoso movimiento en defensa de unos derechos que de puro fundamentales han sido olvidados a los XX siglos de civilización cristiana y

han tenido que ser nuevamente declarados.

El trabajo se extiende a dos artículos, el primero publicado en el número 1.º de 1954 y el segundo en el tomo que queda reseñado en el epígrafe, dedicando casi por completo la primera parte de su colaboración a un bosquejo histórico, desde sus orígenes filosóficos y positivos, pasando por la doctrina del derecho natural, hasta examinar su reconocimiento constitucional, y la crisis de las libertades.

Es interesante el capítulo que consagra a los compromisos públicos asumidos previos a la Carta de las Naciones Unidas. Recuerda el famoso mensaje de Roosevelt de 6 de enero de 1941, conocido por el de las cuatro libertades: de palabra, de credo, económica, del temor (reduciendo la carrera de armamentos). Lo único verdad de este mensaje sin realidad, fue que llenó de esperanza y de fe a los corazones de todos los hombres de buena voluntad.

Trata ligeramente de la Carta del Atlántico y de la declaración de 1.º de enero de 1942 de las Naciones Unidas, para citar seguidamente algunos párrafos de las declaraciones de Moscú, Teherán y Yalta, (1943 y 1945) en la que los aliados occidentales se mostraron de una majestuosa estupidez, que constantemente nos recuerdan aquellas frases de 1.º de diciembre de 1943 (Teherán) «cooperación y participación... destinada a la supresión de la tiranía y de la esclavitud, de la opresión y la intolerancia... confiados en que llegará el día en que to-

dos los pueblos del orbe vivan en libertad, libres de tiranía y conforme a sus particulares aspiraciones y a su propia conciencia».

Examina en el capítulo siguiente las deliberaciones de San Francisco y el porqué el preámbulo dice «Nosotros los pueblos...» y no los Estados, significando como son los pueblos los que estructuran el Derecho. Reproduce después aquellas hermosas palabras del preámbulo, que después detenidamente estudia... «resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombre y mujeres y de las naciones pequeñas y grandes... y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad»...

Fallan siempre los propósitos cuando quien hace las declaraciones no está en situación de garantizar hasta su cumplimiento lo que declara. Las Na-

ciones Unidas, no han logrado ser más que un paso, un nuevo paso en esta aspiración universal de paz sin realidad tangible, la prensa de cada día nos recuerda lo que se ha logrado con esta Organización.

Pasa luego el doctor Ciasullo a examinar la labor positiva internacional para seguidamente estudiar proyectos de pactos, finalizando con unas conclusiones en las que tiende a la creación de aquellos órganos necesarios para dar adecuada realidad y firmeza, y por lo tanto efectividad, a todos los propósitos doctrinales, y que podemos resumir en dar al Organo de las Naciones Unidas, dentro de la posible universalidad, la fuerza e independencia necesaria para exigir el cumplimiento de estos propósitos de paz, de la efectividad de estos derechos que son la garantía necesaria de toda relación del hombre con la comunidad internacional.

E.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS. - Número 73, enero 1954.

«Sociología y Política Criminal», por ANGEL SANCHEZ ORDOÑEZ.

Frente a la corriente predominante que estima al factor biológico como predominante frente al social en las conductas criminales, estima en este interesante trabajo el doctor Sánchez Ordóñez, la necesidad de explorar, según las circunstancias, la predominante sobre la conducta humana, bien la influencia del medio o la biológica.

Cita a Mezger, cuando el sabio profesor germano llega a la conclusión que una buena política social constitu-

ye la mejor política criminal, criterio que se manifiesta afín con el de Von Listz.

Estudia a continuación los medios circundantes laborales y los medios intelectuales de influencia, para terminar con el estudio del grupo político y su influencia sobre la comisión de delitos.

Termina este breve e interesante estudio don Angel Sánchez Ordóñez con estas palabras «...puede exponerse que

el interés de esta parte de la política criminal, no radica sólo en los medios sociales propicios a la contaminación delincuente por diferentes factores de índole exógena (vivienda, vida de mendigo, alcoholismo, deficiente educación primaria, padres delincuentes, etc), sino al medio social en general, auscultando aquellas capas sociales que menos son dadas al delito

de picaresca y que casi siempre han sido desestimadas en este orden de cosas, pues es de estimar que en todos los medios sin distinción, el empirismo machacón nos da la razón del fundamento de su estudio y observación como otras tantas fuentes de perturbaciones sociales, muchas veces de más peligro y entidad».

La médula del Sistema de poder en el Estado contemporáneo: "La burocracia",
por ANTONIO CARRO MARTINEZ.—Número 77, año 1954, setiembre.

Comienza su documentado trabajo Carro Martínez, con una afirmación que es al mismo tiempo una evidencia: «El imperio del derecho no es más que la fachada tras la que se oculta el imperio del poder. Su esencia es eso, mandar, conforme a derecho, sí, pero son también múltiples los casos en que ha obrado, con igual eficacia contra derecho». ¿A qué se debe esto?, se pregunta el autor unas líneas más adelante. «Pues sencillamente a una solapada interferencia que entre los elementos actuantes del poder y el cuerpo de ciudadanos, se ha producido. Esta interferencia, tímida en el siglo XIX, se ha convertido en mastodóntica en el actual movimiento universalista... Ese cuerpo extraño, neutro, que tan insensiblemente ha hecho su aparición en el moderno Estado, es la administración actuante, es decir la BUROCRACIA. Los servidores del Estado han pasado a ser dueños del Estado».

Este fenómeno que señala el autor,

y que no ha dejado de ser observado no sólo por los juristas, sino por el pueblo como tal, es evidentemente una tara actual de la que es ya casi imposible librarse, condiciona, evidentemente la política y todos los resortes prácticos de la vida de la nación radican en sus manos. Esto que es menos malo cuando la burocracia actuante está bien organizada y sirve lealmente a los destinos de la nación, tiene efectos desastrosos cuando se está en el caso contrario, y este mal es casi incurable, porque como afirma Carro Martínez, cuesta trabajo crearla, pero una vez creada cuesta trabajo destruirla. El único remedio, de contar con una política honesta, sería la posibilidad de renovación, esto tiene el inconveniente de la dificultad de la improvisación en determinados cometidos que la convierte en permanente. La política actuante, afirma Carro, «se halla impotente ante la complejidad técnica de los problemas que la realidad le plantea; por ello

precisa de la experiencia de la burocracia que es quien conoce los hechos, gracias a su permanencia, continuidad y extensión».

Trata asimismo, Carro Martínez del problema de la posibilidad de que la burocracia sienta credos políticos. Desde el punto de vista histórico la afirmación de la cuestión es indiscutible, desde el punto de vista funcional, el problema debiera ser, a lo menos, indiferente. La realidad, en un número de países mayoritario, es, que el sistema burocrático es sustancialmente conforme con la manifestación política predominante. Cita el autor no

sólo los ejemplos de los Estados totalitarios, sino el muy reciente caso de Norteamérica realizando una verdadera purga en todo su cuerpo de funcionarios estatales.

Como resumen de su trabajo y como consecuencia que extrae de la enseñanza de la vida actual, el doctor Carro afirma que la «burocracia, en colaboración más o menos intensa con el gobierno y los partidos, emerge como la médula del sistema de poder actuante, a la vez que los parlamentos y el pueblo pierden su específico peso en este sentido».

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.—Tomo VII. Fascículo III, año 1954.

‘*En torno a la escuela penal española*’, por VALENTIN SILVA MELERO.

Acomete el autor en este interesantísimo trabajo el estudio de la escuela penal española y de los primeros autores jurídicos que tuvieron una preocupación por los temas penales, como por ejemplo Alfonso de Castro, profesor de Teología en Salamanca, que aplica las ideas de Santo Tomás de Aquino al Derecho Penal en su libro «De potestate legie peonalis» escrito en 1550 y que hace decir al autor que a su vista bien pudiera merecer revisión el título de padre del Derecho Penal concedido a Beccaria.

Estudia a continuación otros nombres ilustres del mundo jurídico patrio que consagraron sus estudios al derecho penal, para pasar seguidamente a examinar el primer proyecto de Código Penal conocido en el mundo

y que fué el que en 1777 encargaba el Consejo Real de España encargaba a Lardizabal, que concluyó su trabajo pero que no llegó a convertirse en Ley. Sigue una orientación eminentemente francesa la labor codificadora posterior, influencia que penetró en España a través de la divulgación de la obra de ROSSI. Más tarde la nueva tendencia es de carácter alemán, a través de la general influencia krausista en nueva patria, por medio de la doctrina correccionalista de Roeder. Estudia seguidamente el Dr. Silva Melero como se difunde esta teoría correccionalista.

Termina su trabajo examinado a alguna de las figuras representativas del siglo XIX que, dedicadas al estudio de los problemas penales, se nos apa-

recen como hombres que convirtieron en fuerza creadora el descontento, nota romántica como puso de relieve Federico Nietzsche, algo así como la vida del hombre cuando se le vuelve drama, como ha dicho Ortega.

Sin expresarlo el Dr. Silva Melero se declara identificado con esa evidente trayectoria del pensamiento penal español, de tesis iluminada, caritativa y esperanzadora... profundamente cristiana, añadiría yo. Se disculpa el autor de que su trabajo tenga

tanto de poesía como de ciencia, disculpa innecesaria porque cuando gravita dentro de nosotros el inmenso problema de hombre delincente, éste, no puede desplazarse enteramente al precepto frío de la ley, es necesaria la interpretación humana, cordial... y de acuerdo estamos en que «nadie como los poetas para comprender al alma humana... porque les duele», aun cuando corregir también suponga castigar.

E.

TEXTOS



LEY DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954 SOBRE HIPO- TECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZA- MIENTO DE POSESION

La presente Ley regula una forma de la garantía real que cuenta con importantes precedentes en nuestro Derecho y en el de otros países; pero al hacerlo no se sujeta estrictamente a los patrones clásicos y a tales precedentes, antes se desvía muchas veces de ellos, de manera que bien puede afirmarse entraña una trascendente y ponderada novedad legislativa. Esta novedad se refleja en la configuración técnica aceptada para la hipoteca mobiliaria y para la prenda sin desplazamiento de posesión, en los bienes que se sujetan a la garantía, en la extensión dada a ésta en algunos casos, en la regulación formal y registral de la nueva figura jurídica —que lleva a la creación de un Registro público para estos gravámenes—, en el desenvolvimiento del derecho real durante su existencia antes de llegar el momento de su ejecución, en su repercusión obligada respecto de terceras personas, en su desarrollo procesal, y, en fin, en la determinación de los derechos de preferencia y persecución, típicos de todo derecho real y de tal dificultad en esta forma de garantía que han sido el obstáculo, hasta ahora insuperado, para la

perfecta eficacia de los intentos legislativos sobre la materia.

Estas consideraciones, unidas a la necesidad de adoptar, en ocasiones; soluciones impuestas por la práctica y la técnica obligan a explicar y fundamentar el desenvolvimiento dado en la Ley a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento de posesión.

Necesidad de la reforma

La configuración tradicional de los derechos reales de prenda e hipoteca, con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles y con sus características de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión, es, sin duda, insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la garantía real. La doctrina científica puso de relieve los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda sobre todo en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas o industriales; el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor, al privarle de bienes adecuados; para la economía nacional al paralizar elementos de tra-

bajo y de producción y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones. La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligada a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes.

Por otra parte, la importancia adquirida por las cosas muebles al impulso del moderno desarrollo industrial y la aparición de nuevos bienes en el sentido jurídico, difícilmente catalogables entre las cosas muebles o inmuebles hicieron pensar en la que se denominó prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria, como medio de hacer viable la garantía real para estos bienes, que por su valor o por naturaleza se adaptaban con dificultad a los modelos clásicos.

Las legislaciones han resuelto el problema, por regla general, de un modo parcial y atendiendo a los diversos objetos susceptibles de garantía; la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria fué aceptada en gran número de países bajo las formas de prenda agrícola, rural o agraria, ganadera, hotelera, de automóviles o de Empresas o establecimientos mercantiles.

En nuestro Derecho se siguió inicialmente este mismo criterio y fueron objeto de regulación la prenda agrícola y ganadera (Real decreto de 22 de setiembre de 1917), la prenda acci-

tor (Decreto de 29 de noviembre de 1935) y la prenda industrial (Ley de 17 de mayo de 1940). Posteriormente la Ley de 5 de diciembre de 1941, que añadió al Código Civil los artículos 1.863 bis a 1.873 bis, se inspiró en un criterio más comprensivo intentando una regulación de carácter más general, que, sin embargo, por diversas circunstancias, no ha llegado a tener en la práctica el desarrollo y la aplicación deseados por el legislador.

Naturaleza de la garantía

El primer problema que ha habido que resolver ha sido el de la naturaleza jurídica que se había de atribuir a esta nueva forma de garantía real. Podía seguirse el criterio de equipararla a la hipoteca, bien al modo de la hipoteca naval, alterando por disposición legal la naturaleza de los bienes al solo objeto del gravamen, bien introduciendo claramente la modalidad de la hipoteca mobiliaria. Podía también seguirse el criterio de asimilarla a la prenda en atención a la naturaleza de los bienes, eliminando el requisito de la entrega de la posesión bajo la forma de prenda sin desplazamiento. Todos estos sistemas tenían precedentes en la doctrina científica y en las legislaciones. En nuestro Derecho el predominante era, indudablemente, el último.

En primer término, nada resolvía en el orden teórico ni en el práctico seguir la ficción de la ley de Hipoteca Naval, de considerar inmuebles los bienes muebles por naturaleza, al sólo objeto de hacer posible su hipoteca. En el actual estado de la ciencia jurídica, se ha creído innecesario acudir a esta ficción.

Era, pues, preciso adoptar uno de

los otros dos sistemas, y para ello se han tenido en cuenta, muy especialmente, las características sustantivas de la prenda y de la hipoteca.

La acción real ha tenido siempre, como elemento indispensable, la identidad de la cosa; por eso, teóricamente, no ha sido posible construir derechos reales perfectos sobre cosas genéricas ni sobre cosas futuras. El grado de perfección en cuanto a la identidad de la cosa y su reflejo consiguiente en documentos y Registros públicos, ha llevado a la Comisión a distinguir dos grupos de bienes: los de identificación semejante a la de los inmuebles y, por tanto, como éstos, claramente susceptibles de hipoteca, y los de identificación menos perfecta y, por consiguiente, de un derecho de más difícil persecución, que quedan dentro de la figura clásica de la prenda, si bien sustituyéndose por la publicidad registral el requisito del desplazamiento de posesión. Más que la instauración de dos figuras jurídicas nuevas se trata de trasplantar ciertos bienes muebles, que por su función económica lo merecen, y cuya perfección identificadora lo permite, al régimen jurídico de la hipoteca de los inmuebles, de tan notorio desenvolvimiento técnico y económico en España, todo ello partiendo de la misma naturaleza y cualidades de las cosas muebles sin forzadas ficciones de asimilación a los inmuebles.

La determinación de los bienes susceptibles de una y otra forma de garantía, no podía dejarse a la libre interpretación. Por tratarse de una regulación nueva, se ha estimado indispensable fijar con exactitud y de un modo completo los bienes sujetos a hipoteca mobiliaria y a prenda sin desplazamiento. Se señalan como sus-

ceptibles de la primera los establecimientos mercantiles, los automóviles y vehículos de motor, vagones y tranvías, las aeronaves, la maquinaria industrial y la propiedad intelectual e industrial, bienes casi todos ellos que en el actual estado de Derecho son de fácil identificación y, por tanto, susceptibles de ser perseguidos por acción real ilimitadamente. Y se han determinado como susceptibles de prenda: los frutos agrícolas, las cosechas, los productos y aprovechamientos forestales, los animales, ciertas máquinas, aperos y productos de las explotaciones agrícolas o ganaderas, las mercaderías, materias primas almacenadas y los cuadros, esculturas, porcelanas, libros y cualesquier otros objetos de valor artístico o histórico, todos ellos bienes de más difícil identificación por sus cualidades específicas, por lo que, ante su fácil desaparición, transformación o confusión, los procedimientos ejecutivos, especialmente ágiles y rápidos, han de procurar, de modo inmediato, la reintegración posesoria a favor del acreedor, volviendo la prenda sin desplazamiento, por conversión procesal, a prenda desplazada.

Disposiciones comunes

Se inicia la Ley con unas normas de común aplicación a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento, con el fin de evitar repeticiones innecesarias. Dejando para los Titulos respectivos la determinación de los bienes que pueden ser objeto de una u otra figura jurídica, se ha creído conveniente no admitir la posibilidad de hipoteca o de prenda sin desplazamiento de bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallan en situaciones jurídicas especiales; así

ocurre con los bienes anteriormente hipotecados, pignorados o embargados, y con las cuotas indivisas de aquéllos. Aunque, en principio, no existe inconveniente teórico para admitirlas, se ha estimado que, desde un punto de vista práctico, debían excluirse, con el fin de dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad posibles y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un confusiónismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas. Tal vez, y ello se ha tenido muy en cuenta, se limiten las posibilidades de crédito, y por tal razón, acaso en ulteriores legislativas, pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones; pero, en la actualidad, es preferible establecerlas para asegurar el éxito de la institución.

Al mismo fundamento obedece la prohibición de la subhipoteca y la de constituir prenda sin desplazamiento sobre bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria que se recogen más adelante.

Exigencia especial para que los bienes puedan ser objeto de hipoteca o de prenda sin desplazamiento es la de que el precio de adquisición, en su caso, esté totalmente pagado, a menos que la hipoteca o la prenda se constituyan precisamente en garantía del precio aplazado. Se funda este requisito en la consideración de que las ventas a plazos, tan frecuentes en circunstancias normales, se verían entorpecidas, en perjuicio del comercio, si el vendedor tuviere el fundado temor de ver perjudicado su crédito por la constitución de una garantía sobre los bienes así vendidos. Dar preferencia al crédito por precio aplazado sobre la hipoteca o la prenda hubiera

sido contrario a la naturaleza de uno y otro derecho. Exigir al vendedor, para estar debidamente garantizado, que acudiera siempre a la hipoteca o a la prenda, sería muy gravoso para el comprador y chocaría con la práctica usual en esta clase de ventas. De este modo, además, se eliminan los problemas que suscitarían los variados pactos que suelen acompañar a estas ventas aplazadas, especialmente la condición resolutoria y la reserva de dominio.

Seguidamente se configuran y desarrollan normas generales reguladoras de la hipoteca y de la prenda, de conformidad con las establecidas para la hipoteca sobre inmuebles en cuanto se refiere a su constitución, extensión a las indemnizaciones, garantía por intereses, cesión del crédito garantizado y derechos de persecución y preferencia.

Existen, sin embargo, algunas desviaciones que se han considerado necesarias y que son impuestas por la propia naturaleza de las cosas objeto de garantía. Así ocurre con el precepto que prohíbe al deudor vender los bienes hipotecados o pignorados sin consentimiento del acreedor, que tiene su fundamento en que no es indiferente para éste la persona del tercer poseedor de los bienes muebles, ya que éstos exigen un cuidado y un celo especiales muy superiores al de los inmuebles, para asegurar su conservación y el mantenimiento de su valor.

Son también especialidades las contenidas en los preceptos que regulan el derecho de preferencia y la prescripción de las acciones hipotecaria o pignoraticia. Respecto del primero, la circunstancia de que nuestros Códigos Civil y de Comercio hacen sepa-

fación cuidadosa en la prelación de créditos, según se refieran a bienes muebles o inmuebles, aconsejó equiparar la hipoteca y la prenda sin desplazamiento a la prenda común.

Con el fin de dar mayor agilidad a las Instituciones, y recogiendo el precedente que ya se consignó en el artículo 1.868 bis del Código Civil, se autoriza la intervención de los Agentes de Cambio y Bolsa o Corredores de Comercio Colegiados, indistintamente con la de los Notarios, cuando se trate de operaciones bancarias y dentro del ámbito que señala el artículo 93 del Código de Comercio para la actuación de tales Agentes.

Regulación general de la hipoteca

Se determinan, en primer término, los bienes que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria, partiendo de la idea de sujetar a esta forma de garantía únicamente los bienes susceptibles de identificación exteriorizada en el Registro y de recibir eficazmente la publicidad registral. Los requisitos exigidos a algunos de estos bienes para ser hipotecados se examinarán más adelante.

Tiene especial interés precisar qué bienes no son susceptibles de hipoteca mobiliaria: todos aquellos no incluidos en la enumeración del artículo 12. Para excluir su hipotecabilidad se ha tenido en cuenta, como razón fundamental, que, fuera, de los enumerados, no existen, por el momento, otros que puedan adaptarse debidamente al régimen de Registro y que puedan ser, por tanto, hipotecados.

Hipoteca de establecimiento mercantil

La diversa terminología empleada en la doctrina científica para designar

la Empresa, hacienda, casa o establecimiento mercantil; las diferentes construcciones teóricas de la Empresa, desde las que la consideran como un ente jurídico unitario al modo de una universalidad, hasta las negativas, que no admiten el concepto unitario de la Empresa y la especial naturaleza de las cosas o elementos que la integran, son cuestiones que han sido objeto de muy detenido estudio por la evidente trascendencia que tienen para el desenvolvimiento de la hipoteca.

