

REVISTA

DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

FACULTAD DE DERECHO

ENERO - JUNIO 1945



AÑO VI

NÚMS. XXVII y XXVIII

SOCIEDAD METALURGICA
"DURO-FELGUERA"

==== (COMPANIA ANONIMA) ====

CAPITAL SOCIAL: 125.000.000 DE PESETAS

CARBONES gruesos y menudos de todas clases y especiales para gas de alumbrado -- COK metalúrgico y para usos domésticos -- Subproductos de la destilación de carbones: ALQUITRAN DESHIDRATADO, BENZOLES, SULFATO AMONICO, BREA, CREOSOTA y ACEITES pesadas LINGOTE al cok -- HIERROS Y ACEROS laminados -- ACERO moldeado -- VIGUERIA, CHAPAS Y PLANOS ANCHOS -- CHAPAS especiales para calderas -- CARRILES para minas y ferrocarriles de vía ancha y estrecha TUBERIA fundida verticalmente para conducciones de agua gas y electricidad, desde 40 hasta 1.250 mm. de diámetro y para todas las presiones -- CHAPAS PERFORADAS VIGAS ARMADAS -- ARMADURAS METALICAS DIQUE SECO para la reparación de buques y gradas para la construcción, en Gijón.

Domicilio Social: MADRID -- Barquillo. 1 -- Apartado 529
Oficinas Centrales: LA FELGUERA (Asturias) " 1



LIBRERIA

"CIPRIANO MARTINEZ"

(Sucesora: Enedina F. Ojanguren)

Plaza de Riego, 1

OVIEDO

Sociedad Anónima Fábrica de Mieres

Domicilio social: ABLAÑA (Asturias)

Oficina Central: OVIEDO—Calle Argüelles, número 39

Correspondencia: OVIEDO—Apartado 134

Dirección telegráfica: FABRIMIERES (Oviedo)

LINGOTE de afino y de moldería.—Hierros laminados.
—CONSTRUCCIONES METALICAS: Puentes, calderas, vigas armadas, tinglados, mercados, vagones de hierro para minas y otros.

CARBONES propios para cok, gas y vapor.—COK superior para cubilotes y usos metalúrgicos y domésticos.

SUBPRODUCTOS DERIVADOS DE LA HULLA:

Sulfato de amoniaco, benzoles de diversos tipos, quitamanchas, solvent, etc., alquitrán deshidratado para carreteras, brea, naftalina.

AGENCIA EN GIJÓN: Calle de Felipe Menéndez, núm. 6



ACADEMIA ALLER

MOREDA (Asturias)

PREPARACION. TECNICOS INDUSTRIALES, BACHILLER,
COMERCIO, TAQUIGRAFIA, CAPATACES Y VIGILANTES
DE MINAS, ETC.

*Toda la correspondencia relacionada con donativos,
anuncios, suscripciones, etc., debe ser diri-
gida al Secretariado de Publica-
ciones de la Universidad
de Oviedo*



Suscripción anual ordinaria, en España.	. . .	15,00 pesetas
Id. Id. extraordinaria.	50,00 pesetas
Número suelto.	10,00 pesetas

*Fué impresa esta Revista en los
Talleres de la Imprenta «La Cruz»,
sita en la calle de San Vicente, de
la Ciudad de Oviedo, en el mes
de junio de 1945.*



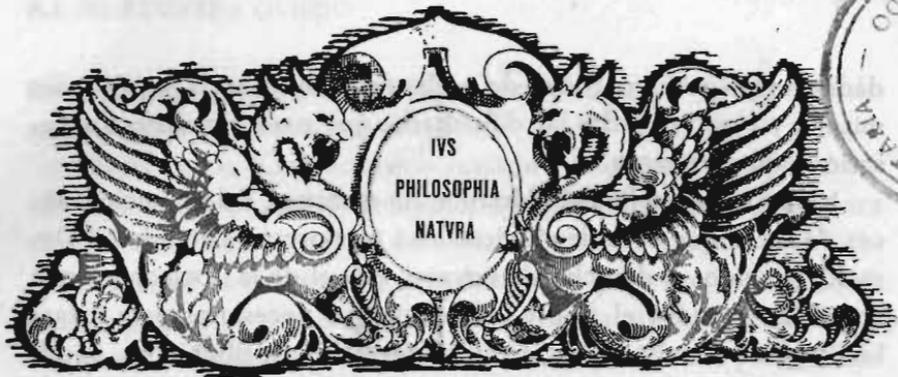
SUMARIO

Páginas

Idea del Régimen Administrativo según Posada Herrera , por Sabino Alvarez Gendín, Catedrático de Derecho Administrativo.	5
La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales , por Jaime Guasp Delgado, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid.	21
Teoría de los impedimentos para el matrimonio , por Luis Gómez Morán, Doctor en Derecho, Notario y Secretario de Gobierno de Audiencia Territorial.	85
Principios fundamentales del proceso del trabajo , por Víctor Fernández González.	149