Se ha creído que debe consagrarse preferente atención al establecimiento, como base física de la Empresa, como elemento más permanente de la misma y como bien que, en nuestra vida real, es por sí solo objeto de posible transmisión y tiene un valor intrínseco y objetivo, en cierto modo independiente de la actividad del comerciante y de los demás elementos de la Empresa. Por estas razones, y habida cuenta de los precedentes de Derecho comparado y del proyecto, de Código de 1926, el objeto fundamental y directo de la hipoteca es el establecimiento mercantil. Su hipotecabilidad no deriva de ser uno de los elementos de la Empresa, sujeto al gravamen como los demás, sino que es la base del derecho real; es el soporte objetivo de la hipoteca, que, apoyada en él, puede extenderse a otros elementos de aquélla.

Para que el establecimiento sea hipotecable se precisan dos requisitos: que el hipotecante sea su titular—dueño o arrendatario—y que no tenga limitada la facultad de traspasar. La titularidad más frecuente del establecimiento mercantil deriva del arrendamiento; sin embargo, se ha estimado conveniente permitir al dueño que explota su propio local industrial o co-

mercial, acogerse a esta forma de garantía, pues no debe ser para ello de peor condición el industrial o comerciante que desarrolla su actividad en un inmueble propio que el que lo hace en un local arrendado. La hipoteca constituida por el dueño sobre el establecimiento será por completo independiente de la que pudiera constituir sobre el inmueble de su propiedad: de aquí el precepto que establece que quien adquiera el establecimiento mercantil hipotecado, en virtud de ejecución, tendrá el carácter de arrendatario del local en los términos previamente establecidos en la escritura de constitución de la hipoteca. De esta suerte, a quien en su propio local ejerce la industria o el comercio se le ofrecen dos posibilidades de garantía: la hipoteca inmobiliaria sobre la finca y la mobiliaria sobre el establecimiento.

El segundo requisito es una simple aplicación del precepto general según el cual sólo los bienes enajenables son susceptibles de hipoteca.

La difícil cuestión de la extensión objetiva de la hipoteca de establecimiento mercantil ha dado lugar a las más arduas deliberaciones. Tras un detenido estudio de la naturaleza de los diversos elementos de la Empresa, de las legislaciones que han regulado su prenda o hipoteca y de las variadas posiciones de la ciencia jurídica, se ha resuelto el problema a base de la siguiente distinción: Primero, extensión necesaria de la hipoteca: comprende el derecho de arrendamiento del local y sus instalaciones fijas y permanentes. Segundo, extensión normal de la hipoteca: comprende los derechos de propiedad intelectual e industrial y el utillaje del establecimiento, elementos a los cuales se ex-

tiende la hipoteca, salvo que por pacto sean excluidos de ella. Tercero, extensión convencional: en virtud de pacto expreso podrá extenderse la hipoteca a las mercaderías y materias primas. Cuarto, extensión por subrogación: la hipoteca se extiende a las indemnizaciones concedidas o debidas al titular del establecimiento, como en los supuestos normales, con la especial regulación de una fuente de posible indemnización: la del propietario al arrendatario, conforme a la ley de Arrendamientos Urbanos, para la determinación de la cual se da al acreedor una intervención que, sin disminuir los derechos de aquél, tiende a salvaguardar la eficacia de la garantía.

El problema que mayores dificultades ofrece es, sin duda alguna, el de las mercaderías y materias primas. Entre dos soluciones extremas—la de la legislación francesa, que excluye estos elementos de la hipoteca, y que tiene la ventaja de su simplicidad, pero el inconveniente de eliminar de la hipoteca una importante fuente de riqueza y de garantía, y la propugnada por un sector doctrinal, de incluirlas, neutralizando su constante movilidad por un sistema de subrogación real, que ofrece el gravísimo problema de las deudas procedentes de suministro de mercaderías y materias primas y el no menos importante de las repercusiones de la hipoteca sobre el crédito del comerciante—, se ha adoptado una posición intermedia: quedan fuera de la hipoteca, normalmente, pero se pueden sujetar a ella en virtud de pacto expreso de acreedor y deudor, siempre que pertenezcan al hipotecante y su precio de adquisición esté totalmente satisfecho, regulándose, para el caso de existir el pacto, el alcance de la

subrogación real. Con esta solución, se amplía la posibilidad de crédito sobre estos elementos, que pueden, en muchos casos, presentar un valor económico muy superior al del establecimiento: no se disminuye la capacidad crediticia del comerciante para la adquisición de nuevas mercaderías, al respetarse los créditos de los suministradores, mediante el requisito del total pago del precio para que las mercaderías queden afectas a la hipoteca, y el alcance de ésta se limita a una obligación de mantener el volumen pactado, para el cumplimiento de la cual se concede al acreedor la facultad de inspección y la de dar por vencida la obligación si dicho volumen disminuyere dentro de ciertos límites, dejando a salvo las normales fluctuaciones del comercio, y respetando la norma —fundamental para la vida mercantil— del artículo 85 del Código de Comercio.

De los preceptos que regulan la extensión de la hipoteca se deduce que quedan excluidos de ella los elementos inmuebles del establecimiento; así ocurre con la organización y la clientela, elementos de muy difícil o imposible sujeción a las normas de una hipoteca.

Otra cuestión que provoca graves dificultades en la hipoteca de establecimiento mercantil es la de precisar las relaciones entre el acreedor, el hipotecante y el propietario de la finca. Dos aspectos ofrecen estas relaciones: la posición de las partes durante la vigencia de la hipoteca y la repercusión sobre ésta de la extinción del arrendamiento.

Para resolver el primer aspecto, se ha partido de un doble supuesto. El propietario de la finca puede haber consentido la hipoteca o no. Si la ha consentido, habrá de atenerse a lo es-

tipulado en la escritura y, en su defecto, cuando se limitó a dar su consentimiento posteriormente, se enumeran las repercusiones que para él puede tener la hipoteca, dirigidas fundamentalmente a disminuir los supuestos de extinción del arrendamiento para asegurar la mayor estabilidad de aquélla, y se le conceden ciertas ventajas económicas y jurídicas que, sin ser demasiado gravosas para el hipotecante, sirven de compensación a las limitaciones que la hipoteca produce en su posición de propietario. En el caso de no haber intervenido éste en la escritura, ni consentido ulteriormente la hipoteca, sus derechos no deben sufrir alteración alguna por la constitución de ésta, razón por la cual la Ley respeta todos los que le concede la ley de Arrendamientos Urbanos.

Para el supuesto de extinción del arrendamiento y las posibles indemnizaciones que el propietario haya de abonar al inquilino, se establece la necesidad de notificar al propietario la constitución de la hipoteca. Tal notificación es indispensable como medio de evitar que aquél, desconociendo la existencia del gravamen, y, por tanto, de buena fe, pague su indemnización al arrendatario, quien, silenciando la existencia de la carga, podría hacer ilusorio el derecho del acreedor. El propietario, una vez notificado, sufre algunas limitaciones impuestas por la naturaleza de las cosas y por el principio de la buena fe. Así ocurre con la obligación que se le impone de no entregar, sin consentimiento del acreedor o resolución judicial, las indemnizaciones que correspondan al arrendatario, y de comunicar a aquél las notificaciones prevenidas en el artículo 102 de la ley de Arrendamientos Urbanos. Fuera de esto, la extinción

del arrendamiento produce la de la hipoteca. Sin embargo, con el fin de asegurar en lo posible la estabilidad de ésta, se consignan algunas reglas especiales, como son: Primera, la facultad del acreedor de abonar las rentas impagadas por el deudor, establecida expresamente para evitar toda duda, aunque en definitiva es una simple aplicación del artículo 1.158 del Código Civil. Segunda, la subrogación real preceptuada para el caso de resolución del arrendamiento por derribo del edificio, sustituyendo el arrendamiento por este derecho en la ejecución de la hipoteca. Tercera, la declaración de nulidad de la renuncia del arrendamiento por el arrendatario durante la subsistencia de la hipoteca, problema éste discutidísimo y que se ha resuelto de conformidad con la regla general del artículo 4.º del Código Civil.

Hipoteca de automóviles, vagones y tranvías

Las normas que regulan la hipoteca de automóviles —palabra que se emplea en la Ley en un sentido amplio, comprensivo de todos los vehículos de motor asimilados a aquellos por la legislación vigente— tienen por finalidad:

Extender todo lo posible la publicidad, llevándola, no sólo al Registro de Hipotecas, sino además al Registro administrativo correspondiente y al permiso de circulación.

Garantizar la conservación del vehículo hipotecado, mediante la obligación de asegurarlo contra toda clase de riesgos, por ser éstos mucho más frecuentes en tales bienes que en los demás susceptibles de hipoteca.

Facilitar el derecho de persecución

mediante la prohibición, que cuenta con precedentes en la legislación comparada de que el vehículo hipotecado sea trasladado a territorio extranjero, haciendo ilusorios los derechos del acreedor.

Hipoteca de aeronaves

En la hipoteca de aeronaves se han tenido presentes los actuales proyectos para la regulación jurídica de las mismas. En ellos se inspiran las normas sobre extensión y distribución de la hipoteca, prelación de créditos, hipoteca de aeronaves en construcción, etc. De acuerdo también con dichos precedentes, se asimila en gran parte esta hipoteca a la de buques y se lleva su inscripción al Registro Mercantil.

Hipoteca de maquinaria industrial

El objeto de hipoteca mobiliaria que más dificultades ha suscitado para su admisión, ha sido la maquinaria industrial. La diferente situación y destino en que puede encontrarse, y su más difícil perseguibilidad, han sido los problemas más graves que ha habido que resolver. Del segundo hay referencia en otro lugar de esta exposición.

La primera cuestión se ha resuelto a base de una distinción:

La maquinaria industrial puede hallarse: en tiendas o almacenes abiertos al público y dedicados a la venta de aquéllas, o en fábricas e industrias como elemento de trabajo o de producción.

En el primer caso, las máquinas tienen la cualidad de mercaderías, están destinadas a la venta y su comprador gozará de la prescripción instantánea establecida por el citado artículo 85 del Código de Comercio. En

consecuencia, resulta imposible el derecho de persecución. Por este motivo, la maquinaria, cuando se halle en esta situación, no es susceptible de hipoteca. Puede, como mercancía, quedar sujeta a la que se constituya sobre establecimiento industrial o mercantil en que se fabrique o venda, en la cual se deja a salvo, según se ha expuesto anteriormente, la aplicación de las normas mercantiles en caso de venta. Lo que no puede ser objeto directo de una hipoteca.

En el segundo caso, en que la máquina aparece como un elemento de producción o de trabajo, ha sido admitida su hipoteca. Se ha estudiado detenidamente con arreglo a qué criterio había de calificarse la maquinaria como industrial para ser susceptible de hipoteca. Se ha tenido en cuenta el destino a un fin industrial y la afectación efectiva a una determinada industria. El primero es un dato de carácter objetivo y la afectación es un dato económico y jurídico, que, además de presuponer el destino, implica la efectiva caracterización de la máquina como elemento de trabajo o de producción. Los conceptos son análogos a los del número 5.º del artículo 331 del Código Civil, pero referidos, no a bienes inmuebles, sino a industrias; por esto será indiferente para la hipoteca mobiliaria que la finca en que se haya hecho la instalación sea o no propiedad del dueño de las máquinas; basta que sea suya la industria a que estas últimas estén afectadas.

De este modo la maquinaria industrial puede hallarse sujeta a hipoteca de tres maneras diferentes: a hipoteca mobiliaria, como objeto directo y autónomo de ella, conforme al capítulo V del título primero; a hipoteca de

establecimiento mercantil, como consecuencia de la extensión de esta última de acuerdo con el capítulo II del título primero, y a hipoteca inmobiliaria, cuando concurren los requisitos exigidos por el artículo III de la ley Hipotecaria.

Hipoteca de propiedad intelectual e industrial

La hipoteca de estos derechos es de más fácil desenvolvimiento que la de los demás bienes, por su carácter esencialmente formal, por su perfecta adecuación a la vida registral y por ser, en su esencia, objeto de regulación en nuestro Derecho positivo. Los requisitos de la hipoteca se establecen de conformidad con las reglas generales de la hipoteca mobiliaria; sus efectos, de acuerdo con las normas vigentes que regulan estas propiedades especiales y la publicidad, se ha centralizado, estableciendo en Madrid el Registro de hipotecas de la propiedad intelectual e industrial, con lo cual se ha facilitado su desenvolvimiento al poner en relación este Registro de hipotecas de la propiedad intelectual e industrial, con lo cual se ha facilitado su desenvolvimiento al poner en relación este Registro único con los Registros administrativos.

La prenda sin desplazamiento de posesión

Se ha explicado anteriormente el criterio sobre la naturaleza de los derechos reales de prenda e hipoteca. Es consustancial con la hipoteca la publicidad registral; con la prenda, la publicidad posesoria.

La admisión de la prenda sin desplazamiento de posesión, a pesar de

los escrúpulos de orden doctrinal y práctico que se presentaban, obliga a exponer los fundamentos que se han tenido en cuenta y que han sido objeto de una profunda meditación.

Según queda indicado, para la división de prenda e hipoteca y para la determinación de las cosas muebles susceptibles de esta última forma de garantía, se ha seguido la distinción entre cosas muebles susceptibles de identificación registral y cosas muebles que no lo son. Estas últimas son las que, en principio, deben ser los objetos propios de la prenda común con desplazamiento posesorio. Mas la extraordinaria variedad de la naturaleza física y del destino de las cosas muebles, dificultad o más bien imposible la sumisión de todas a un tratamiento unitario.

Entre las cosas muebles no susceptibles de identificación registral —al menos de una perfecta identificación— existen algunas que, bien por ser instrumentos del trabajo propios del deudor —ganados, elementos agrícolas, por ejemplo—, bien por exigir cuidados y atenciones especiales —ganados no destinados al trabajo, sino a la producción y reproducción, bien por su carácter futuro—cosecha esperada—, o por otras consideraciones, no admiten o lo hacen con dificultad el desplazamiento posesorio. Estas cosas muebles no son susceptibles de hipoteca por su imperfecta identificación registral; tampoco lo son de prenda común por la imposibilidad física, jurídica o económica de su desplazamiento al acreedor o a un tercero.

La más grave consideración que se presentó al contemplar este supuesto fué la de que en el caso de limitar las formas de la garantía real mueble a la hipoteca y a la prenda común,

se dejaban fuera de la posibilidad de ser objeto de garantía real a estos bienes inmuebles, solución que no se podía aceptar impunemente. En primer término, desde un punto de vista histórico, en este grupo se encuentran las primeras normas que aparecieron en la doctrina científica, en intentos legislativos de más de medio siglo de antigüedad y en la legislación positiva de la garantía mueble sin desplazamiento. En segundo lugar se priva a la posibilidad de crédito —o se obligaba a acudir al crédito en condiciones moral y jurídicamente reprobables— a un amplio sector de la agricultura y la ganadería, que constituyen una de las más cuantiosas fuentes de la riqueza española. Por último, se dejaba incompleta la labor de la Ley y se creaba un importante vacío legislativo, suprimiendo algunos supuestos de garantía real, existentes en el Derecho actual, sin crear formas adecuadas en sustitución de las suprimidas.

Era, pues, necesaria la admisión de la garantía real sobre estas cosas muebles. Mas ello planteaba la difícil cuestión de la previa determinación de la naturaleza y de su catalogación entre la prenda y la hipoteca.

No es la hipoteca mobiliaria la forma adecuada para esta garantía. La posición respecto de la hipoteca ha sido la de admitirla únicamente en los casos en que la publicidad registral pudiera otorgar al acreedor una seguridad plena y eficaz. La publicidad que para este grupo de cosas muebles se puede conseguir es evidentemente débil, y, por la propia naturaleza de las cosas, no podría desenvolver sus efectos ni en la forma de la publicidad inmobiliaria, ni en la que la Ley regula para la hipoteca mobiliaria.

Tampoco era posible crear una figura jurídica nueva, con propia denominación o sin ella, que apareciera como un derecho real de garantía entre la prenda y la hipoteca. Esta solución hubiera sido poco prudente y tal vez de poca eficacia en la realidad al abandonar la institución a las dificultades de índole doctrinal, jurisprudencial y práctica que lleva consigo toda novedad legislativa.

En nuestro Derecho positivo, los casos actualmente regulados lo son bajo la forma de prenda, sin que en ellos se aiese más vacilación de tipo doctrinal que la de la Ley de 5 de diciembre de 1911, que añadió los artículos «bis» al Código Civil. Por otra parte, la terminología hoy vigente de prenda sin desplazamiento ofrece la ventaja de ser la usual, fácilmente comprensible por los particulares y por los Organismos y funcionarios que han de aplicar la Ley. Por último, la configuración de este derecho como prenda permite su fácil engranaje en los preceptos que sobre prelación de créditos contienen los Códigos Civil y de Comercio, mientras que la creación de un derecho nuevo hubiera obligado a una revisión y modificación de tales normas.

La regulación de la prenda sin desplazamiento se ha hecho siguiendo fundamentalmente los precedentes del Derecho positivo vigente, especialmente el Real decreto de prenda agrícola de 22 de septiembre de 1917 y los artículos «bis» del Código Civil, sin más alteraciones que las que se han estimado necesarias para modernizar y dar actualidad a aquellas disposiciones y para adoptar a la institución de la mayor eficacia jurídica posible.

Subsisten las formas de prenda agrícola y ganadera, añadiéndose supues-

tos de prenda industrial o comercial y de objetos muebles con individualidad propia, bien sea ésta a base de determinadas características o derivada de la importancia artística o histórica de los objetos pignorados. Se regula la inscripción de la prenda, su extensión y los derechos y obligaciones de las partes y se establecen procedimientos ejecutivos rápidos y sencillos para hacer efectivos los créditos garantizados.

En la regulación de la prenda se han tenido en cuenta los juicios adversos a la ficción del depósito en cosa propia, que han sido objeto de especial estudio, y se ha considerado que esta figura no es propiamente un depósito, sino una especial situación del deudor, análoga en algunos puntos a la del tercero depositario, pero siempre distinta con arreglo a la naturaleza de las cosas. Sin embargo, se ha mantenido la ficción del depósito, por ser tradicional en nuestro Derecho y por ser el medio quizá más expresivo de determinar dos aspectos de excepcional importancia en la prenda sin desplazamiento: la singular relevancia que en ella tiene la persona del deudor y la más enérgica responsabilidad de éste por actos que dificulten o impidan el ejercicio de los derechos del acreedor. Se sujeta al deudor a todas las obligaciones y responsabilidades civiles y penales inherentes a la cuajidad de depositario.

Otras formas de garantía real mobiliaria

Existen otras formas de garantía real sobre bienes muebles, que no han sido recogidas en la Ley en atención a la especialidad de las mismas; así ocurre con la prenda aceitera, regula-

da por el Decreto de 29 de noviembre de 1935 y Ordenes de 6 y 17 de enero de 1936; la prenda industrial, regulada por Ley de 17 de mayo de 1940, y la prenda de resguardos de almacenes de depósitos o «warrant», regulada por el artículo 194 del Código de Comercio y el título II del Real decreto de 22 de septiembre de 1917.

El Registro

El problema de la publicidad ha sido resuelto a base de la creación de un Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Este Registro, como es obligado, tiene carácter jurídico, depende del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y queda a cargo de los Registradores de la Propiedad, si bien en cuanto a la hipoteca de aeronaves se llevará en los Registros Mercantiles, de conformidad con la asimilación establecida a la hipoteca naval.

Ha sido objeto de meditación el alcance que debería darse al nuevo Registro, en el sentido de si sería procedente establecer un sistema de Registro de Propiedad que, al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de Registro de gravámenes, limitado a las finalidades de esta Ley. Aunque, en principio, se ha estimado que el sistema más completo hubiera sido el primero, se ha desistido de él en atención a las dificultades prácticas de su adaptación; toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de

bienes. Por esta razón se ha regulado solamente un Registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la propiedad de los bienes muebles, al menos para algunos de ellos, como los establecimientos mercantiles y los automóviles.

El Registro de gravámenes podrá establecerse con un doble contenido: o limitado a las hipotecas o referido también a otros gravámenes, es decir, como Registro de hipotecas únicamente o como Registro de cargas en general. Se ha estudiado esta cuestión desde el punto de vista de los embargos, que son los supuestos más frecuentes.

Los embargos posteriores a la hipoteca es evidente que deben ser anotados en este Registro, pues la preferencia de la hipoteca sobre ellos y la consiguiente liquidación de cargas y gravámenes, en caso de ejecución, exige el conocimiento de los embargos posteriores, para evitar que sean ilusorios los derechos de los acreedores embargantes. También se han declarado anotables los embargos que se hagan sobre los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento, aunque no se hallen hipotecados. El fundamento está en el precepto según el cual se prohíbe la hipoteca y la prenda sin desplazamiento sobre los bienes que estuvieren embargados, en cuyo caso, si se constituyere, será nula. Mas, para garantía del acreedor, es necesario arbitrar un medio por el cual pueda conocer la posible existencia de aquellas afecciones judiciales, distinto de la obligación declaración del deudor. Este medio no puede ser otro que la anotación de los embargos.

De este modo, anotado un embargo,

si posteriormente se constituye una hipoteca, carecerá ésta de toda efectividad y no será inscribible. Asimismo ocurrirá en la prenda. No obstante, si se hubiere decretado aquél por la Autoridad judicial, pero no se hubiere llevado al Registro, tanto la hipoteca como la prenda serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido a su debido tiempo a la publicidad registral. La anotación no altera, pues, la naturaleza del embargo, ni añade nuevos derechos, privilegios o garantías a favor del acreedor; se limita a asegurarle frente a posibles gravámenes posteriores que de otro modo se antepondrán a él.

La organización del Registro ha ofrecido pocas dudas y dificultades. El sistema de Registro sobre la base de bienes (principio de especialidad) sólo es aconsejable para los susceptibles de hipoteca mobiliaria y no rige para los que pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento que requieren una organización basada en el contrato y deben someterse a reglas que dimanen de su misma naturaleza y de su fácil movilidad.

Para el Registro se establecen en la Ley las bases fundamentales de la organización, la competencia, la calificación y la publicidad, las cuales habrán de ser desarrolladas con la necesaria minuciosidad en disposiciones ulteriores.

Procedimientos ejecutivos

Complemento necesario de la Ley son las disposiciones de carácter procesal contenidas en el título IV, en el cual se regulan los procedimientos de ejecución aplicables para la efectividad de los créditos garantizados.

Siguiendo la pauta de la ley Hipo-

tecaria, se han admitido tres procedimientos: Ejecutivo ordinario, Judicial sumario y Extrajudicial. Las líneas fundamentales de la regulación son análogas a las de dicha Ley, si bien imprimiendo mayor rapidez y brevedad a los trámites y suprimiendo algunos en atención a la diferente naturaleza de los bienes.

Se han proyectado también normas especiales para la ejecución en los casos en que el gravamen recaiga sobre automóviles o establecimientos mercantiles. Las de estos últimos dirigiéndose a mantener la unidad de los objetos a que se extiende la hipoteca y a salvaguardar el derecho de preferencia para adquisición de local que al propietario concede la ley de Arrendamientos Urbanos.

Disposiciones adicionales

Por último, comprende la Ley algunas disposiciones adicionales encaminadas a aclarar algunos puntos concretos, y una final derogatoria, para dejar sin efecto la Ley de 1911, que introdujo los artículos 1.863 «bis» al 1.873 «bis» del Código Civil y derogar determinados preceptos del Real decreto de 22 de septiembre de 1917. Tal es, a grandes rasgos, la Ley elaborada. La Ley de 5 de diciembre de 1911 ordenó que una disposición reglamentaria completara sus preceptos. Los obstáculos para adaptar los artículos «bis» del Código Civil a nuestro ordenamiento jurídico común, y la necesidad de regular algunos casos, de difícil encaje en aquel Cuerpo legal y afectados por disposiciones o proyectos posteriores a aquella Ley, aconsejaron redactar esta Ley, en que se trata de reglar en la vida española la garantía mueble sin desplazamiento. Muchos problemas

habrá que resolver en el porvenir sobre esta materia. Pero a la complejidad que tiene por su propia naturaleza no se podían añadir nuevas dificultades, y se ha tratado de simplificar su ordenación en el mayor grado posible. El tiempo y la aplicación de la Ley determinarán si con ésta se ha conseguido la finalidad apetecida: encauzar y resolver una necesidad sentida en la práctica, defendida por la doctrina y abordada, hasta ahora sin positivos resultados, en anteriores intentos legislativos.

En su virtud, y de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes Españolas, dispongo:

TITULO PRIMERO

Disposiciones comunes a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento de posesión

Artículo 1.º Podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre los bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley.

Si tales bienes estuvieren en pro indivisión o pertenecieren en usufructo y en toda propiedad a distintos titulares, sólo podrán hipotecarse o pignorrarse en su totalidad y mediante el consentimiento de todos los partícipes.

Art. 2.º No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorrados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado.

Art. 3.º La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública.

No obstante, la prenda sin desplazamiento podrá también constituirse mediante póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, cuando se trate de operaciones bancarias o se refiera a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 93 del Código de Comercio.

La escritura o la póliza, en su caso, deberán ser inscritas en el Registro que por esta Ley se establece.

La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley.

La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Los asientos practicados en los libros especiales de hipoteca y de prenda, que se han de llevar en el Registro de la Propiedad, están bajo la protección de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se declare su nulidad.

Art. 4.º El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor.

Art. 5.º La hipoteca y la prenda se extenderán a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o pignorrante, cotizadas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorrados, si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda.

Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de

la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio, se consignará en la forma establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda.

Art. 6.º La falta de pago de la prima del Seguro de los bienes hipotecados o pignorados, cuando proceda su aseguramiento, facultará al acreedor para dar por vencida la obligación o para abonar su importe por cuenta del obligado a su pago.

En este último supuesto, el importe de la prima, incrementado con el interés legal, podrá hacerse efectivo al mismo tiempo y con igual título que la obligación principal, pero dentro del límite máximo fijado para costas y gastos en la escritura de constitución de la hipoteca o de la prenda.

Art. 7.º Podrá también constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, en garantía de cuentas corrientes de crédito o de letras de cambio, con los requisitos que se establecen en los artículos 153 y 154 de la ley Hipotecaria.

Art. 8.º El crédito garantizado con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento podrá enajenarse o cederse en todo o en parte por escritura, en todo caso, con los requisitos y efectos de los artículos 149 y 151 de la ley Hipotecaria.

El crédito garantizado con prenda sin desplazamiento y formalizado en póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor colegiado, podrá enajenarse o cederse total o par-

cialmente por documento intervenido también por Agente a Corredor.

La notificación al deudor deberá ser hecha en todos los casos por acta notarial.

Art. 9.º Salvo pacto expreso, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en garantía de una obligación que devengue intereses, asegurará, en perjuicio de tercero, además del principal, los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente.

Art. 10. El acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, número 2.º, y 1.926, número 1.º, del Código Civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales.

En caso de quiebra, no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignorados mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta.

Art. 11. La acción hipotecaria y la pignoraticia prescribirán a los tres años, contados desde que puedan ser legalmente ejercitadas.

TITULO SEGUNDO

De la hipoteca mobiliaria

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 12. Únicamente podrán ser hipotecados:

Primero. Los establecimientos mercantiles.

Segundo. Los automóviles y otros

vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.

Tercero. Las aeronaves.

Cuarto. La maquinaria industrial.

Quinto. La propiedad intelectual y la industrial.

No podrá hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes comprendidos en los artículos 52, 53 y 54.

Art. 13. Además de las circunstancias exigidas por la legislación notarial, la escritura de hipoteca mobiliaria deberá contener las siguientes:

Primera. Las que identifiquen la personalidad del acreedor, del deudor y, en su caso, del dueño de los bienes hipotecados.

Segunda. Descripción de los bienes que se hipotequen, especificando su naturaleza, cantidad, calidad, signos distintivos y demás particularidades que en cada caso sirvan para identificarlos o individualizarlos.

Tercera. Título de adquisición de los bienes y declaración del hipotecante de que no están hipotecados, pignora-dos ni embargados.

Cuarta. Importe, en moneda nacional, del principal garantizado, plazo para su devolución, tipo de interés si se pactare y cantidad que se señale para costas y gastos.

Quinta. Fijación de un domicilio para requerimientos y notificaciones al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor.

Art. 14. En la hipoteca conjunta de varios establecimientos mercantiles, vehículos de motor, vagones, tranvías, aeronaves o derechos de propiedad intelectual o industrial, deberá distribuirse entre ellos la responsabilidad

real por principal, y en su caso, por intereses y costas.

Art. 15. La hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso se constituirá por escritura, sujetándose a lo dispuesto en los artículos 154 y 155 de la ley Hipotecaria.

Art. 16. La hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida.

Art. 17. El hipotecante conservará los bienes hipotecados, principales y accesorios, con la diligencia de un buen padre de familia, haciendo en ellos cuantas reparaciones y reposiciones fueren menester.

Art. 18. La depreciación de los bienes hipotecados, excepto cuando provenga de caso fortuito, concederá al acreedor el derecho a pedir se intervenga judicialmente la administración de tales bienes, presentando los justificantes necesarios al efecto.

El Juez citará a las partes para que comparezcan ante él dentro del tercer día, y en las veinticuatro horas siguientes y la comparecencia con o sin asistencia del deudor, en vista de lo alegado y probado, y discrecionalmente, dictará auto declarando haber o no lugar a la intervención, nombrando en su caso Interventor. Acordará, asimismo, que se requiera al deudor, a fin de que se abstenga de ejecutar acto alguno en los bienes sin previo conocimiento del Interventor en la forma prevenida en el artículo 1.420 de la ley de Enjuiciamiento Civil,

puediendo liberarse el deudor de esta medida de aseguramiento si para responder de la depreciación sufrida presta caución suficiente, fijada en su cuantía por el Juez.

CAPITULO II

De la hipoteca de establecimientos mercantiles

Art. 19. Para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles deberán estar instalados en local de negocio del que, el titular, sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar.

Art. 20. La hipoteca comprenderá, necesariamente, el derecho de arrendamiento sobre el local si lo tuviere el hipotecante y, en su defecto, los establecidos en el artículo 28 de esta Ley. Asimismo comprenderá las instalaciones fijas o permanentes siempre que pertenezcan al titular del establecimiento.

Art. 21. También comprenderá la hipoteca, si no se estableciere otra cosa, los siguientes bienes, que se describirán en la escritura pública correspondiente:

a) El nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual.

b) Las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo.

Los bienes a que se refiere este artículo quedarán afectos a la hipoteca siempre que se den las circunstancias siguientes: Que sean de la propiedad del titular del establecimiento; que su precio de adquisición

esté pagado, y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial.

Art. 22. La hipoteca se extenderá, mediante pacto a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurrieran los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior.

Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio, pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio.

El acreedor tendrá derecho a inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento, en la forma y plazo estipulados, sin estorbar, en ningún caso, su normal desenvolvimiento.

Art. 23. Se entenderán incluidas en el artículo 5.º las indemnizaciones que debe satisfacer el arrendador del inmueble al arrendatario con arreglo a la ley de Arrendamientos Urbanos.

El arrendador no quedará liberado, en cuanto a las cantidades debidas al arrendatario, si el acreedor hipotecario que le hubiese notificado oportunamente su crédito no presta su conformidad al acuerdo que fije el importe de dichas indemnizaciones.

El acreedor tendrá, en todo caso, personalidad para exigir la intervención de dichas indemnizaciones.

El acreedor tendrá, en todo caso, personalidad para exigir la intervención de la Junta de Estimación.

Art. 24. La escritura de constitución de hipoteca deberá contener, además de las circunstancias expresadas en el artículo 13, las relativas a la renta y demás estipulaciones del arrendamiento, a todos los efectos legales, y en especial a los del artículo 28.

La hipoteca constituida se notificará por acta notarial al arrendador o al propietario del local en que se hallare instalado el establecimiento que se hipoteca. Esta notificación se hará a instancia del acreedor o del deudor.

Art. 25. El acreedor podrá ejercitar los derechos que correspondan al arrendatario para exigir que cesen las perturbaciones de hecho o de derecho, o para que se ejecuten las reparaciones necesarias en el local arrendado, cuando el deudor o hipotecante no las ejercitare, siempre que hubieren transcurrido ocho días desde que fué requerido para ello por el acreedor.

Art. 26. El propietario del local de negocio a quien se le hubiere notificado la constitución de la hipoteca, deberá trasladar al acreedor las notificaciones previstas en los artículos 162 y siguientes de la ley de Arrendamientos Urbanos.

Art. 27. El hipotecante está obligado a continuar el comercio o industria en el establecimiento hipotecado con arreglo a los usos del comercio y a participar al acreedor, dentro de los ocho días, cualquier acto o novedad dañosa.

Art. 28. Si la hipoteca se hubiere constituido por el mismo propietario del local, el adjudicatario, en caso de ejecución, adquirirá, de pleno derecho, la igualdad del arrendatario con

sujeción a lo pactado en la escritura de hipoteca.

Art. 29. El acreedor podrá, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato, dar por vencida la obligación por cualquiera de las siguientes causas:

Primera. Modificación de la clase de comercio o industria del establecimiento hipotecado, si no se pactare otra cosa.

Segunda. Incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 27, y en especial la falta de pago del alquiler, cargas sociales y fiscales y primas de Seguros.

Tercera. Enajenación por el deudor, sin consentimiento del acreedor, de alguno de los bienes hipotecados, excepto las mercaderías, de conformidad con el artículo 22.

Cuarta. Extinción del derecho de arrendamiento del local.

Quinta. Resolución por sentencia firme del contrato de arrendamiento.

Sexta. El término del contrato por cualquiera otra causa reconocida en la Ley.

Séptima. El transcurso de seis meses desde la notificación notarial por el arrendador de la resolución gubernativa que acuerde la demolición del inmueble.

Octava. La disminución en un 25 por 100 del valor de las mercaderías o materias primas hipotecadas, si el deudor no las repusiere, de conformidad con el artículo 22.

Novena. Cualquiera otra causa especialmente fijada por la Ley o estipulada en la escritura de hipoteca al efecto de dar por vencida la obligación.

Art. 30. El acreedor que abonare los descubiertos mencionados en el número 2.º del artículo 29, podrá hacer efectivo su importe, con los intereses legales, al mismo tiempo que la deuda garantida dentro de la cantidad máxima señalada para costas y gastos en la escritura de hipoteca.

Art. 31. El arrendador que hubiere dado su conformidad con la hipoteca tendrá derecho al aumento de la renta vigente en un 5 por 100, con independencia de lo que le corresponda según la ley de Arrendamientos Urbanos. Si posteriormente se traspasara el local, el arrendador tendrá derecho a incrementar en 10 por 100 la participación que le corresponde en el traspaso con arreglo a dicha Ley. Ambos derechos serán ejercitables después de la constitución de cada hipoteca consentida.

Esta conformidad podrá prestarse en el momento de constituirse la hipoteca o en escritura posterior.

La sentencia declarando la resolución del contrato de arrendamiento por cualquiera de las causas señaladas en los números 2.º al 5.º y 10 del artículo 149 de la ley de Arrendamientos Urbanos, deberá ser notificada en forma auténtica por el arrendador al acreedor, así que fuere firme, y no será ejecutiva hasta que transcurran treinta días a partir de la notificación.

Durante este plazo podrá el acreedor hacer efectiva la acción hipotecaria.

El propietario del inmueble tendrá el derecho de retracto respecto de la adquisición que hiciere el adjudicatario en la subasta, y si no la ejercitare tendrá los derechos establecidos en el párrafo primero de este artículo.

Si el acreedor no entabla el procedimiento ejecutivo dentro del indicado plazo de treinta días, el arrendador recuperará el local objeto del arrendamiento resuelto y el acreedor podrá ejercitar la acción hipotecaria sobre los restantes bienes hipotecados.

Art. 32. El arrendador que no hubiere dado su conformidad a la hipoteca, con arreglo al artículo anterior, podrá ejercitar libremente las acciones resolutorias reconocidas en los números 2.º a 5.º y 10 del artículo 149 de la ley de Arrendamientos Urbanos. El acreedor podrá mostrarse parte en el procedimiento.

El deudor que maliciosamente hubiere dado lugar a dicha resolución incurrirá en la responsabilidad civil y en la penal que procediere.

Extinguido, por cualquier causa, el derecho de arrendamiento del hipotecante sobre el local, subsistirá íntegramente la hipoteca sobre los demás bienes hipotecados.

Art. 33. No surtirá efecto alguno en perjuicio del acreedor la renuncia de los derechos derivados del contrato de arrendamiento hecha por el arrendatario durante la subsistencia de la hipoteca, si ésta se hubiere notificado en la forma prevista en el artículo 24.

CAPITULO III

De la hipoteca de automóviles y otros vehículos de motor, tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular

Art. 34. Se considerarán vehículos de motor, además de los automóviles, los camiones, autocares, autobuses, trac-

tores, motocicletas y cualesquiera otros susceptibles de matrícula en el correspondiente Registro Administrativo.

También serán hipotecables los tranvías, trolebuses y vagones de ferrocarril de propiedad particular.

Art. 35. La escritura de hipoteca contendrá, aparte de las circunstancias generales, las siguientes:

Primera. Clase de vehículo y marca de fábrica.

Segunda. Número de motor y del bastidor.

Tercera. Matrícula del vehículo.

Cuarta. Número de cilindros y potencia en HP.

Quinta. Categoría y número del permiso de circulación y lugar y fecha en que fué expedido.

Sexta. Toneladas de carga máxima si se tratase de camiones.

Si se tratase de vagones, se expresará si son abiertos o cerrados y la clase de servicio a que se destinen. De ser abiertos, se consignará si son plataforma o bordes; y de ser cerrados, si son cubas, jaulas o simplemente cerrados. Se identificarán, además, por la serie y número de ejes, número dentro de su serie, carga, casa constructora, año de la construcción y las demás circunstancias que en cada caso se estimen precisas.

Si el objeto hipotecado fuese un tranvía, se hará constar su serie y número, casa constructora, año de la construcción, servicio a que esté destinado, número que le corresponda y las demás circunstancias que contribuyan a su mejor identificación.

El Notario, en el momento del otorgamiento de la escritura, hará la anotación correspondiente en el permiso de circulación del vehículo.

Art. 36. Los vehículos hipotecados deberán ser asegurados contra los riesgos de robo, hurto, extravío, sustracción o menoscabo, por una cantidad igual o superior al importe total de la responsabilidad hipotecaria.

Art. 37. Los vehículos que tuvieren anotada la hipoteca en el permiso de circulación no podrán salir del territorio nacional sin consentimiento del acreedor.

Las Aduanas españolas exigirán, a tal efecto, el citado permiso de circulación.

CAPITULO IV

De la hipoteca de aeronaves

Art. 38. Podrán ser hipotecadas las aeronaves de nacionalidad española, siempre que se hallaren inscritas en la sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde estén matriculadas.

En cuanto a las aeronaves extranjeras, se estará a los convenios internacionales y al principio de reciprocidad.

La aeronave en construcción podrá hipotecarse cuando se hubiere invertido un tercio de la cantidad total presupuesta. La inscripción provisional en el Registro Mercantil deberá convertirse en definitiva, una vez terminada la construcción.

Art. 39. La hipoteca comprenderá, salvo pacto en contrario, la célula, motores, hélices, aparatos de radio y navegación, herramientas, accesorios, mobiliario y, en general, pertrechos y enseres destinados al servicio de la aeronave, aunque sean separables de éstas.

Los repuestos de almacén quedarán hipotecados con la aeronave, siempre que consten inventariados en la escritura de hipoteca.

Art. 40. La escritura de hipoteca contendrá, además de las circunstancias generales, las siguientes:

Primera. Número que tuviere la aeronave en su registro de matrícula.

Segunda. Fase de construcción en que se hallare, en su caso.

Tercera. Marcas de fábrica y de nacionalidad y cuantas características la identifiquen.

Cuarta. Domicilio de la aeronave.

Quinta. Especificación de todos los Seguros concertados, y en especial los de carácter obligatorio.

Art. 41. Sólo gozarán de preferencia sobre la hipoteca mobiliaria las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave, por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquel en que se hubieren terminado dichas operaciones o reparaciones.

CAPITULO V

De la hipoteca de maquinaria industrial

Art. 42. Podrán ser hipotecadas las máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por su propietario a la explotación de una industria y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. Dicha industria deberá figurar anotada en el censo industrial o minero a nombre del hipotecante.

A los efectos de esta hipoteca, se considerarán también como máquinas las calderas de vapor, los hornos que no formen parte del inmueble, las instalaciones químicas y los demás elementos materiales fijos afectos a la explotación de la industria.

Art. 43. La escritura de hipoteca contendrá, además de las circunstancias generales, las siguientes:

Primera. Reseña de las máquinas, instrumentos o utensilios, con expresión de sus características de fábrica, número, tipo y cuantas peculiaridades contribuyan a su identificación.

Segunda. Lugar del emplazamiento e industria a que se destinen.

Tercera. Aplicación de cada máquina o utensilio y su estado de conservación o grado de deterioro.

Art. 44. El dueño de las máquinas y demás bienes hipotecados tendrá la obligación de conservarlos en el lugar y en el estado en que se encontraren, y responderá civil y, en su caso, criminalmente del incumplimiento de aquélla.

Podrá, sin embargo, usar normalmente dichos bienes conforme a su destino, pero sin merma de su integridad.

El mal uso o la resistencia del deudor a la inspección de la cosa por el acreedor o persona que éste designe conferirá al acreedor derecho a dar por vencida la obligación hipotecaria.

CAPITULO VI

De la hipoteca de propiedad intelectual e industrial

Art. 45. Los derechos protegidos por las Leyes de propiedad intelectual e

industrial podrán ser hipotecados en la forma que se establece en los artículos siguientes.

Art. 46. La hipoteca del derecho principal comprenderá, como accesorios, salvo pacto en contrario:

Primero. La adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o adición de la obra hipotecada.

Segundo. La adición, modificación o perfeccionamiento de una misma patente, marca, modelo y demás derechos de propiedad industrial.

Art. 47. La escritura de hipoteca contendrá, además de las circunstancias generales, las siguientes:

Primera. Naturaleza, especie y demás características de los bienes que se hipotequen.

Segunda. Fecha y número de inscripción, renovación, rehabilitación o prórroga en el Registro especial.

Tercera. Licencias, autorizaciones o concesiones otorgadas por su titular a terceras personas.

Cuarta. Justificación de hallarse al corriente en el pago del canon, si lo hubiere.

Art. 48. El titular no podrá renunciar a su derecho ni ceder su uso o explotación, total o parcial, sin consentimiento del acreedor.

Exceptuase el titular de una película cinematográfica, que podrá hacer cesión parcial de su derecho de explotación, limitada a determinadas regiones cinematográficas españolas, previa cancelación parcial del crédito hipotecario en la proporción fijada en la escritura de constitución o, en su defecto, a la señalada por la Entidad oficial y Organismos competentes.

La cesión hecha sin la previa cancelación parcial no perjudicará los derechos del acreedor y hará al cedente y cesionario responsables «in solidum» hasta el importe de la indicada proporción.

Art. 49. El acreedor que en virtud de pacto adquiera la facultad de cobrar el importe de los derechos del titular, en su totalidad o en una determinada proporción, imputará las sumas percibidas al pago de intereses, y en lo que excediere, a la amortización del capital. A estos fines, el citado pacto deberá notificarse auténticamente a la Sociedad de Autores.

Art. 50. El acreedor podrá obtener, si el titular del bien hipotecado no lo hiciere, la renovación, rehabilitación o prórrogas necesarias para el mantenimiento de los derechos hipotecarios, así como también podrá abonar el importe del canon correspondiente, con los efectos del párrafo segundo del artículo 6.º

Art. 51. El acreedor podrá dar por vencida la obligación hipotecaria antes del cumplimiento de su término:

Primero. Por falta de pago del canon correspondiente.

Segundo. Por falta de explotación de la patente en un período superior a seis meses, o por falta de uso de las marcas durante cuatro años consecutivos, a no ser que se hubiere estipulado otra cosa.

TITULO TERCERO

De la prenda sin desplazamiento

Art. 52. Podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes:

Primero. Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.

Segundo. Los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse.

Tercero. Los animales, así como sus crías y productos.

Cuarto. Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones.

Art. 53. También podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes que a continuación se expresan, aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior:

Primero. Las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo 42.

Segundo. Las mercaderías y materias primas almacenadas.

Art. 54. De igual manera serán susceptibles de prenda sin desplazamiento las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección.

Art. 55. No podrán constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes expresados en el artículo 42 o que por pacto hubieren sido hipotecados con arreglo al artículo 111 de la ley Hipotecaria.

Tampoco podrá constituirse prenda ordinaria sobre bienes que se hallaren pignorados con arreglo a esta Ley.

Art. 56. La constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabían estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

Art. 57. Además de las circunstancias generales, la escritura o la póliza de prenda contendrán:

Primero. Descripción de los bienes que se pignorán, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que contribuyan a individualizarlos o identificarlos.

Segundo. Determinación, en su caso, del inmueble en que se situaren esos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito.

Tercero. La obligación del dueño de los bienes de conservarlos y de tenerlos a disposición del acreedor, para que éste pueda, en cualquier momento, inspeccionarlos y comprobar la existencia y estado de los mismos, en la forma pactada o, en su defecto, conforme al artículo 63.

Cuarto. Los Seguros concertados, por referencia a la póliza correspondiente.

Art. 58. El deudor podrá devolver al acreedor, en cualquier tiempo, el importe del principal, con los intereses devengados hasta el día.

Art. 59. El dueño de los bienes pignorados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal, no obstante su derecho a usar de los mismos sin menoscabo de su valor.

El acreedor podrá exigir, a la muerte de dicho depositario legal, que los bienes pignorados se entreguen materialmente en depósito a otra persona.

Art. 60. Los bienes pignorados no se podrán trasladar del lugar en que se encuentren, según la escritura o póliza, sin consentimiento del acreedor.

Art. 61. Son de cuenta del deudor las expensas o gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados.

Art. 62. Si el deudor hiciere mal uso de los bienes o incumpliere las obligaciones establecidas en los artículos anteriores, el acreedor podrá exigir la devolución de la cantidad adeudada o la inmediata venta de la prenda, sin perjuicio de las responsabilidades que procedieren.

La pérdida o deterioro de dichos bienes dará derecho a la indemnización correspondiente, exigible a los responsables del daño, y, en su caso, a la Entidad aseguradora.

Art. 63. El acreedor podrá comprobar la existencia de los bienes pignorados e inspeccionar el estado de los mismos. La resistencia del dueño de los bienes al cumplimiento de este deber, después de haber sido requerido notarial o judicialmente al

efecto, facultará al acreedor para solicitar del Juzgado competente, acreditando ese requerimiento y la subsistencia de la prenda inscrita a su favor, que se le autorice, con intervención judicial, para penetrar en el local o lugar donde los bienes estuvieren depositados. El Juzgado, sin más trámites, lo decretará así, y la resolución judicial servirá de mandamiento al Agente y Actuario para que, en unión del acreedor, practiquen la diligencia acordada.

Lo dispuesto en los párrafos que anteceden se entiende, sin perjuicio de vencimiento de la obligación garantizada, desde el requerimiento.

Art. 64. En caso de abandono de los bienes pignorados, se entenderá vencida la obligación, y podrá el acreedor encargarse de la conservación, administración y, en su caso, de la recolección de dichos bienes, bajo su exclusiva responsabilidad, del modo y forma pactados en la escritura o póliza de constitución de la prenda.

Art. 65. Cuando el deudor, con consentimiento del acreedor, decidiere vender, en todo o en parte, los bienes pignorados, tendrá el último derecho preferente para adquirirlos por dación en pago, siempre que el precio convenido para esa proyectada venta fuere inferior al total importe del crédito, y quedará subsistente por la diferencia.

Art. 66. No obstante lo dispuesto en el artículo 10, serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio:

Primero. Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos.

Segundo. Los de alquileres o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeren, almacenaren o depositaren los bienes pignora-dos.

TITULO CUARTO

Registro de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento

Disposiciones generales

Art. 67. Bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y a cargo de los Registradores de la Propiedad, se llevarán los siguientes libros especiales:

«Diario de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin desplazamiento de posesión».

«Inscripciones de Hipoteca Mobiliaria» e «Inscripciones de Prenda sin desplazamiento de posesión».

Art. 68. En los libros expresados en el artículo anterior se inscribirán o, en su caso, anotarán:

a) Los títulos de constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda sin desplazamiento, o bien su modificación. En ningún caso será necesaria, en dichos Registros, previa inscripción alguna a favor de la persona que otorgue los títulos mencionada salvo cuando se trate de aeronaves.

b) Los de cesión por actos «inter vivos» y los de cancelación de los mencionados créditos hipotecarios y pignoratios, cuando éstos estuviere previamente inscritos a favor del disponente.

c) Los de adjudicación «mortis causa» a favor de persona determinada en la forma prevista en el artículo

14 de la ley Hipotecaria. Pero no será precisa la adjudicación e inscripción a favor de los herederos para inscribir los títulos de cesión o cancelación que todos ellos otorguen sustituyendo a su causante, siempre que el crédito conste inscrito a nombre de éste. Tampoco necesitarán dicha previa adjudicación ni inscripción a su favor los herederos para el ejercicio de toda clase de acciones ante los Tribunales derivados de crédito perteneciente a su causante.

d) Los mandamientos judiciales de embargo y los de su cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario o pignoraticio o sobre los créditos inscritos, así como aquellos a que diere lugar la presentación de la demanda de nulidad del título inscrito.

e) Las resoluciones judiciales firmes que declaren la nulidad, rescisión, revocación, resolución o cancelación de las hipotecas o prendas inscritas.

Art. 69. Los títulos expresados en el artículo anterior se inscribirán en el correspondiente Registro de la Propiedad, conforme a las siguientes reglas:

Primera. Los de hipoteca de los establecimientos mercantiles y los de maquinaria industrial, en el Registro en cuya demarcación radique el inmueble en que estén instaladas.

Segunda. Los de automóviles y otros vehículos de motor, en el Registro de la capital de la provincia donde estén matriculados. Los de tranvías en el Registro que corresponda al punto de arranque de la línea, y los de vagones en el domicilio del propietario.

Tercera. Los de propiedad intelectual e industrial en el Registro de la

Propiedad de Madrid que determine el Ministerio.

Cuarta. Los de aeronaves en la Sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde se hallaren matriculadas.

Art. 70. Los de prenda sin desplazamiento de posesión se inscribirán en el respectivo Registro de la Propiedad conforme a las siguientes reglas:

Primera. Los de prenda de frutos pendientes, cosechas esperadas y la de maquinaria y aperos comprendidos en el número 1.º del artículo 52, en el Registro en cuya circunscripción territorial se halle la finca en que se produjeren o se verifique la explotación a que estuvieren afectos.

Segunda. Los de prenda de productos de explotaciones agrícolas, frutos separados o mercaderías y materias primas almacenadas, en el Registro correspondiente al lugar en que se halle el almacén donde estén depositados o hubieren de depositarse.

Tercera. Los de prenda de animales, sus crías y productos, en el Registro donde se halle la finca a cuya explotación estuvieren adscritos o donde se hallen las cuadras, establos, viveros, criaderos, etc.

Cuarta. Los de prenda de bienes u objetos de valor artístico o histórico, máquinas o aparatos que no estén afectos a explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias, bienes muebles de características propias, en el Registro correspondiente al domicilio del pignorante.

Quinta. Cuando la finca radique en territorio perteneciente a dos o más Registros se practicará la inscripción en cada uno de ellos.

Art. 71. En el Libro Diario se hará constar, por orden riguroso de entrada, el día y la hora de la presentación de los títulos referentes a hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento, debiéndose practicar las inscripciones correspondientes en el plazo de treinta días, a contar desde esa presentación.

Art. 72. Los Registrados calificarán, bajo su responsabilidad, en los documentos presentados:

a) La legalidad de las formas extrínsecas.

b) La capacidad y la facultad de disposiciones de los otorgantes, así como la competencia del Juez, Tribunal o funcionarios autorizantes.

c) La legalidad del contenido de los documentos. El Registrador se limitará en este punto a examinar si el referido contenido infringe o no, de una manera clara, directa y concreta, alguna disposición legal de carácter imperativo. El Registrador hará constar la disposición legal y el número del artículo o párrafo de la misma infringido, en la forma antes dicha.

Art. 73. La calificación del Registrador que suspenda o deniegue cualquier operación referente a la hipoteca inmobiliaria o a la prenda sin desplazamiento de posesión, si aquél no accediera a reformarla, podrá ser recurrida por los interesados al amparo del artículo 66 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil.

Art. 74. Las escrituras de constitución de hipoteca se inscribirán destinándose, a cada bien hipotecado, un asiento separado y especial, en folio independiente, y figurando todos los asientos relativos a dicho bien, mien-

tras no se cancelé la hipoteca y otros gravámenes, bajo un solo número, a continuación unos de otros, sin solución de continuidad. Cancelados todos estos gravámenes, se extinguirá el número y se cerrará el folio.

Cada escritura o póliza de constitución de prenda sin desplazamiento se inscribirá separadamente, en un solo asiento, cualesquiera que sean los bienes que comprende.

Art. 75. Cuando se hipoteque un establecimiento mercantil o maquinaria industrial o se pignoren bienes susceptibles, uno y otros, de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, conforme al artículo III de la ley Hipotecaria, se hará constar la constitución de la hipoteca o de la prenda, al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca o pignora. Igual nota se extenderá al margen de la inscripción de la concesión del tranvía cuando se hipotequen éstos.

Extendida esa nota marginal, la hipoteca mobiliaria o la prenda serán preferentes, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos.

Si en el Registro apareciere inscrito, a favor del que hipoteca o pignora el derecho de arrendamiento del local donde radique el establecimiento mercantil o las máquinas hipotecadas o los bienes pignorados, se extenderá, igualmente, nota al margen de la inscripción correspondiente, en la que se hará constar la constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda. Extendida esta nota, surtirá los efectos señalados en el párrafo anterior.

Las referidas notas marginales se extenderán o cancelarán por los mismos títulos de constitución o cancelación de la hipoteca o de la prenda.

Art. 76. La hipoteca que se constituyere sobre automóviles u otros vehículos de motor, vagones, tranvías, propiedad intelectual, propiedad industrial, aeronaves y maquinaria industrial, será comunicada de oficio por los Registradores de la Propiedad o Mercantiles, una vez inscrita a los jefes y encargados de los Registros especiales, quienes acusarán recibo y verificarán las anotaciones que correspondan.

La falta de toma de razón en los Registros especiales no alterará en ningún caso los efectos de la inscripción en el Libro de hipoteca mobiliaria.

Art. 77. Las inscripciones se cancelarán en la forma prevenida en los artículos 82 y 83 de la ley Hipotecaria. Cuando lo sean de hipotecas mobiliarias en garantía de títulos endosables y al portador, su cancelación se hará por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 156 de la misma Ley.

Quando la inscripción hubiera tenido lugar mediante documento intervenido por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, para su cancelación será suficiente documento intervenido también por Agente o Corredor.

Art. 78. Los Registros de Hipoteca mobiliaria y de Prenda sin desplazamiento serán públicos. Esta publicidad se hará efectiva:

a) Mediante manifestación directa de los libros al interesado, quien podrá

tomar por escrito los datos que necesite.

b) Por simple nota informativa, facilitada por la oficina; y

c) Por certificación de los asientos expedida por el Registrador.

Art. 79. Las inscripciones de hipoteca caducarán y se cancelarán de oficio o a instancia de parte, una vez transcurridos seis años, y las de prenda, una vez transcurridos tres años, contados, en ambos casos, a partir de la fecha del vencimiento de la obligación garantizada.

Art. 80. Una disposición general del Ministerio de Justicia determinará los requisitos y circunstancias de los libros y de las inscripciones, así como los libros auxiliares que deberán llevarse y cuanto sea necesario para el inmediato funcionamiento del Registro de Hipoteca mobiliaria y de Prenda sin desplazamiento de posesión.

TITULO QUINTO

De los procedimientos para hacer efectivos los créditos garantizados

Disposición general

Art. 81. Sin perjuicio de los procedimientos establecidos en la ley de Enjuiciamiento Civil, el acreedor podrá hacer efectivo su crédito mediante los que se regulan en la presente Ley.

A los efectos de esta Ley, tercer poseedor es el que adquiera, de conformidad con el artículo 4.º, los bienes hipotecados o pignorados, o sea con el consentimiento del acreedor.

CAPITULO I

Normas procesales aplicables a la hipoteca mobiliaria

SECCION PRIMERA

Procedimiento judicial sumario

Art. 82. Será aplicable este procedimiento sumario siempre que:

Primero. En la escritura de constitución de hipoteca se designe por el deudor un domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones. Este domicilio no podrá ser cambiado sin consentimiento del acreedor.

En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca.

Segundo. En la misma escritura se hubiere fijado el precio en que las partes tasan los bienes para que sirva de tipo en la subasta.

En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles, además del precio total, se expresará, separadamente, el que corresponde al traspaso del establecimiento, así como también el de las existencias y demás bienes que hubieren sido hipotecados.

Art. 83. Será Juez competente para conocer de este procedimiento, cualquiera que sea la cuantía de la reclamación, el de primera instancia al que se hubieren sometido las partes en la escritura de constitución de hipoteca y, en su defecto, el del partido donde estuviere inscrita aquélla. Si fueren varios los bienes hipotecados e inscritos en diversos Registros, será competente el Juez de primera instancia del partido de cualquiera de ellos, a elección del demandante.

Art. 84. El procedimiento judicial sumario se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

Primera. Se iniciará mediante demanda firmada por Letrado o Procurador, que deberá contener:

Primero. Los hechos y los fundamentos de derecho determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado.

Segundo. La cantidad exacta que, por todos los conceptos, sea objeto de la reclamación.

El acreedor quedará sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogare al deudor o a otros interesados por malicia en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para sustanciar el procedimiento.

El actor acompañará a la demanda los documentos siguientes:

A) Los que justifiquen la personalidad del actor y de su Procurador.

B) El título o títulos de crédito, con los requisitos que la ley de Enjuiciamiento Civil exige para despachar la ejecución. Si no pudiera presentarse el título inscrito, deberá acompañarse, con el que se presente, certificación del Registro que acredite la inscripción y la subsistencia de la hipoteca.

C) Acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con cinco días de anticipación, cuando menos, al deudor o al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, en su caso.

El requerimiento deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor que haya de ser requere-

do, bien el pariente más próximo, familiar o dependientes, mayores de catorce años, que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido, y si no se encontrare nadie en ella, el portero o el vecino más próximo que fuere habido.

Segunda. El Juez, si se hubieren cumplido los requisitos anteriores, admitirá la demanda y mandará sustanciar el procedimiento, ordenando que se practiquen los requerimientos cuando no se haya presentado la correspondiente acta notarial. En este caso el requerimiento se acreditará en los autos en la forma dispuesta por la ley de Enjuiciamiento Civil para las notificaciones por cédula.

El Juez reclamará del Registrador, a instancia del demandante, certificación en la que se transcriba literalmente la inscripción de la hipoteca, se relacionen los demás asientos practicados y se exprese que la inscripción se halla vigente y sin cancelar, o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro, en el que se hará constar, al margen de la inscripción de hipoteca, la expedición de esta certificación, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere.

Cuando de la certificación del Registro aparezca algún asiento practicado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, se notificará al titular del mismo la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviniere, intervenir en la subasta o satisfacer, antes del remate, el importe del crédito, intereses y costas.

En este último caso el acreedor quedará subrogado en los derechos del actor y se hará constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción.

ción de hipoteca y de la de los demás asientos, mediante presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades satisfechas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso.

Si los requisitos legales no se hubieren cumplido ni subsanado las omisiones, el Juez denegará la admisión de la demandada por medio del auto, que será apelable en ambos efectos, previo recurso de reposición.

Tercera. Transcurridos cinco días desde el requerimiento de pago, el acreedor podrá pedir que se le confiera la posesión interina o administración de los bienes hipotecados. El acreedor percibirá, en tal caso, los frutos, rentas y productos, atendiendo con ellos a los gastos de conservación y explotación de los bienes, y con el remanente, al pago de su propio crédito.

El acreedor a quien se confiera la posesión interina vendrá obligado a realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes.

Si los acreedores fueran más de uno, podrá pedir la posesión y administración cualquiera de ellos en beneficio común, y si la pidieran varios, resolverá el Juez a su prudente arbitrio.

La duración de la administración y posesión interina que se conceda al acreedor no podrá exceder de un año, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo cuarto de la regla séptima. A su término, el actor rendirá cuenta justificada de su administración al Juez que entienda en el procedimiento.

Cuarta. Cumplido lo dispuesto en las reglas precedentes y transcurridos cinco días del requerimiento de pago, se procederá, a instancia del acreedor, del deudor, del hipotecante o del ter-

cer poseedor, a la subasta de los mismos, la cual será anunciada con diez días de antelación, por lo menos, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en el que se hubieren situado los bienes, y sucintamente en uno de los periódicos diarios de mayor circulación de la localidad o, en su defecto, de la capital de la provincia en que tenga lugar el juicio. Si el importe del principal asegurado excediere de 250.000 pesetas, se anunciará, además, también sucintamente, en el «Boletín Oficial del Estado».

En los anuncios se expresará en forma concisa: Que los autos y la certificación del Registro, a que se refiere la regla segunda, están de manifiesto en la Secretaría; se describirán los bienes objeto de la subasta, con determinación del lugar en que se encontraron, y se señalará el local, día y hora en que se verificará dicha subasta.

Servirá de tipo para la subasta el pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, y no se admitirá postura inferior a dicho tipo.

Quinta. El acreedor podrá concurrir, como postor, a todas las subastas, sin que necesite consignar cantidad alguna para tomar parte en la licitación. Todos los demás postores, sin excepción, deberán consignar en el Juzgado o en el establecimiento señalado al efecto, el 15 por 100 del tipo pactado en la escritura de constitución de la hipoteca.

Sexta. Si no hubiera postura admisible en la primera subasta, el acreedor podrá pedir, dentro del término de dos días, la adjudicación de los bienes por el tipo de aquélla.

Séptima. Si el acreedor no hiciera uso del derecho que establece la

regla anterior, el Juez, a petición del acreedor, del deudor, del hipotecante no deudor o del tercer poseedor, dispondrá la celebración de una segunda subasta, sin sujeción a tipo, la cual será anunciada en la misma forma establecida en la regla cuarta.

Celebrada esta subasta, si la postura fuere inferior al tipo de la primera, el acreedor que no hubiere sido rematante, el deudor, el hipotecario no deudor, o un tercero autorizado por cualquiera de ellos, podrán mejorar la postura en término de cinco días. Los que así lo pidan deberán consignar el 15 por 100 de la cantidad que sirvió de tipo para la primera subasta, y el Juez, seguidamente, mandará abrir nueva licitación entre los postores, señalando, dentro del tercero día, el en que hayan de comparecer con este objeto, y rematará los bienes a favor del que hiciere la proposición más ventajosa. Si el mejor postor, en vista de la mejora hecha en la nueva licitación, manifestare que renuncia, se prescindirá de la práctica de la diligencia acordada según el párrafo anterior y se hará definitivamente el remate.

Si la segunda subasta quedara desierta por falta de licitadores, podrá reproducirse la subasta tantas veces como lo soliciten el acreedor o el hipotecante. Continuarán los bienes, mientras tanto, en administración si el acreedor hubiera utilizado el derecho que le concede la regla tercera, pero sin que pueda exceder la administración de un año más. En todo caso, antes del año, la fecha de rendición de cuentas será fijada por el Juez a su prudente arbitrio.

Declarada desierta la subasta, el acreedor podrá pedir que le adjudiquen los bienes hipotecados, pero es-

tará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

Octava. Aprobado el remate, se le hará saber al adquirente, a fin de que, en el término de dos días, contados desde la notificación, consigne la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total precio de aquél. Si el rematante fuere el propio acreedor, se deducirá de lo consignado la cantidad a que asciende el crédito y los intereses asegurados con la hipoteca, sin perjuicio de que cuando se practique la liquidación de costas se reintegre el acreedor con lo que haya consignado, del importe de las originadas, hasta la cantidad asegurada con la hipoteca.

Si en el plazo fijado no consignare el rematante el complemento del precio, a instancia del acreedor, del deudor, del hipotecante o del tercer poseedor, y sin conceder al postor audiencia ni recurso alguno, se declarará sin efecto el remate y se reproducirá la subasta celebrada. En este caso el depósito constituido por el rematante se destinará en primer término a satisfacer las costas y gastos judiciales causados y los que origine la subasta o subastas posteriores, y el resto, si lo hubiere, al pago del crédito, intereses y costas. Si el mismo acreedor fuera el rematante o adjudicatario y no consignare la diferencia entre el precio del remate o la adjudicación y el importe del crédito y de los intereses asegurados con la hipoteca en el plazo antes indicado, se declarará también sin efecto el remate, pero respondiendo aquél de cuantos gastos haya originado la subasta o subastas posteriores que a instancia de cualquier interesado sea preciso celebrar, y no tendrá derecho a percibir intereses de su crédito du-

raute el tiempo que se emplee en verificarlas.

Novena. El precio del remate se destinará, sin dilación, al pago del crédito del acreedor, y el sobrante se entregará a quien corresponda, constituyéndose entretanto el depósito en el Establecimiento público destinado al efecto.

Décima. Hecho el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, y, en su caso, la de todos los asientos posteriores, despachándose al efecto mandamiento en el que se hará constar: que se hicieron los requerimientos expresados en la regla primera; que el valor de lo vendido fué igual o inferior al importe del crédito garantizado y, en el caso de ser superior, que se consignó el exceso en el Establecimiento público destinado al efecto o se entregó a quien tuviera derecho. Todas estas circunstancias se consignarán en el asiento de cancelación.

Si el rematante fuera copropietario o tercer poseedor de los bienes subastados, una vez consignado el importe del remate, el Juez, limitando la adjudicación a las demás participaciones indivisas que se ejecutan, o sin verificarla y declarando terminado el procedimiento, según los casos, dictará auto en el que ordenará las cancelaciones y expedición del mandamiento a que se refirió el párrafo anterior, en el que se harán constar las circunstancias prevenidas en el mismo.

Será título bastante para acreditar el dominio de los bienes el testimonio expedido por el Actuario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del referido auto.

También se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase.

Undécima. Si el precio del remate no alcanzase a cubrir el importe del crédito, intereses, costas y gastos de todo género, el acreedor no adjudicatario conservará su derecho contra el deudor por la diferencia.

Art. 85. El procedimiento judicial sumario no se suspenderá por muerte del deudor o del hipotecante, ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos, ni por incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado, salvo en los siguientes casos:

Primero. Que se presentare certificación del Registro acreditativa de estar cancelada la hipoteca o escritura pública de carta de pago o cancelación de aquélla.

Segundo. Si se acreditare documentalmente la existencia de algún sumario por falsedad del título en cuya virtud se proceda, en el que se haya dictado auto de procesamiento. La suspensión subsistirá hasta que termine la causa criminal o se revoque el auto de procesamiento.

Tercero. Si se interpusiera demanda de tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad, anterior a la fecha de la escritura de hipoteca. Si se tratase de bienes susceptibles de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito también con fecha anterior a la hipoteca. La suspensión subsistirá hasta el término del juicio de tercería.

Cuarto. Si se acreditare, con certificación del Registro correspondiente, que los mismos bienes están sujetos

a otra hipoteca mobiliaria o afectos a hipoteca inmobiliaria, en virtud del artículo 111 de la ley Hipotecaria, vigentes o inscritas antes de la que motivarse el procedimiento. Estos hechos se pondrán en conocimiento del Juzgado de Instrucción correspondiente, a los efectos prevenidos en el artículo 1.862 del Código Civil.

En los dos casos precedentes, si la causa de la suspensión afectare sólo a parte de los bienes comprendidos en la hipoteca mobiliaria, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicita el acreedor.

Todas las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, el hipotecante o cualquier interesado, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones, sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en juicio declarativo, sin producir nunca el efecto de suspender el procedimiento. La competencia para conocer de este juicio declarativo se determinará por las reglas ordinarias.

Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el párrafo precedente o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que establece la presente Ley, deba entregarse al acreedor.

El Juez decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten si estimase bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicita la retención no tuviere solvencia notoria y suficiente, el Juez

deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y el resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

Se alzará la retención cuando el acreedor afianzare a satisfacción del Juez la cantidad que estuviere mandado retener a las resultas del juicio declarativo.

Las actuaciones de este procedimiento no serán acumulables entre sí ni a juicio alguno, y todas las apelaciones que se interpongan desde la demanda inicial, únicamente serán admisibles en un solo efecto.

SECCIÓN SEGUNDA

Procedimiento extrajudicial

Art. 86. Para que sea aplicable el procedimiento extrajudicial será necesario:

Primero. Que en la escritura de constitución de la hipoteca se designe por el deudor, o por el hipotecante no deudor, en su caso, un mandatario que le represente, en su día, en la venta de los bienes hipotecados. Este mandatario podrá ser el propio acreedor.

Segundo. Que asimismo se haga constar lo prevenido en el artículo 82. El tipo de subasta pactado no podrá ser distinto del que se fije, en su caso, para el procedimiento judicial sumario, y su determinación se hará en la misma forma establecida por el citado artículo 82.

Art. 87. El procedimiento ejecutivo extrajudicial se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

Primera. Sólo podrá ser seguido ante Notario competente para actuar en el lugar donde radiquen los bienes hipotecados.

Segunda. Se iniciará por un requerimiento dirigido por el acreedor al Notario, que, previo el cumplimiento de los requisitos de este artículo, proceda a la venta de los bienes en pública subasta.

En el requerimiento hará constar el acreedor la cantidad exacta que sea objeto de la reclamación, por principal e intereses, y la causa del vencimiento, entregando al Notario el título o títulos de su crédito, revestidos de todos los requisitos exigidos por la ley de Enjuiciamiento Civil, para que tengan carácter ejecutivo.

Este requerimiento se hará constar en acta.

Tercera. A solicitud del acreedor, el Notario requerirá de pago al deudor, y, en su caso, al hipotecante no dador o al tercer poseedor, con expresión de la causa del vencimiento y de la cantidad total reclamada, y se hará constar que si no se hiciere el pago, se procederá a la subasta de los bienes hipotecados, sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos.

Los requeridos, dentro de los cinco días siguientes al del requerimiento, deberán pagar o entregar la posesión material de los bienes hipotecados al acreedor o mandatario designado en la escritura de constitución de la hipoteca.

Cuando el deudor incumpliere la obligación de entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante el procedimiento si así lo solicitare el acreedor, quien podrá también, para hacer efectivo su crédito,

acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan.

Cuarta. A instancia del acreedor, a la que se acompañará el requerimiento de pago, el Registrador expedirá certificación literal del asiento de la hipoteca, en la que se expresará que se halla subsistente y sin cancelar, o, en su caso, la cancelación o modificaciones que constaren en el Registro, y se relacionarán los asientos posteriores.

El Registrador hará constar, al margen de la inscripción de hipoteca, que ha expedido, la certificación expresando su fecha, la iniciación del procedimiento y el Notario ante quien se sigue.

Cuando de la certificación del Registro aparezca algún asiento con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, se notificará a su titular la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviniere, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas. En este último caso, los acreedores quedarán subrogados en los derechos del actor y se hará constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción de la hipoteca en que dichos acreedores se subroguen y de los respectivos asientos, mediante presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades adeudadas o del mandamiento judicial, en su caso.

Quinta. Transcurridos cinco días desde la práctica del requerimiento, se procederá a la subasta, la cual se anunciará con los requisitos de la regla cuarta del artículo 84, con diez días de anticipación, por lo menos,

en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que se hubieren situado los bienes y, sucintamente, en uno de los periódicos diarios de mayor circulación de la localidad, o, en su defecto, de la capital de la provincia en que tenga lugar el juicio. Si el valor de los bienes fuere superior a 250.000 pesetas, se anunciará, además, también sucintamente, en el «Boletín Oficial del Estado».

La subasta se celebrará por el tipo fijado en la escritura de constitución de la hipoteca, y no se admitirá postura inferior a dicho tipo.

Sexta. Si no hubiere posturas admisibles en la primera subasta, podrá celebrarse una segunda, sin sujeción a tipo, la cual será anunciada en la forma que establece la regla quinta.

Séptima. El acreedor ejecutante podrá concurrir a la subasta como licitador, sin necesidad de consignar cantidad alguna. Todos los demás licitadores deberán depositar, para tomar parte en la subasta, el 15 por 100 del precio fijado como tipo para la primera.

Este depósito deberá hacerse en poder del Notario, o a disposición de éste, en el Banco que se determine en los anuncios, en los cuales se expresará también el tiempo en que debe constituirse.

Octava. Terminada la subasta con adjudicación al mejor postor, depositará éste en poder del Notario, dentro del segundo día, la diferencia entre el depósito previo y el precio de adjudicación, y se devolverá a los demás licitadores el depósito que hubieren constituido. Si el adjudicatario no consignare aquella cantidad, quedará sin efecto la subasta y se destinará la cantidad depositada al pago

de los gastos del procedimiento, y el exceso, si lo hubiere, al pago del crédito e intereses.

Cuando el adjudicatario fuere el propio acreedor, deberá consignar la diferencia entre la cantidad reclamada y el precio de la adjudicación, y si no lo hiciera, será responsable de los gastos de la subasta celebrada y de las posteriores que fueren necesarias.

Novena. Si en la primera subasta no hubiere postores, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el tipo pactado, debiendo hacer la consignación a que se refiere la regla anterior.

Si no los hubiere en la segunda, podrá pedir que se le adjudiquen los bienes en pago de la totalidad de su crédito. En este caso serán de su cuenta los gastos del procedimiento.

Si hiciera uso de este derecho en cualquiera de las dos subastas, se notificará inmediatamente al deudor y al hipotecante de los bienes, en su caso, para que puedan, dentro de los dos días siguientes, mejorar el precio de la adjudicación, consignando la cantidad ofrecida.

Décima. La cantidad obtenida en la subasta se destinará, una vez satisfechos todos los gastos del procedimiento, al pago del crédito por principal e intereses.

El exceso se entregará, por el Notario, al hipotecante o al tercer poseedor si no existieren otras personas que hubieren trabado embargo sobre ellos o interpuesto reclamación judicial, y si las hubiere, se depositará a su disposición en un establecimiento público destinado al efecto.

Undécima. La adjudicación de los bienes se hará constar en escritura otorgada por el adjudicatario y el

deudor, o el hipotecante no deudor o tercer poseedor, según proceda, o su respectivo causahabiente, y si estos últimos no hubieren comparecido, la otorgarán en su nombre al mandatario designado al efecto.

En esta escritura se harán constar los trámites observados, el precio de la adjudicación, su pago por el adjudicatario, el pago hecho al acreedor y el destino dado al exceso, si lo hubiere.

Si el adjudicatario fuere el mismo acreedor y hubiere sido además nombrado mandatario, podrá otorgar la escritura en este doble concepto, haciéndose constar lo antes dicho.

La escritura de adjudicación será título bastante para acreditar la propiedad de los bienes y para practicar la cancelación de la hipoteca.

Si el remanente fuere copropietario o tercer poseedor de los bienes subastados, una vez consignado el importe del remate, el Notario limitará la adjudicación a las demás participaciones indivisas que se ejecuten, o, sin verificarla, declarará terminado el procedimiento, según los casos. Una copia del acta de la subasta, cuando no exista adjudicación, será título bastante para practicar la cancelación de la hipoteca y de los asientos posteriores si en ella constare el pago hecho al acreedor y el destino dado al exceso, si lo hubiere.

Duodécima. Si las dos subastas quedaran desiertas y el acreedor no pidiera la adjudicación, se dará por terminado el procedimiento sin efecto, y quedará expedito el derecho de aquél para ejercitarlo en procedimiento judicial correspondiente.

Si el precio de los bienes rematados fuere insuficiente para pagar el

crédito total del acreedor, conservará éste su derecho por la diferencia. Se exceptúa el caso en que se le adjudiquen los bienes en pago de su crédito, por falta de postores en la segunda subasta, en el cual deberá dar carta de pago por la totalidad del crédito y sus intereses.

Décimotercera. Los trámites del procedimiento, excepción hecha de la escritura de adjudicación de los bienes, se harán constar por diligencias a continuación del acta de iniciación a que se refiere la regla segunda.

Este acta se incorporará al protocolo en la fecha que corresponda a la última diligencia practicada. Otorgada la escritura de adjudicación, se hará constar por nota en dicha acta.

Décimocuarta. El adjudicatario de los bienes será puesto en posesión de los mismos por la persona que la tuviere, conforme a la regla tercera. Si no le fueren entregados, podrá pedir la posesión judicial de los mismos conforme a la ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que pudiera ejercitar contra quien se hubiere negado injustamente a la entrega.

Art. 88. El procedimiento extrajudicial sólo podrá suspenderse por alguna de las causas establecidas en el artículo 85.

Si la reclamación del acreedor y la incoación del procedimiento extrajudicial tuvieran su base en alguna causa que no sea el vencimiento del plazo o la falta de pago de intereses o de cualquiera otra prestación a que estuviere obligado el deudor, se suspenderá dicho procedimiento siempre que con anterioridad a la subasta se hubiere hecho constar en el Registro la

oposición al mismo, formulada en juicio declarativo. A este efecto, el Juez, al mismo tiempo que ordene la anotación preventiva de la demanda, acordará que se notifique al Notario la resolución recaída.

Reglas especiales

Art. 89. En la hipoteca de establecimientos mercantiles se observarán, además de las reglas establecidas en los artículos 84 y 87, las siguientes:

Primera. Se notificará por acta notarial al arrendador del inmueble la iniciación del procedimiento.

Segunda. Las posturas que se hagan en las subastas serán unitarias por la totalidad de los bienes comprendidos en la hipoteca, sin distribuir entre ellos la cantidad ofrecida.

Se entenderá que los solicitantes aceptan todas las obligaciones que al adquirente del local del negocio impone la ley de Arrendamientos Urbanos.

Tercera. Hecha la adjudicación al mejor postor, o al acreedor, en su caso, se considerará precio de traspaso del local la parte correspondiente del de adjudicación, según la proporción que exista entre el tipo total fijado en la escritura para el establecimiento mercantil y la parte de él que en la misma se señaló para el traspaso del local.

En el acto de la adjudicación se hará constar el importe de la participación del propietario en el precio de traspaso, participación que el Juez o Notario retendrá, y al resto se le dará el destino que proceda.

Cuarta. Hecho el remate y consignado, en su caso, el precio, se notifi-

cará al arrendador o al tercer poseedor de la finca dentro de los ocho días siguientes, haciéndole saber el resultado de la subasta, el precio total de remate, la parte que de él corresponde al traspaso del local, la participación, provisionalmente retenida a su favor en el Juzgado o Notaría, y que tal notificación se efectúa para que pueda ejercitar el derecho de preferente adquisición que le reconoce la ley de Arrendamientos Urbanos o percibir su participación en el precio del traspaso.

Quinta. Practicada la notificación, se procederá, según los casos, en la siguiente forma:

a) Si el propietario optare por percibir su participación, se le entregará por el Juzgado o Notario, y se dictará auto o se autorizará escritura adjudicando los bienes a favor del rematante.

b) Si el propietario ejercitare su derecho de preferencia, consignará el importe correspondiente en poder del Juzgado o Notario, para reembolso al adjudicatario. En este supuesto, se adjudicará el local al propietario de la finca, y el resto de los bienes al rematante.

Ejercitado el derecho de preferencia, si el precio pagado por el arrendador fuera suficiente para cubrir la cantidad reclamada y los gastos, podrá el adjudicatario, dentro de los tres días siguientes, renunciar a la adjudicación de los restantes bienes, que quedarán para el deudor, devolviéndose a aquél el total que hubiere consignado.

c) Si transcurriera el plazo señalado por la ley de Arrendamientos Urbanos sin que el propietario de la finca hubiere ejercitado sus derechos, se dictará el auto u otorgará la es-

critura de adjudicación y se devolverá al adjudicatario la cantidad retenida como participación de aquél en el precio de traspaso. El adjudicatario se atenderá a lo dispuesto en la ley de Arrendamientos Urbanos.

Art. 90. Cuando la hipoteca hubiere vencido en virtud de la causa séptima del artículo 29 de esta Ley, la transmisión del establecimiento mercantil comprenderá el derecho del arrendatario a volver al inmueble cuando fuere reedificado.

Art. 91. En la hipoteca que recaer sobre un vehículo de motor, el Juez, al admitir la demanda, decretará el secuestro o depósito judicial del vehículo, que se precintará y no podrá ser utilizado, salvo que ello no fuere posible por disposiciones especiales, en cuyo caso se nombrará un interventor. No será de aplicación, en este caso, lo dispuesto en la regla tercera del artículo 84, salvo si el acreedor prestare fianza suficiente.

CAPITULO II

Normas procesales aplicables a la prenda sin desplazamiento

SECCIÓN PRIMERA

Procedimiento judicial sumario

Art. 92. El procedimiento judicial sumario se ajustará a las siguientes reglas:

Primera. Será Juez competente, en defecto de sumisión expresa, el de primera instancia del lugar en que se hallen, estén almacenados o se entiendan depositados los bienes que se hubieren pignorado.

Segunda. El procedimiento se iniciará mediante demanda firmada por Letrado y Procurador, en el que se hará constar la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito, la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de la reclamación y la persona a quien se haya de nombrar depositario. Se acompañará el título inscrito del crédito pignoraticio, con los requisitos que la Ley exige para despachar la ejecución.

A estos efectos, también tendrá fuerza ejecutiva la póliza firmada por los contratantes y por el mismo Agente o Corredor que la intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que éstos acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro Registro y de la fecha de éstos.

Tercera. El Juez, si se hubieren cumplido los requisitos anteriores, ordenará, dentro de tercero día, que se requiera de pago al deudor, con apercibimiento de que, si no pagare en el término de otros tres días, se depositarán los bienes pignorados en poder de la persona designada por el actor.

Si se acompañare acta notarial justificativa de haberse efectuado el requerimiento de pago con dicha antelación, el Juez mandará constituir el depósito de los bienes sin necesidad de nuevo requerimiento al deudor.

Cuando no pudieren ser aprehendidos los bienes pignorados, ni constituirse el depósito de los mismos, no se seguirá adelante el procedimiento.

Cuarta. Constituido el depósito, se anunciará con diez días, por lo menos, de anticipación la celebración de la subasta.

El anuncio se fijará en los tablones del Juzgado en que se siga el proce-

dimiento y del Ayuntamiento en cuyo término se hallen, estén almacenados o se entiendan depositados los bienes, y si el importe de lo reclamado excediere de 50.000 pesetas, se hará sucintamente en un periódico de la localidad o, en su defecto, de la capital de la provincia en que se siga el juicio.

El anuncio comprenderá relación sucinta y suficiente de los bienes pignorados, sitio donde se hallen, día, hora y lugar en que se celebrará la subasta y tipo para la misma, que será el fijado en la escritura o póliza, y si no se hubiere señalado, el importe total de la reclamación por principal, intereses y costas.

Quinta. La subasta se celebrará por pujas a la llana, sin necesidad de que los postores consignen cantidad alguna para tomar parte en la licitación. No se admitirán posturas inferiores al tipo fijado en el anuncio.

Adjudicados los bienes al mejor postor, éste entregará en el mismo acto de la subasta el precio del remate, y el Juzgado, a continuación, ordenará que el rematante sea puesto en posesión de los bienes. Si el rematante no pagase el precio, se reanudará la subasta en el acto.

Hecho el pago del crédito del actor y liquidadas las costas, el sobrante del precio del remate se entregará al pignorante, si no existiere persona con mejor derecho, y si la hubiere, se depositará el sobrante hasta que se determine a quién corresponde.

Sexta. Si no hubiere postor, el acreedor podrá pedir la celebración de segunda subasta sin sujeción a tipe y con iguales formalidades; y si tampoco diera resultado, podrá pedir la adjudicación de los bienes, pero esta-

rará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito y serán de su cargo las costas judiciales.

Art. 93. El procedimiento judicial sumario no se suspenderá por muerte del deudor o del dueño de los bienes, ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos, ni por incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado, salvo en los siguientes casos:

Primero. Que se presentare certificación del Registro acreditativa de estar cancelada la prenda, o escritura pública de carta de pago o cancelación de aquélla.

Segundo. Si se acreditare documentalmente la existencia de algún sumario por falsedad del título en cuya virtud se proceda, en el que se haya dictado auto de procesamiento. La suspensión subsistirá hasta que termine la causa criminal o se revoque dicho auto.

Tercero. Si se interpusiere demanda de tercería de dominio, fundada en la adquisición de los bienes pignorados en virtud de documento de fecha fehaciente anterior a la inscripción de la prenda.

La suspensión subsistirá hasta el término del juicio de tercería, salvo las especiales medidas que pueda adoptar el Juez si los bienes pignorados fueran de difícil o costosa conservación o de fácil deterioro.

Cuarto. Si se acreditase, con certificación del Registro correspondiente, que los mismos bienes están sujetos a otra prenda sin desplazamiento o a hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, inscritas con anterioridad a la escritura que motivare el procedimiento. Estos

hechos se pondrán en conocimiento del Juez de instrucción correspondiente, a los efectos prevenidos en el artículo 1.862 del Código Civil.

En los dos casos precedentes, si la causa de suspensión afectara sólo a la parte de los bienes pignorados, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor.

Todas las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, el dueño de los bienes o cualquier interesado, incluso las que versen sobre nulidad de título o de las actuaciones, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en juicio declarativo, sin producir nunca el efecto de suspender el procedimiento. La competencia para conocer de este juicio declarativo se determinará por las reglas ordinarias.

Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el párrafo precedente, o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que por el procedimiento que establece la presente Ley deba entregarse al actor.

El Juez decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten o de las pruebas practicadas, si lo estimare procedente. Si el que solicitare la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el Juez deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualquier otro daño o perjuicio que puedan ocasionarse al acreedor.

Quando el acreedor afiance, a satisfacción del Juez, la cantidad que es-

tuviere mandada retener a las resultas del juicio declarativo, se alzará la retención.

SECCIÓN SEGUNDA

Procedimiento extrajudicial

Art. 94. Para la venta en subasta notarial de los bienes pignorados, el acreedor, por Notario hábil para actuar en el lugar donde se hallen, estén almacenados o se encuentren depositados, requerirá de pago al deudor, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación, haciendo constar que, si no se efectuare el pago, se procederá a la subasta de los bienes sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos.

El requerido, dentro de los tres días siguientes, deberá pagar o entregar la posesión de los bienes pignorados al acreedor o a la persona que éste haya designado al efecto en el acto del requerimiento.

Quando el deudor incumpliera la obligación de entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante su actuación, y el acreedor podrá para hacer efectivo su crédito, acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan.

Si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el Notario procederá a la enajenación de éstos en la forma prevenida en el artículo 1.872 del Código Civil.

Art. 95. Quando los bienes ejecutados consisten en frutos pendientes o cosechas esperadas, podrán aplazarse

las subastas hasta que se haya verificado la recolección de los mismos.

Disposiciones adicionales

Primera. En los plazos de días señalados en esta Ley se computarán solamente los hábiles.

Segunda. Las escrituras públicas previstas en la presente Ley podrán inscribirse sin el previo pago de los impuestos de Derechos reales y Timbre, siempre que el importe de las liquidaciones de los mismos que hubieren de practicarse por todos conceptos sean afianzadas sin restricciones, mediante carta u otro medio escrito, por un Banco oficial o de la Banca privada inscrita. El Registrador, al practicar así la inscripción, dará cuenta de oficio a la Oficina Liquidadora competente.

Tercera. En el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley, se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los

bienes y con lo prevenido en los artículos anteriores.

Cuarta. Se autoriza al Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, para determinar la fecha de entrada en vigor de esta Ley, lo que habrá de efectuarse dentro del plazo de cuatro meses, a partir del día de su promulgación, y para dictar las disposiciones que estime precisas para su debida ejecución y cumplimiento.

Disposición final derogatoria

Quedan derogados los artículos 1.863 bis a 1.873 bis del Código Civil, la Ley de 5 de diciembre de 1941, el título primero y las disposiciones adicionales del Real decreto de 22 de septiembre de 1917 y las demás disposiciones legales que se opongan a la presente Ley, salvo las especialmente aplicables al Servicio Nacional de Crédito Agrícola.

Dada en el Palacio de El Pardo a 16 de diciembre de 1954.—FRANCISCO FRANCO.

INDICE DEL VOLUMEN SEGUNDO

INDICE DEL VOLUMEN SEGUNDO

AÑO 1954

I TRIMESTRE N.º 68

SECCION DOCTRINAL

El dominio público de los bienes muebles, por don Sabino Alvarez Gendin 7

La jerarquía de las fuentes en el ordenamiento positivo del Estado Español, por don Manuel Fraga Iribarren 27

Proceso teórico del individuo y el estado del medievo al renacimiento, por don José María Hernández Rubio 51

Los hidalgos asturianos en el siglo XVI (continuación), por don Ramón Prieto Bances 95

JURISPRUDENCIA

Audiencia Territorial

Procedimiento del artículo 41 145

Arrendamientos rústicos, revisión de rentas 150

Juzgado de 1.ª Instancia (Laviana)

Nulidad de particiones 153

Magistratura de Trabajo (Sama)

Responsabilidad de Compañías aseguradoras 160

SECCION INFORMATIVA

Vida de la Facultad

Conferencias del Dr. Aparici, sobre «Rusia y el Derecho Romano» 167

BIBLIOGRAFIA

Recensiones y noticias

Tratado de Derecho Administrativo, de Sayagues Lasso 177

Derecho de Familia, de Heinrich Lehmann 179

Código Civil Comentado, tomo XXVIII, de Quintus Mucius Scaevola 180

Tratado de Derecho Civil Español, tomo V, de F. Puig Peña 181

Derecho de Sociedades Anónimas, de José Girón Tena 183

Manual de Derecho de la Quiebra, de Renzo Provinciali 185

Introducción a la Historia de la tutela Jurídica penal, de Eberhard Schmidt 187

La tutela penal del secreto, de Alberto Crespi 189

La interrupción del nexu causal, de Giulio Battaglini 191

Tratado de Derecho Penal Austriaco, de Josef Kimmel . . .	192
Sexuología, de Rinaldo Pellegrini	192
Los fueros de Sepúlveda, publicación dirigida por Pascual Marín Pérez	193
<i>Revista de Revistas</i>	
«Rassegna di studi penitenziari»	
Il cielo europeo di studi sulla «Probation»	195
Impresioni sul Convegno di Criminologia di Roma	197

TEXTOS

Enmiendas y artículos adicionales a la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte	203
Programa de la décima conferencia interamericana	209
Proyecto de tratado de Estatuto de la Comunidad Europea (conclusión)	217

NOTAS

Índice de Revistas	III
Seminario de Derecho Penal	XI
Avance de libros nuevos	XIII

II TRIMESTRE N.º 69

SECCIÓN DOCTRINAL

La política como actividad humana, por don Carlos Ollero Gómez	7
La posibilidad del derecho de prenda, por don Manuel Albaladejo García	25
Los hidalgos asturianos (continuación) por don Ramón Prieto Bances	33

JURISPRUDENCIA

<i>Tribunal Supremo</i>	
Reclamación de alentos definitivos	111
No uso de cosa arrendada como causa de resolución del contrato.	118
<i>Juzgado de Primera Instancia</i>	
Arrendamientos urbanos. Nulidad de pactos (Oviedo)	120
Servidumbres discontinuas su adquisición (Lena)	129

BIBLIOGRAFÍA

<i>Recensiones y noticias</i>	
El Nuevo Concordato español, Discurso de don Eloy Montero y Gutiérrez	139
Studi in onore de Vicenzo del Giudice	141
Testamento, de Antonio Cicu	143
El reconocimiento de la filiación natural, de Manuel Albaladejo García	144
Divorzio e nullità di matrimonio negli stati d'Europa, de Giovanni Brunelli	147
Revista de Derecho Notarial	148
La ordenación sistemática del Derecho civil, de José Castán Tobeñas	149
Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales, de José Castán Tobeñas	151
Derecho civil, de Francisco Bonet Ramón	154

Manual de Derecho civil español, de Diego Espín	155
Metodología en la enseñanza del Derecho civil, de José Sánchez Fontana	156
Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte, de Renato Scognamiglio	157
Obras selectas de Fernando Valls Taberner	164
Il Codice penale Italiano, de Sofio Borghese	166
Der Handlungsbegriff, de Varner Maihofer	167
Sie Bedeutung des psychischen Gutachten im schweizerischen Strafrecht, de Dr. Félix Rom	168

Revista de Revistas

«Resegna di studi penitenziari»	
Case di rieducazione avizzere, de Domenico Izzo	170

Anuario de Derecho Penal

La novela picaresca como problema criminológico, de Valentín Sijva Melero	171
Culpa e imprudencia en la doc-	

trina y en la práctica, de Antonio Quintano Ripollés	172
--	-----

Schweizerische Hochschulzeitung

El derecho a morir, de Juan Graven	173
--	-----

Anuario de Derecho Civil

El matrimonio de los hijos, de Federico e Castro	174
--	-----

Revista de Derecho Privado

El Derecho de representación en la sucesión testada, de Eloy Escobar	175
--	-----

TEXTOS

Ley de 22 de diciembre de 1953, por el que se regulan los arbitrajes en derecho privado	179
Decreto de 11 de septiembre de 1953 por el que se aprueba el reglamento de los Jurados de Empleado	189

NOTAS

Índice de Revistas	III
Biblioteca de la Facultad. Libros recibidos	VIII

III TRIMESTRE N.º 70

SECCION DOCTRINAL

Trayectoria doctrinal de la noción de guerra injusta a la de crimen contra la paz, por Antonio Quintano Ripollés	7
La moderación y el derecho internacional, por Marino Aguilar Navarro	33
El problema de la Unidad de Europa, por José Miguel de Azaola	61
Sujeto de Soberanía, por Bernardo Zulaica Beltrán de Lubiano	99

JURISPRUDENCIA

<i>Audiencia Territorial de Oviedo</i>	
Costas en Interdictos	109
Arrendamientos Urbanos, no uso	111
Sobre pago de cantidad por daños y perjuicios	113
<i>Juzgado de 1.ª Instancia de Oviedo</i>	
Desahucio en precario	122
Servidumbres de aguas	125

SECCION INFORMATIVA

<i>Vida de la Facultad</i>	
El Problema del Sarre, por Luis García Jove	135

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES Y NOTICIAS

Derecho Civil

Tratado de Derecho civil comparado, de Rene David 143
 Anales de la Academia Matritense 146
 Reconocimiento expreso de hijos naturales, de Hugo E. Gatti . . 147
 La cesion de beni nel concordato, de Renato Miccio . . . 149
 Cours elementaire de droit civil française, de Colin y Capitand 151

Derecho Internaciana

L'hellenicite de Chypre et le droit d'un peuple de disposes librement de ses destinees, de A. Dascalakis 151

Derecho Penal

Psychologie des strafverfahrens, de Roland Grasserger 153

REVISTA DE REVISTAS

*Annales de la Facult de Droit d'Is-
tambul*

La fuerza vital de los Códigos Civiles y su revisión, de Andreas B. Schwarz 155
 El problema de la Inmunidad parlamentaria, de Ali Fuat Rasgil 156
 Le traitement des delinquants en Turquie, de Tahir Taner . . 158

Rassegna di studi penitenziari

La teoría della GESTALT e la distinzione trasfondo e figura nella Psicologia della percezione, de Ettore Patini 159
 Il problema penitenziario del seminfermi di mente, de Bruno Franchi 160
 La pena per il reato di evasione, de Silvano Cusatelli . . 161

*Revue Generale de Droit International
Public*

Le traité israelo-allemand du 10 septembre 1952, de Eli Ntahan 161

Anales de la Universidad de Murcia

La Teoría de la Guerra de cisco de Vitoria y la moderna guerra de agresion, de Walter Schactzel 164

Revista de Estudios Politicos

Ciencia Politca y Sociología, de Carlos Ollero 165

TEXTOS

Reglamento de Jurados de Empresa (terminación) 169
 Mensaje de S. S. Pio XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal 179

NOTAS

Jurisprudencia Penal, por el Profesor Dr. Fernández Martínez . 111

IV TRIMESTRE N.º 71

SECCION DOCTRINAL

En torno al pensamiento politico de José Antonio, por Valentin Silva Melero 7
 La educación Católica y el Concordato, por Tsidoro Martín . . . 19

Sólo el testador puede partir la herencia, por Manuel Albaladejo Garcia 45
 Alabanza y menosprecio de la Constitución Inglesa, por Pablo Lucas Verdú 59

JURISPRUDENCIA

Audiencia Territorial de Oviedo

- Retracto de Comerceros 87
Arrendamientos Urbanos. Resolución de Contrato 91
(Sentencia del Tribunal Supremo sobre el mismo pleito) 97

Dirección General de los Registros y del Notariado

- Certificación administrativa de servidumbre de pastos 101
Certificaciones de dominio. Principio de prioridad 102
Justificación de representación. Facultad para aceptar hipotecas. Hipoteca unilateral 103
Calificación registral. Requisitos de los documentos judiciales 101

VIDA DE LA FACULTAD

- Información 109

BIBLIOGRAFIA

Reseñas y noticias

Derecho Civil

- La comunidad de bienes en el derecho español, de Beltrán de Heredia 113
Fundamentos de Derecho Civil, de José Puig Brutau 115
Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles, de A. M. Borrrel Soler 118
La posesión, de G. García Vafdecasas 119
Manual de herencias adaptado al Código Civil y demás disposiciones sustantivas y procesales complementarias, de A. Majada
La filiazione. Gli alimenti, de T. Cicu 121
El matrimonio, de G. Calogero 121
La obligación natural, de Rodríguez Arias Bustamante, L. 122

- Arrendamientos y desahucios, de Villanueva Santamaría 123
El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, de R. Solano Espín 124
I beni, de Bioni Biondi 125
Evolución de la prescripción adquisitiva en las servidumbres prediales, de J. M. Desantes 128
Sucesione per causa di morte, de A. Cicu 130

Derecho Internacional

Introduction a l'etude du Droit

- International Penal, de Estelan Glaser 133

Revista de Revistas

Revista de Derecho y Ciencias Políticas. V. de San Marcos, Lima.

- Influencia de la proclamación de los Derechos Humanos sobre la posición del hombre en el Derecho Privado, de J. C. Reborá 137

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo.

- El hombre y la Comunidad internacional, A. Ciasullo 138

Revista de Estudios Políticos

- Sociología y política criminal, de Sánchez Ordóñez 139
La médula del poder en el Estado contemporáneo. La burocracia, de A. Carro Martínez 140
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
En torno a la escuela penal española, de V. Silva Melero 141

TEXTOS

- Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión 145

NOTAS

- Jurisprudencia penal, por el Profesor Fernández Martínez 111

JURISPRUDENCIA PENAL

Por el Profesor Adjunto de Derecho Penal

DR. RAFAEL FERNANDEZ MARTINEZ

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO

Jurisprudencia penal del año 1954

Sentencia de 15 de febrero de 1954. (Sección Segunda de lo Criminal)

HOMICIDIO y TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS

Frustración

Provocación o amenaza adecuada

Falta de intención

Confesión del delito por móviles de arrepentimiento espontáneo

Legítima defensa

Signos reveladores del «animus necandi»

El procesado S. T. F. S. fué condenado como autor de un delito de homicidio en grado de frustración, con la concurrencia de dos circunstancias atenuantes a la pena de cuatro años dos meses y un día de prisión menor y por el delito de tenencia ilícita de armas, con la concurrencia de otra circunstancia atenuante, a la de seis meses y un día de prisión menor. Accesorias y costas por ambos y a que en concepto de indemnización abone al lesionado la cantidad de cinco mil pesetas.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 72 de 1945, procedente del Juzgado de Instrucción de Infiesto, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de frustración, previsto y penado en el artículo 407 en relación con el artículo 3 y el 51 del Código Penal y otro de tenencia ilícita de armas del artículo 254 del mismo cuerpo legal, designando como autor al procesado y apreciando la circunstancia modificativa de la responsabilidad atenuante novena del artículo noveno.

La defensa del procesado, en sus conclusiones, también definitivas, formula hechos en discrepancia con las sostenidas por el Ministerio Fiscal, deduciendo en su consecuencia que no son constitutivos de delito alguno, procediendo su absolución, alegando que, alternativamente, lo serían de un delito de lesiones del número cuarto del artículo cuatrocientos veinte del Código Penal, estimando la concurrencia de la eximente cuarta del artículo octavo, o en su caso, las atenuantes cuarta y quinta del mismo

Código, señalando que en el primer supuesto procede la absolución y en el segundo la imposición de una pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de mil pesetas y en cuanto a la tenencia, para el caso de estimarse delicto, de acuerdo con el artículo doscientos cincuenta y seis la multa de mil pesetas.

El Tribunal rechaza la tesis de la defensa que ésta formula en primer lugar, estimando la existencia del delito de acuerdo con la calificación hecha por el Ministerio Fiscal, aceptando la concurrencia de la circunstancia de atenuación novena del artículo noveno que el Fiscal formula, así como la quinta de este mismo artículo que en la última de sus alternativas alega la defensa, estimando, igualmente, que la atenuante novena del artículo noveno concurre también en el delito de tenencia ilícita de armas, sin que considere que se da en el procesado la patente falta de intención de usar el arma sin fines ilícitos, que la defensa alega y que autorizaría a rebajar la pena en uno o dos grados, como se desprende de los hechos que considera probados y los considerandos que a continuación recogemos de la sentencia en que es ponente el ilustrísimo señor don Manuel Sánchez Escobar.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que el procesado S. T. F. S., afiliado a la organización de Falange Española Tradicionalista y de las J. O. N. S., perteneciente en cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y tres a la Cuarta Escuadra de la Segunda Falange de la Guardia de Franco de S. y que con anterioridad prestó otros servicios, colaborando en todos como agregado a Orden Público y a la Guardia Civil, el día diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en un baile que se estaba celebrando en el lugar llamado P. de S., coincidió, en presencia, con el joven R. F. B., el que, apercibido de la conversación que el procesado sostenía con otros asistentes, consideró aludido a un hermano suyo, por lo cual le hizo la manifestación al procesado de que le interesaba lo que se estaba hablando, originándose con este motivo una discusión que, en el curso de ella, se hizo extensiva a resentimientos personales que con anterioridad tenían contraídos y como el procesado aludiera a que era Agente de Policía Secreta, el R. le interesó exhibiera el correspondiente carnet, e intentándolo con ademán de sacarlo, no lo verificó, momento en el cual el mencionado R., le dijo que era un soplón de la Guardia Civil, frase que le molestó, considerándola insultante y vejatoria al dirigírsela ante toda la concurrencia del baile, aumentando el encono de la discusión que sostenían y, en esta situación, el procesado, esgrimiendo un arma de fuego, que fué un revólver, calibre treinta y ocho, en su estado de ánimo, excitado por el insulto, le dijo al R., quieres ver como te apeo y al contestarle éste que si tenía valor que lo hiciera, a muy corta distancia, de unos dos o tres metros, tirándole de frente, sin que en ningún momento fuera objeto del más pequeño acto de agresión, le hizo un disparo con intención de matarle, causándole una herida con orificio de entrada en la región epigástrica y salida en la región escapular

derecha, de la que curó a los ciento sesenta y nueve días de asistencia facultativa, no pudiendo dedicarse a sus ocupaciones habituales, quedándole como consecuencia una paquipleuritis que desaparecerá con el tiempo. El procesado se presentó voluntariamente en el cuartel de la Guardia Civil inmediatamente de cometer el hecho y con muestra de arrepentimiento confesó lo realizado, entregando el arma, para cuya tenencia y uso carecía de licencia y guía correspondientes, haciendo su presentación antes de conocer la iniciación de las oportunas diligencias.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados en el primer resultando de esta resolución integran un delito de homicidio en grado de frustración, previsto y penado en el artículo cuatrocientos siete y en relación con el también artículo tercero, del Código Penal, justificando la calificación deducida, porque el móvil del procesado, por sus actos reveladores, distancia y situación de la víctima, frase pronunciada inmediatamente antes de la realización de los hechos, se aprecia congruentemente en el culpable la intención de matar, haciendo un disparo de arma de fuego teniendo a su víctima de frente y dirigido a parte tan delicada del cuerpo, no privándole de la vida por causa independiente de la voluntad del agente. También se deduce la existencia de un delito de tenencia ilícita de armas previsto y penado en el artículo doscientos cincuenta y cuatro del expresado Código.

2.º CONSIDERANDO: Que de los referidos delitos es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado S. T. F. S., por su ejecución voluntaria de los hechos que lo producen.

3.º CONSIDERANDO: Que en la realización del expresado delito son de apreciar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, quinta y novena del artículo noveno del mismo Código, (la de haber precedido provocación inmediata y la de arrepentimiento espontáneo, respectivamente), para el delito de homicidio frustrado, siéndolo la primera, por estimarse que el procesado fué sometido a situación de enojo por la frase que le fué dirigida en menosprecio de sus servicios prestados en el sentido que se menciona en los hechos probados, considerándose como provocación inmediata, increpándole por su conducta observada en sus actos disciplinarios y voluntarios de adhesión al régimen, produciéndole un estado de excitación para la comisión de los hechos y la segunda, por concurrir los requisitos preceptivos para su apreciación, no siendo de apreciar la invocada por la defensa, cuarta del octavo (legítima defensa) en favor del procesado, por no haberse probado que el procesado fuera objeto de agresión en ningún aspecto ni en ningún momento por parte del lesionado que sirviera de elemento básico para su estimación, ni la cuarta del artículo noveno porque la preterintencionalidad alegada, lo fué en el sentido de que el mal producido fué menor que el que la intención del procesado se propuso ejecutar. Para el delito de tenencia ilícita de armas se aprecia la circunstancia atenuante novena del artículo noveno, porque en su presentación espontánea con muestras de arrepentimiento, hizo entrega del arma delictiva.

Sentencia de 17 de febrero de 1954. (Sección Segunda de lo Criminal)

ROBO

Desestimiento

Tentativa

El procesado J. J. S. T. fué absuelto del delito de robo de que venía acusado, estimando que concurría en su favor el propio y voluntario desestimiento a que se refiere la parte final del párrafo tercero del artículo tres del Código Penal al hablar de la tentativa.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 216 de 1952, procedente del Juzgado de Instrucción de Gijón, número uno, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de robo previsto y penado en el artículo 500 en relación con el 504 número 1.º y el 505 número 2.º del vigente Código Penal, designando como autor al procesado, estimando que concurría la circunstancia de agravación 13 del artículo 10 (nocturnidad). La defensa del procesado, en sus conclusiones definitivas, mostró su disconformidad con las del Ministerio Fiscal, sosteniendo que su patrocinado no era autor de delito alguno y que procedía su absolución.

El Tribunal rechaza la tesis del Ministerio Fiscal y absuelve al procesado, estimando que si bien el procesado dió comienzo directamente a la ejecución del delito, por hechos exteriores, no practicó todos los que debían producirlo como consecuencia de su propio y voluntario desestimiento, como se desprende de los hechos probados y el único considerando de la sentencia, de la que es ponente el Ilustrísimo Señor Don Manuel Sánchez Escobar.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que en la noche del veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, en Gijón, el procesado J. J. S. T., obrero de los talleres D. C. C., saltando la pared que cierra el solar donde aquéllos se encuentran, penetró por una ventana en el taller de carpintería, de donde sacó al exterior del local, con propósito de apoderamiento, con ánimo de lucro, tubería de cobre de caldera, valorada en mil cuatrocientas ochenta pesetas, no realizándolo por propio impulso de arrepentimiento, dejándolo abandonado en el mismo recinto del referido taller, de donde fué recogido y reintegrado a sus propietarios. No resulta acreditado que el mismo procesado sustrajese las cinco llaves de caldera de vapor de que se le denuncia, valoradas en mil doscientas cincuenta pesetas.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados en el primer resultando de esta resolución, por las circunstancias concurridas en su comisión, que inician la ejecución sancionable, no realizada por la espontánea determinación del procesado, al no ser considerada estimable su punibilidad, ni en grado de tentativa, al no producirse ésta por su propio y voluntario desestimiento, procede la absolución del inculpado, declarando de oficio las costas procesales.

Sentencia de 19 de febrero de 1954. (Sección Segunda de lo Criminal)
IMPRUDENCIA PUNIBLE

Caso fortuito

Uso indebido de vehículos de motor

Falta de habilitación legal para conducir

El procesado A. T. S. fué absuelto del delito de imprudencia punible, de la que resultaron daños, de la que venía acusado por el Ministerio Fiscal y el procesado S. V. C. fué condenado por infracción de la ley de 9 de mayo de 1950, por inhabilitación legal para conducir, como comprendido en el artículo tercero de la misma, a la pena de dos meses y un día de arresto mayor, accesorias, costas y privación del permiso para conducir por tiempo de un año.

En la presente causa correspondiente al sumario 77 de 1951, procedente del Juzgado de Instrucción de Villaviciosa, por el Ministerio Fiscal se calificaron los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia punible, previsto y penado en el artículo 565 en relación con el 563 del Código Penal y otro del artículo tercero de la ley de nueve de mayo de 1950, designando como autor del primero al procesado A. T. S. y como autor del segundo al procesado S. V. C., no apreciando la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La defensa de los procesados estimó que éstos no son responsables de delito alguno y solicitó su absolución.

El Tribunal estima que el procesado A. T. S. no es autor de delito alguno, desprendiéndose del hecho que declara probado y de sus considerandos, que el daño fué causado por el propio perjudicado, por lo que no estima la existencia, en este supuesto del caso fortuito, al entender que la acción que dió lugar a que los daños se causaran, fué—como señalamos—la del propio perjudicado, aceptando la tesis del Ministerio Fiscal en cuanto al delito cometido por S. V. C., en sentencia de la que el ponente el ilustrísimo señor don Manuel Sarmiento Suárez.

RESULTANDO probado y así se declara: Que sobre las doce horas del día 2 de octubre de 1951, cuando circulaban por la carretera de Ribadesella a Canero, en la misma dirección, los camiones matrícula L. E. 420-P. y O-9.029, conducidos respectivamente por los procesados S. V. C. y A. T. S., al llegar a las proximidades de Villaviciosa, el A., detuvo, en el lado derecho de la carretera, el camión que conducía, en cuyo momento el procesado S., a causa de marchar muy próximo al camión detenido, se vió obligado a virar rápidamente hacia su izquierda, rozando la caja del camión parado y entrando en la cuneta, sufriendo daños tasados en mil pesetas, que fueron pagados a la Sociedad «C. I. S. A.», propietaria del vehículo dañado, por la Empresa «M. A.», propietaria del camión que conducía el A. y a cuyo servicio se encontraba éste. El procesado S. V. C. conducía el referido camión, matrícula L. E. 420. P., de tercera categoría B), con permiso de conducción de segunda clase, extendido a su nombre en León, con fecha 17 de setiembre de 1948.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos se declaran probados en el primer resultando de esta resolución, atribuidos al procesado A., no integran el delito de imprudencia punible imputado al mismo, toda vez que la colisión entre ambos vehículos se produjo por la propia conducta y actuación del conductor del camión damnificado, al marchar a escasos metros de distancia del que conducía dicho procesado, que no le permitieron, al detenerse el camión conducido por A., parar, a su vez, el que dirigía, dando lugar con tal actuación a que se viese obligado a efectuar un rápido viraje hacia la izquierda, sin poder impedir que su camión rozase la caja del camión adelantado y entrar en la cuneta, produciendo al propio camión los daños que sufrió.

2.º CONSIDERANDO: Que el hecho atribuido al procesado S., de conducir un camión de tercera categoría B), con permiso de conducción de segunda clase, integra el delito que sancionan los artículos tercero y once de la ley de 9 de mayo de 1950, toda vez el permiso de conducción de segunda clase, de que era poseedor, no autoriza para conducir automóviles de la tercera categoría B), como el de autos que dirigía, que requiere el permiso de primera clase especial, conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y 261 del Código de la Circulación.

Sentencia de 27 de febrero de 1954. (Sección Primera de lo Criminal)

HURTO Y ENCUBRIMIENTO

Menor de edad

Coautoria

Habitualidad

Penalidad

Los procesados J. V. F. y J. R. S. R. fueron condenados por un delito de hurto a la pena de mil pesetas y el procesado G. B. B., fué condenado, como autor de un delito de encubrimiento a la pena de un mes y un día de arresto mayor y veinticinco mil pesetas de multa.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 302 de 1952, procedente del Juzgado de Instrucción de Mieres, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de hurto previsto y penado en los artículos 514 número 2.º y 515 número 3.º del Código Penal y otro de encubrimiento del artículo 546 bis B), de acuerdo con la Ley de 9 de mayo de 1950, siendo autores del hurto J. V. F. y J. R. S. R. y autor del encubrimiento G. B. B., concurriendo en favor de los autores del hurto la atenuante tercera del artículo noveno.

La defensa de los procesados J. V. F. y J. R. S. R. estimó que los hechos realizados por sus patrocinados no eran constitutivos de delito alguno y en su consecuencia solicitó la absolución de los mismos.

La defensa del procesado G. B. B., en sus conclusiones definitivas sostuvo que éste compró los efectos sustraídos sin conocer su ilícita procedencia, por lo que solicitó la absolución del mismo.

El Tribunal, acepta la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con los hechos que declara probados en los considerandos que a continuación transcribimos, en sentencia de la que es ponente el ilustrísimo señor don Francisco J. García Ruiz.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que en la tarde del 15 de octubre de 1952, puestos de acuerdo y concertados, los procesados J. V. F. y J. R. S. R., se apoderaron sin fuerza ni violencia y con ánimo de lucro de ocho casquillos de bronce, valorados en cuatrocientas sesenta y ocho pesetas, sesenta y cuatro céntimos y que estaban en unas matas de la escombrera, sita en terrenos de la Empresa «O. S.», en Figaredo-Mieres, casquillos que eran propiedad de dicha Empresa y que los dos vendieron en doscientas diez pesetas al procesado G. B. B., chatarrero minorista, con establecimiento abierto al público, sabiendo éste el origen ilícito de lo adquirido, pues los vendedores le habían dicho que se los habían encontrado en dicha escombrera. Lo sustraído fué recuperado y entregado en depósito. Al realizar los hechos eran mayores de 16 y menores de 18 años los procesados J. V. F. y J. R. S. R., ya que el primero había nacido el 7 de abril de 1935 y el segundo el 24 de abril de 1935.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos expuestos como probados en el resultando primero integran un delito de hurto, previsto en el artículo 514 número segundo, sancionado en el 515 número tercero del Código Penal y otro de encubrimiento, definido en el artículo 546 bis a) y 546 bis b) y penado en los párrafos primero, segundo y tercero en relación con el apartado e) del repetido artículo, modificado por Ley de 9 de mayo de mil novecientos cincuenta.

2.º CONSIDERANDO: Que del primer delito son responsables como autores los procesados J. V. F. y J. R. S. R. y del segundo el procesado G. B. B.

3.º CONSIDERANDO: Que es de apreciar la atenuante muy calificada de edad tercera del artículo noveno en favor de los procesados J. V. F. y J. R. S. R. y en lo que concierne al procesado G. B. B. además de la cortapisa impuesta por el párrafo segundo del artículo 546 bis a), el Tribunal, teniendo en cuenta la buena conducta del procesado y las expresadas circunstancias del caso, cree equitativo hacer uso de la facultad discrecional que le confiere el apartado e) del repetido precepto para imponer la pena que después se dirán.

Sentencia de 28 de febrero de 1954. (Sección Primera de lo Criminal)
ATENTADO

Consideración de funcionario público del Delegado de Sindicatos
 Penalidad

El procesado A. G. F. fué condenado como autor de un delito de atentado, previsto y penado en el apartado segundo del artículo 231 en relación con el párrafo final del artículo 232, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y por aplicación de la facultad concedida en el artículo 235 del Código Penal, a las penas conjuntas de dos meses y un día de arresto mayor y multa de mil pesetas, así como al comiso de la navaja que se le ocupó, a fin de darle el destino legal.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 83 de 1949 procedente del Juzgado de Instrucción de Pola de Laviana, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de atentado, previsto y penado en el número segundo del artículo 231 y párrafo último del artículo 232 en relación con el 235, todos del vigente Código Penal, designando como autor al procesado A. G. F. y estimando que no concurría ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

La defensa del procesado, en el acto del juicio oral modificó sus conclusiones adhiriéndose a la precedente calificación del Ministerio Fiscal.

El Tribunal, de acuerdo con la calificación mutuamente aceptada por las partes, dicta sentencia en la forma recogida en cuanto a su parte dispositiva y que contiene los particulares que a continuación señalamos, siendo ponente el ilustrísimo señor don Julio Murias Travieso.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que el día 29 de marzo de 1949, en E. del concejo de San Martín del Rey Aurelio, el procesado A. G. F., obrero, minero y de buena conducta, que como consecuencia de un accidente de mina tenía pendiente de resolución la reclamación de pago de pensiones, se presentó en la Delegación de Sindicatos, esperando la llegada del Delegado Local don M. G. U. y cuando éste entró, el procesado le preguntó que si le pagaba o no, contestándole aquél que no dependía de él y en este momento, el procesado sacó una navaja barbera con la que se lanzó sobre el Delegado Local de Sindicatos, intimidándole y tratando de agredirle, lo que no pudo lograr, por haber sido sujetado por un funcionario de la Delegación que se encontraba presente.

2.º CONSIDERANDO: Que del referido delito es responsable en concepto de autor el procesado A. G. F. por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que lo integran.

3.º CONSIDERANDO: Que en la realización del expresado delito no es de apreciar ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal; pero al tener en cuenta la buena conducta del procesado, circunstan-

cia del hecho y móvil determinante de la acción, el Tribunal cree conveniente hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 235 del Código punitivo, para imponer las penas que solicita la acusación, penas con las que se ha conformado el procesado.

Sentencia de 1 de marzo de 1954. (Sección Primera de lo Criminal)

SUSTRACCION DE MENORES

Inexistencia de intención maliciosa

Ignorancia

Arrebafo u obcecación

La procesada J. E. M., fué absuelta de un delito de sustracción de menores, del artículo cuatrocientos ochenta y cuatro del vigente Código Penal, de que venía acusada en concepto de autora, como consecuencia de la sustracción de una hija legítima suya.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 238 de 1951, procedente del Juzgado de Instrucción de Mieres, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de sustracción de menores del artículo cuatrocientos ochenta y cuatro del Código Penal, considerando responsable en concepto de autora a la procesada J. E. M., estimando que concurría la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal octava del artículo noveno del mismo cuerpo legal.

La defensa de la procesada estimó que su actuación no era delictiva por falta en sus actos de la voluntariedad exigida por el artículo primero del Código Penal, interesando su absolución.

El Tribunal acepta la tesis formulada por la defensa en un solo resultando, como consecuencia del hecho probado que se sienta en la sentencia, de la que es ponente el Ilustrísimo Señor Don José María Ramírez Rodríguez.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que la procesada de mayoría de edad penal J. E. M. contrajo matrimonio en el año mil novecientos cuarenta y ocho con J. N. C. en la Iglesia parroquial de F., habiendo legitimado en tal acto una hija de ambos nacida en la maternidad de Oviedo el veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, que hasta el indicado momento de la unión fué recogida y asistida por sus abuelos maternos. Habiéndose separado el matrimonio en el año de mil novecientos cuarenta y ocho, la procesada se ausentó de M., marchando a prestar servicios domésticos al pueblo de V., quedando la niña con los indicados familiares y al enterarse en el mes de junio del año mil no-

vecientos cincuenta y uno, ignorando la causa del porqué la menor estaba en poder de su esposo, el día veintitrés regresó a M. y llevada por el natural instinto maternal se apoderó de su hija, llevándola consigo al lugar donde prestaba sus servicios, devolviéndola tan pronto fué requerida en forma legal. La procesada ignoraba que durante su ausencia, a instancias de su esposo se había tramitado el oportuno proceso de separación conyugal y dictado sentencia por el Tribunal Eclesiástico de esta Diócesis en dos de septiembre de mil novecientos cincuenta, en cuya resolución se acordó quedara la niña en poder de su padre.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados en el primer resultando de esta resolución, no integran el delito de sustracción de menores previsto y penado en el artículo cuatrocientos ochenta y cuatro del Código Penal, por no concurrir en el actuar de la procesada aquella intención maliciosa necesaria para generarlo, condición interna esencial de todo delito, ya que ignoraba la razón por la cual habíase entregado la hija a su esposo, por lo que es procedente su absolución con las derivadas procesales de tal pronunciamiento.

Sentencia de 2 de marzo de 1954. (Sección Segunda de lo Criminal)

ROBO

Rompimiento de puerta

Fractura de muebles

Casa habitada

Multireincidencia

Cuantía

ENCUBRIMIENTO

Penalidad

Responsabilidad civil

Los procesados J. R. F. G. y D. G. A. fueron condenados el primero como autor de un delito de robo en casa habitada con la agravante de reincidencia, en relación con la regla sexta del artículo sesenta y uno a la pena de siete años de presidio mayor y D. G. A. fué condenada como autora de un delito de encubrimiento del artículo quinientos cuarenta y seis bis a), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de seis meses y un día de prisión menor y cinco mil pesetas de multa. Accesorias y costas correspondientes para ambos, indemnizando el procesado J. R. al perjudicado en dos mil pesetas y a que repare el daño causado y la procesada D. G. A. a que indemnice al mismo perjudicado en la cantidad de setecientos cincuenta

y tres pesetas, siendo responsables, además subsidiariamente, cada procesado, de lo correspondiente al otro procesado.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 220 del año 1950, procedente del Juzgado de Instrucción de Gijón número uno, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito de robo, previsto y penado en los artículos quinientos, quinientos cuatro, circunstancias segunda y tercera, quinientos cinco, número tercero y quinientos seis, número segundo del Código Penal, y otro de encubrimiento sancionado en el artículo quinientos cuarenta y seis bis a) según la Ley de nueve de mayo de mil novecientos cincuenta, designando como autor del primero al procesado J. R., y como autora del segundo a la procesada D. G., apreciando la circunstancia modificativa agravante de reincidencia, quince del artículo diez, para dicho J. R., solicitando se impusiera a éste la pena de doce años y un día de reclusión menor y a D. la pena de seis meses y un día de prisión menor y multa de cinco mil pesetas.

La defensa de los procesados, en sus conclusiones definitivas estimó que éstos no eran autores de los hechos que se les imputaban y que procedía en consecuencia su absolución.

El Tribunal acepta la tesis del Ministerio Fiscal en cuanto a la tipificación de ambos delitos, si bien en el de robo, no acepta en cuanto a la cuantía la que señalaba el Ministerio Fiscal, superior a cinco mil pesetas, al entender que la cuantía no excedía de esta cantidad, por lo que considera al delito penado en el número segundo del artículo quinientos cinco y no en el tercero de este mismo artículo, como señalaba la acusación, lo que se pone de manifiesto en los hechos que la Sala da como probados y los considerandos que a continuación recogemos de la sentencia de la que fué ponente el Ilustrísimo Señor Don Manuel Sarmiento Suárez.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que el día veinticinco de octubre de mil novecientos cincuenta, en Gijón, el procesado J. R. F. G. penetró forzando la cerradura de la puerta, en el piso tercero de la casa número ciento cuarenta y ocho de la calle de C., habitada por D. A. P., y violentando también varios muebles, causando daños, tasados en sesenta pesetas, se apoderó con ánimo de lucro, de varias alhajas y una cartera, cuyo valor total se estima en cinco mil pesetas, recuperándose parte de las mismas por valor de dos mil doscientas cuarenta y siete pesetas. El procesado vendió varias de las alhajas sustraídas a la también procesada D. G. L., que los adquirió conociendo su ilícita procedencia y que figuran entre las recuperadas. El procesado J. R. fué ejecutoriamente condenado con anterioridad a la fecha de autos, por el delito de robo, en sentencia dictada por esta Audiencia, de fecha doce de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, veinte de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, dieciséis de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, diecisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, nueve de agosto de mil novecientos

cuarenta y cuatro y por el delito de hurto en sentencia de dieciséis de enero de mil novecientos cuarenta y cinco.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados en primer resultando de esta resolución integran un delito de robo previsto y penado en los artículos 500, 504, circunstancias segunda y tercera, 505, número segundo y 506, circunstancia segunda, del Código Penal; y otro delito de encubrimiento, definido y sancionado en el artículo 546 bis a), modificado por ley de 9 de mayo de 1950.

2.º CONSIDERANDO: Que del expresado delito de robo es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. R. F. G., por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que lo integran; y del delito de encubrimiento responsable asimismo en concepto de autora la procesada D. G. L., por haberse aprovechado para sí de los efectos del delito de robo.

3.º CONSIDERANDO: Que en la realización del expresado delito de robo es de apreciar la circunstancia agravante de reincidencia, 15 del artículo 10 de dicho Código, para el procesado J. R.

Sentencia de 15 de marzo de 1954. (Sentencia Segunda de lo Criminal)

HOMICIDIO

Preterintencionalidad

Arrebató u obcecación

Legítima defensa propia

Legítima defensa de parientes

El procesado M. A. F. fué condenado como autor de un delito de homicidio, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes cuarta del artículo noveno como muy calificada y la octava del mismo artículo a la pena de un año de prisión menor, accesorias, costas e indemnización a los herederos del interfecto de la cantidad de 35.000 pesetas.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 115 del año 1950, procedente del Juzgado de Instrucción de Avilés, el Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito de homicidio previsto y penado en el artículo 407 del vigente Código Penal, designando como autor al procesado y apreciando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuante cuarta, como muy calificada y octava del artículo noveno del mismo cuerpo legal.

La defensa del procesado en sus conclusiones, también definitivas, estimó en primer término que los hechos procesales no eran constitutivos de

delito al astimar que la muerte del interfecto sobrevino, dada su condición de hipertenso, por su propia excitación, interesando la absolución del procesado y alternativamente, que esta misma absolución procedía aún tratándose de un homicidio, por concurrir en favor del procesado las eximentes cuarta y quinta del artículo octavo del Código Penal.

El Tribunal desestima las dos tesis formuladas por la defensa aceptando la propuesta por la parte acusadora, como se deduce de los hechos que declara como probados y los considerandos que a continuación transcribimos, en sentencia de la que es ponente el ilustrísimo señor don Manuel Sarmiento Suárez.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que sobre las doce y media de la noche del 15 al 16 de septiembre de 1950, en el muelle de S. J. de la A., término municipal de S. del B., el procesado M. A. F. conocido por J., cogió un remo de la lancha de la vapore «Herminia», de la que era maquinista M. A. G., que éste le reclamó, contestándole desde el mar el procesado: «Vete a....», replicándole el M. A. con una frase gravemente injuriosa para su madre, por lo que el padre del procesado, M. A. M., le llamó la atención, agrediéndole con las manos el M. A. y enterado el procesado de esta agresión, regresó a tierra, y al llegar al lugar en que se encontraban los contendientes, que ya habían sido separados por las personas que presenciaron la riña, preguntó: ¿Quién pegó a mi padre?, y, seguidamente, excitado y ofuscado, dió un puñetazo en la cabeza al M. A. G. que le produjo la rotura de la arteria meníngea media y una extensa hemorragia consecutiva en el lóbulo parietal derecho, que determinó su muerte al poco tiempo, sin que el procesado hubiera tenido intención de causar un mal de tanta gravedad.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados en el primer resultando de esta resolución, integran un delito de homicidio, previsto y penado en el artículo 407 del Código Penal, pues que la muerte del interfecto tuvo por causa mediata y fundamental, el puñetazo que recibió del procesado y no meramente la excitación y alteración que sufría, extremo éste que no se acreditó en modo alguno, dado que los médicos que le practicaron la autopsia se limitan a suponer o presumir que se trataba de un hipertenso.

2.º CONSIDERANDO: Que del referido delito es responsable en concepto de autor el procesado M. A. F., conocido por J., por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que lo integran.

3.º CONSIDERANDO: Que en la realización del expresado delito son de apreciar las circunstancias atenuantes cuarta: esto es, la de no haber tenido el procesado intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, como muy calificada, y la octava, arrebató, del artículo noveno del Código Penal; no siendo admisibles las eximentes alegadas por la defensa, toda vez que cuando el procesado agredió al interfecto, ya se encontraba éste separado del padre de aquél, y la defensa, tanto propia, pues no fué agredido, como ajena, resultaban innecesarias.

Sentencia de 2 de marzo de 1954. (Sección Primera de lo Criminal)

ROBO

Escalamiento

Fractura de ventan

Sustración de objetos cerrados para violentarlos fuera del lugar del robo

Edificio destinado al culto

Doble reincidencia

Nocturnidad (No buscada, ni utilizada de propósito)

DELITO CONTRA LA RELIGION CATOLICA

Inhabilitación especial para la enseñanza

El procesado M. L. V. fué condenado como autor de un delito de robo con aplicación de la regla sexta del artículo 61 del Código Penal a la pena de un año de presidio menor o como autor de un delito contra la religión católica de los artículos 207 y 212, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cuatro años y dos meses de prisión mayor y diez años de inhabilitación especial, en su caso, para todo cargo de enseñanza costeado por el Estado, Provincia o Municipio, accesorias y costas.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 214 del año 1952 procedente del Juzgado del Instrucción de Oviedo número uno, por el Ministerio Fiscal fueron calificados definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de robo previsto en el artículo 500 en relación con el 504, números primero, segundo y tercero y penado en el artículo 505 número primero en relación con el 506 número segundo y otro contra la religión católica, previsto y penado en el artículo 207, todos del Código Penal, de los que, con la agravante quince del artículo 10, en relación con la regla sexta del artículo 61 para el robo era autor el procesado.

La defensa mostró su conformidad con los hechos y calificación anterior en cuanto al delito de robo y negó la existencia de un delito contra la religión católica, alegando que su patrocinado no había tenido intención de ofender a la religión católica y que al no existir la intención no había delito. El Tribunal acepta la tesis sostenida por el Ministerio Fiscal, que se desprende del hecho probado de la sentencia que los acepta en dos breves considerandos, siendo ponente el ilustrísimo señor don Francisco J. García Ruiz.

1.º RESULTANDO probado: Que en la noche del 27 al 28 de octubre de 1952, el procesado M. L. V. después de romper el cristal de una ventana de la Sacristía de la Iglesia de S. de M. penetró en el Templo y después de abrir varios cajones, cogió la llave del Sagrario y después de abrirlo, sacrilegamente cogió y consumió cincuenta Sagradas Formas de la Eucaristía, apoderándose después de dos cepillos de limosnas, que abrió, ya fuera de la Iglesia, violentándolos, y de ellos sustrajo unas veinte pesetas que contenían y que no fueron recuperadas, causando daños valorados en cuarenta pesetas. Al realizar estos hechos estaba el procesado ejecutoriamente condenado por hurto en sentencia de 25 de noviembre de

1947 a la pena de multa de mil pesetas y once de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, también por delito de hurto, a la pena de tres meses de arresto mayor, accesorias y costas.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos expuestos como probados en el resultado primero constituyen un delito de robo con fuerza en las cosas, definido en los artículos 500, 504, circunstancia primera, segunda y tercera y sancionado en los 505 número primero y 506 número segundo en relación con la regla sexta del artículo 61, y otro delito contra la Religión Católica, definido y penado en los artículos 207 y 212, todos del Código Penal, siendo de ambos delitos responsable en concepto de autor el procesado.

3.º CONSIDERANDO: Que en su realización existe en cuanto al delito de robo la agravante 15 del artículo 10, con aplicación preceptiva de la regla sexta del artículo 61.

Sentencia de 20 de febrero de 1954. (Sección Primera de la Criminal)

IMPRUDENCIA TEMERARIA

Codelicuencia culposa

Deformidad

Penalidad

Los procesados C. L. M. D. y A. M. B. G. fueron condenados como autores de un delito de imprudencia temeraria, de la que resultaron lesiones, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos multas de mil pesetas cada una y a que indemnicen mancomunada y solidariamente a la perjudicada en la cantidad de 400 pesetas y a la representante legal de otra de las perjudicadas en la suma de treinta pesetas.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 28 de 1950, procedente del Juzgado de Instrucción de Cangas de Onís, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito de imprudencia punible del artículo 565 en relación con el párrafo primero, número cuarto del artículo 420 y artículo 582, todos del vigente Código Penal, designando como autores a los procesados, no apreciando la concurrencia de circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal. La defensa de los procesados en igual momento procesal, manifestó que éstos no habían cometido delito alguno y que pedía su absolución.

El Tribunal admite la existencia de la imprudencia punible y de la co-delincuencia culposa, como se desprende de los hechos que sienta como probados y recogen en los considerandos que a continuación insertamos, de la sentencia en que es ponente el ilustrísimo señor don Julio Murias Travieso:

1.º RESULTANDO probado, y así se declara: Que a las diez y siete horas del día 9 de abril de 1950, los procesados J. M. L. D. y A. M. B. G., ambos con mayoría de edad penal y buena conducta, se dirigían montados en bicicletas, por la carretera de Santander a Oviedo, entrenándose para tomar parte en una próxima carrera ciclista y al llegar al paso a nivel de Ll... y en el término municipal de R..., por ir a excesiva velocidad, el primero detrás del segundo, sin timbre éste, y con él estropeado aquél, por lo que no pudieron hacer notar su presencia, atropellaron a A. de D. B., que llevaba en brazos a la niña de diez meses M. Ll. de D. derribándolas al suelo y ocasionándolas lesiones, de las que curaron, respectivamente, a los cuarenta y a los seis días de asistencia facultativa, no pudiendo dedicarse la M. durante dicho tiempo, a sus ocupaciones habituales, quedándole como consecuencia de las mismas, un pequeño desnivel en la cara anterior de la mandíbula derecha, que no constituye deformidad ni defecto funcional alguno, no quedándole, tampoco, a la niña lesionada defecto ni deformidad de ninguna clase.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados en el primer resultando de esta resolución integran un delito de imprudencia lemeraria, previsto en el artículo quinientos sesenta y cinco del Código Penal, toda vez que el determinante de la infracción punible constituiría de haber mediado solo, un delito de lesiones graves del artículo cuatrocientos veinte, número cuarto, y una falta de lesiones del quinientos ochenta y dos ambos del mismo cuerpo legal; dándose en el caso los elementos todos que integran aquel concepto de imprudencia, según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo: actuación voluntaria, no maliciosa, por parte de los agentes; daño material; relación de causalidad entre aquella y éste y omisión de toda previsión o cautela, tratándose de un caso en el que el resultado dañoso era previsible. Habiéndose de fijar la penalidad correspondiente por el expresado delito culposo, a tenor del párrafo cuarto del mencionado artículo quinientos sesenta y cinco, por lo que es aplicable la de doble sanción de multa, por ser menor, a la que tal concepto señala, la que correspondía al indicado delito doloso.

2.º CONSIDERANDO: Que del expresado delito son criminalmente responsables en concepto de autores los procesados J. M. L. D. y A. M. B. G., en méritos a la intervención que han tenido cada uno en los hechos que le integran, relatada en el primer resultando de esta sentencia.

3.º CONSIDERANDO: Que en la realización del expresado delito no es de apreciar la existencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, por lo que, y teniéndose en cuenta lo preceptuado

en el artículo sesenta y tres del Código Punitivo en consonancia con la facultad que, para fijar el grado de la pena aplicable, otorga al juzgador el mencionado párrafo cuarto del artículo quinientos sesenta y cinco antes citado, se estima procedente fijar en su mínima cuantía la pena de multa correspondiente.

Sentencia de 4 de marzo de 1954 [Sección Segunda de lo Criminal]

FALSEDAD

Documento oficial (certificado médico)

Funcionario público

Falta a la verdad (esencial)

Atenuación específica

Arbitrio judicial (Uso del mismo por el Ministerio Fiscal)

La procesada M. M. I. R. T. fué condenada como autora de un delito de falsificación de documento oficial, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y con aplicación de la atenuación específica para estos delitos, a la pena de un año de prisión menor y mil pesetas de multa, accesorias y costas. En la presente causa, correspondiente al sumario número 41 de 1946, procedente del Juzgado de Instrucción de Cangas del Narcea, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de documento público, previsto y penado en el artículo trescientos dos, número cuarto, del vigente Código Penal, designando como autora a la procesada, no apreciando circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y por aplicación del artículo trescientos diez y ocho del Código Penal, solicitó se le impusiera un año de prisión menor y multa de mil pesetas, accesorias y costas correspondientes.

La defensa de la procesada estimó que los hechos imputados a ésta no eran constitutivos de delito e interesó su absolución.

El Tribunal acepta íntegramente la tesis del Ministerio Fiscal, como se desprende de los hechos que declara probados y de los considerados de la sentencia, de la que es ponente el Ilustrísimo Señor Don Manuel Sarmiento Suárez.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que el día veinticinco de octubre del año mil novecientos cuarenta y seis la procesada M. M. I. R. T., Médico de Asistencia Pública Domiciliaria, fué requerida en T., del término municipal de C., lugar de su residencia, para que prestase asistencia facultativa a B. A. R. de veinticinco años de edad, domiciliado en V., del mismo término, distante unas dos horas a caballo por caminos de montaña, donde los familiares de B. le manifestaron a ésta había caído de un ár-

bol el día anterior, reconociéndole y diagnosticando un derrame cerebral, y al día siguiente, sin poner el hecho en conocimiento de la Autoridad Judicial, constándole el fallecimiento de B. únicamente por la manifestación de su padre, ya que no reconoció el cadáver, y con el propósito de evitar que se hiciera a éste la autopsia, extendió un certificado de defunción de B. A. R., en el que expuso como causa inmediata del fallecimiento un «derrame cerebral» y, faltando a sabiendas a la verdad, con el propósito indicado anteriormente, como causa del derrame y mediata y fundamental de la muerte, otro «derrame cerebral», en lugar del traumatismo sufrido por el B. al caerse del árbol, lo que dió lugar a que se practicara la inscripción de defunción, en el Registro Civil y, sin otras diligencias, la inhumación del cadáver, siendo comprobado, días después, al exhumar éste y practicarse la autopsia, que la muerte había sido debido a hemorragia abdominal consecutiva al traumatismo sufrido en la columna vertebral, a nivel de la región lumbar.

1.º CONSIDERANDO: Que requisitos o elementos fundamentales del delito de falsedad que define y sanciona el artículo trescientos dos del Código Penal, son una mutación o alteración de la verdad en alguna de las formas que establece; que esa alteración sea hecha por funcionario público; que recaiga en documento público u oficial y sea esencial, y que no sea debida a meros errores o equivocaciones ajenas a todo propósito doloso, preciso es reconocer que los hechos que se declaran probados en el primer resultando de la presente resolución, integran un delito de falsedad en documento oficial, previsto y penado en el precepto citado, número cuarto, puesto que la procesada faltó a sabiendas a la verdad cuando en la certificación de autos consignó como causa del «derrame cerebral», que, según su errónea convicción, determinó la muerte del interfecto otro «derrame cerebral», en lugar del traumatismo sufrido al caerse de un árbol, del que tenía conocimiento por los familiares de la víctima; concurre en la procesada la condición de funcionario público, como lo son los médicos cuando expiden certificaciones para los actos del Registro Civil; tiene la certificación en cuestión el carácter de documento oficial, que corresponde a los documentos que expiden los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; se trata de una falta de verdad esencial, dado que motivó la inscripción de defunción del interfecto sin haberse practicado previamente la autopsia al cadáver, y, finalmente, la procesada tenía conocimiento de la causa mediata y fundamental de la muerte, que no consignó maliciosamente en la certificación de defunción, con la intención o propósito que se expone en aquel resultando.

2.º CONSIDERANDO: Que del referido delito es responsable criminalmente en concepto de autora la procesada M. M. I. R. T., por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que lo integran.

3.º CONSIDERANDO: Que en la realización del expresado delito no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

4.º CONSIDERANDO: Que habida cuenta, esencialmente, de la escasa gravedad del hecho, toda vez la procesada tenía la convicción de que la muerte del interfecto, como se acreditó posteriormente, se produjo causal y fortuitamente al caerse de un árbol, la dificultad extraordinaria de trasladarse al domicilio de la víctima, que motivó principalmente que no reconociera el cadáver, y la finalidad perseguida de evitar que se practicase la autopsia, sin ánimo de lucro, meramente para satisfacer el deseo del padre, que recientemente había perdido a su esposa, se estima equitativo hacer uso, al igual que el Ministerio Fiscal, de la facultad que al Tribunal otorga el artículo 318 del Código Penal, rebajando en un grado la pena correspondiente al delito, e imponerla en la extensión que se fijará en la parte dispositiva.

Sentencia de 24 de febrero de 1954. (Sección Primera de lo Criminal)
ABANDONO DE FAMILIA

Incumplimiento de los deberes legales inherentes al matrimonio y patria potestad

Delito permanente

Penalidad

El procesado H. V. I. fué condenado como autor de un delito de abandono de familia, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos meses y un día de arresto mayor y multa de dos mil quinientas pesetas.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 150 de 1952, procedente del Juzgado de Instrucción de Pola de Lena, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito de abandono de familia del artículo 487, número primero del Código Penal, del que, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal era autor el procesado, al que procedía imponer la pena correspondiente.

La defensa del procesado, en igual momento procesal, solicitó la absolución de éste, alegando que no había abandonado maliciosamente el domicilio conyugal, ni había dejado de prestar la asistencia necesaria a su esposa e hija, ya que el abandono fué debido a que en la fecha de autos se había ausentado a buscar trabajo a la mina de L. C. en Gijón.

El Tribunal acepta íntegramente la calificación del Ministerio Fiscal, que se desprende del hecho que sienta como probado y del considerando que recogemos de la sentencia, de la que es ponente el ilustrísimo señor don Francisco J. García Ruiz.

1.º RESULTANDO: Que el procesado H. V. I., contrajo matrimonio canónico con O. F. D. el 19 de enero de 1948, del cual tenía en la fecha que después se dirá, una niña de cuatro años, habiéndoles nacido otra hija con posterioridad. El 10 de junio de 1952, el mencionado procesado, abandonó subrepticia y malévolamente el domicilio conyugal, sito en L., faltando a sus ineludibles deberes de su estado matrimonial y asistencia y mutuo auxilio, como así mismo a la ayuda moral relativa a la educación, instrucción y cuidado de las hijas, y aunque volvió a su domicilio durante pocos días, lo abandonó definitivamente, situación que continúa en la fecha de esta sentencia. El repetido procesado, aunque no con la normalidad debida, viene prestando ayuda económica a su esposa e hijas, unos meses por 450 pesetas y otros por 300.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos que se aceptan como probados en el resultando primero integran un delito de abandono de familia, previsto y penado en el artículo 487, párrafo primero y caso primero del Código Penal.

Sentencia de 6 de marzo de 1954. (Sección Primera de lo Criminal)

PARRICIDIO

Tentativa

Delito imposible

Proposición

Premeditación

Precio y promesa

La procesada M. L. O. G. fué condenada como autora de dos delitos de parricidio, uno de ellos imposible y el otro en grado de proposición, con la circunstancia agravante de premeditación en el primero y las agravantes de premeditación y precio en el segundo, a una pena, por cada uno de ellos, de prisión mayor, con las accesorias y costas correspondientes.

En la presente causa, correspondiente al sumario número 61 de 1949, procedente del Juzgado de Instrucción de Mieres, por el Ministerio Fiscal se calificaron definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito de parricidio en grado de tentativa del artículo 405, en relación con el párrafo tercero del artículo tercero y párrafos primero y segundo del artículo 52 y otro delito de parricidio en grado de proposición al mismo, del artículo 405, en relación con el párrafo segundo del artículo cuarto y párrafo tercero del artículo 52, todos del vigente Código Penal, designando como autora a la procesada y apreciando las circunstan-

cias modificativas de responsabilidad criminal, agravante sexta del artículo décimo (premeditación) para los dos delitos y para el segundo, también la agravante segunda del mismo artículo (precio), del mismo cuerpo legal, solicitando una pena de prisión mayor para cada uno de los delitos.

La acusación particular en sus conclusiones definitivas hizo suyas las del Ministerio Fiscal en todas sus partes.

La defensa de la procesada negó su participación en los hechos delictivos e interesó su absolución.

El Tribunal acepta la tesis de las acusaciones en cuanto a la tipificación del delito, si bien estima el primero como delito imposible y no como tentativa, de la que es una forma y haciendo uso de la facultad que concede el artículo 52 del Código Penal en cuanto a la pena, la rebaja en la forma que ya quedó indicada, como se desprende de los hechos que se declaran probados y los considerandos que a continuación recogemos de la sentencia, de la que es ponente el ilustrísimo señor don José María Ramírez Rodríguez.

1.º RESULTANDO probado y así se declara: Que en el mes de marzo de 1949, la procesada M. L. O. G., de 18 años de edad cumplidos y buena conducta, que había contraído matrimonio con J. P. P. el 13 de noviembre del año anterior y establecido el hogar en el pueblo de T. del término municipal de M. por divergencias conyugales que no ha sido posible concretar, concibió la idea de matar a su marido y como tuviere amistad con su convecino M. D. S., le comunicó su decisión, entregándole cien pesetas para que adquiriera cualquier veneno, pero M. con el fin de que no se realizasen los deseos de su convecina, le dió dos o tres días después bicarbonato mezclado con pimentón que ésta recibió en la creencia de que era la sustancia apetecida y que mezcló en la comida de su marido, sin que, naturalmente, produjese efecto nocivo alguno. Días más tarde de este acaecimiento, la procesada, persistiendo en su propósito, escribió una carta al mismo M. que entregó personalmente, acompañada de veinticinco pesetas y en ella proponía que matara a su marido, ofreciendo para conseguir su decisión hacerle entrega en su día de las ropas y calzados de aquél, dando detalles en la carta de su vida y costumbres, señalando día y hora en que podía llevarse a efecto, proposición que tampoco fué aceptada. A los dos días de ello, como al marido llegaron rumores de la amistad de la procesada con M. D. y pidiera explicaciones a éste de su conducta, M. le refirió los anteriores hechos. La procesada con posterioridad a los hechos referidos ha observado buena conducta y dado muestras de arrepentimiento.

1.º CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados en el primer resultando de este proveído, generan un delito imposible de parricidio, previsto y penado en los artículos 405 y 52, párrafos segundo y primero, dado que de aquéllos se desprende que se realizaron con voluntad eficiente actos externos encaminados al fin deseado de matar la encartada a su marido, en la creencia firme de que los polvos que le

fuerón entregados eran medio idóneo para la consumación del evento punible que el primer artículo describe y que con este actuar quedó infringido, si bien, por falta de lesión al interés que éste protege —la vida— se sancione tal proceder en el segundo, aplicando la pena en la extensión que en él se menciona y otro delito, también de parricidio en grado de proposición, previsto y sancionado a su vez en el mencionado 405 en relación con el párrafo segundo del artículo cuarto y párrafo tercero del 52, por la invitación que hizo a un tercero, resuelta la idea de matar a su esposo, para que lo efectuara.

2.º CONSIDERANDO: Que de los delitos que se citan en el anterior considerando, es responsable criminalmente en concepto de autora la procesada M. L. O. porque ejecutó voluntaria y directamente aquellos actos que lo integran, como consta en los probados de esta resolución.

3.º CONSIDERANDO: Que en la realización del delito imposible de parricidio es de apreciar la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal agravante sexta del artículo décimo, ya que los actos externos de la inculpada ponen de manifiesto una fría y reflexiva meditación encaminada a conseguir el fin deseado, a la par que tenaz persistencia en el logro de su propósito criminoso, poniendo de su parte los elementos adecuados, atendido el momento en que manifestó su decisión, entrevista con el M. D. para que adquiriera el veneno, y el tiempo transcurrido hasta que le fué entregado y lo mezcló en comida de éste; y en el delito de parricidio en grado de proposición, esta misma circunstancia y la segunda del meritado artículo, cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa, dado que no solamente entregó una carta al citado M. proponiéndole que matara a su esposo, sino que al hacerlo, lo hizo acompañándola de 25 pesetas, ofreciendo, además, si se decidía a ello, a donarle en su día, ropas y calzados, circunstancia genérica de agravación que según doctrina de nuestro más alto Tribunal, dada la malicia que ello supone, es aplicable no solamente al que se le hace el ofrecimiento, sino al que paga o lo conviene.

4.º CONSIDERANDO: Que a efectos de imposición de sanción por los delitos enjuiciados el Tribunal hace uso de la facultad que le concede el artículo 52 para imponer la pena en el grado y extensión que se expresará en el fallo, habida cuenta de la edad de la procesada y conducta observada con posterioridad al actuar criminoso que se sanciona.