TRABAJOS DE SEMINARIO DE LA CATEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Intervención de los Tribunales Militares en la represión de los delitos en materia de abastos , por Fernando Valdés Villabella. .	167
Doctrina de Jovellanos sobre trabajo y abastecimiento , por José María Virgós Ortíz.	176
Conferencias pronunciadas en Lisboa y Oporto por el profesor Masaveu	193
Notas bibliográficas , por A. F. S. y E. L.	197
Revista de Revistas	202
Crónica Universitaria	203



IDEA DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO SEGUN POSADA HERRERA

POR

SABINO ALVAREZ GENDIN

(Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo)

(Conclusión)

3.—EL PROBLEMA DEL ENJUICIAMIENTO DE LA ADMINISTRACION

I.—Son razones de técnica y de oportunidad, por lo que se decide nuestro autor más a sostener que los Tribunales, de suyo lentos, no puedan entender en asuntos que requieran resoluciones rápidas y expeditivas, a menos que la Administración suspendiera y paralizase su actividad (1) y competencia técnicas.

Entiende que el Poder judicial separado de los negocios administrativos, sin los datos que la Administración tiene a la vista, sin los medios para enterarse de los hechos y conocer de las necesi-

(1) V. id. Lecciones... I, pág. 270.

dades de la sociedad, habrá de poder fallar sobre estas necesidades mismas y resolver todas las dificultades que para hacerlo era necesario tener en cuenta.

No está exento Posada Herrera, sin embargo, del prejuicio francés de creer que el Poder judicial está más presto a atender el Derecho privado, el derecho de tercero, que el de la sociedad y que no siempre tendrá el tino y conocimientos necesarios para juzgar los litigios administrativos, ni para ejercer sus atribuciones, recalando siempre el temor a la impericia administrativa en punto a la utilidad común (1). Sin embargo, no califica el juicio administrativo, o contencioso - administrativo, de decisión administrativa como hace Silvela.

No aboga por un organismo contencioso para cada materia, o rama de la Administración lo cual trata de abstraerlo a las propias organizaciones puramente administrativas, Diputaciones, Ayuntamientos (2), Ministerios, sino por un órgano general «para conocer de los negocios particulares que abarquen en su seno todos los asuntos contencioso-administrativos y aquéllos en que así la Administración superior, como la de provincia necesiten Consejo». En estas últimas palabras apunta el Consejo de Estado.

Sin embargo, los Tribunales administrativos especializados, no podrán detener la ejecutoriedad de los actos y de las decisiones administrativas, ya que ello, originaría, por salvaguardar intereses individuales legítimos ante otros más superiores que entrasen en juego, idéntica dificultad que proporcionarían los Tribunales judiciales.

A veces, sin embargo, sigue el espíritu o la forma, sino la letra de la argumentación del preámbulo del proyecto de Silvela, sin observar que el juez no debe apreciar la bondad o la oportunidad del acto administrativo, sino su legalidad, y en ésto puede tener

(1) Lecciones I, pág. 271.

(2) Lecciones I, págs. 251-256.

tanto o más preparación si es juez especializado, y sobre todo siempre será más imparcial.

Silvela decía: «Querer que la justicia administrativa deje de estar bajo la influencia del Gobierno, comparada con la judicial para deducir que una y otra han de ofrecer garantías colectivas al interés individual es desconocer la índole, el fin y los medios de la primera; no debe perderse de vista la naturaleza singularísima de estos juicios, siendo su nombre propio el de decisiones administrativas. La justicia administrativa no es más que la perfección y complemento indispensable de la acción administrativa» (1).

Las palabras de Posada Herrera, asimilables a las transcritas, no son despreciativas del Poder judicial, pero sí perplejas y dubitativas sobre el perjuicio en la paralización de la acción administrativa (2).

Así dice:

¿Y qué sería de la administración de un país, si cada vez que se viene en lucha con el interés individual, tuviese que decir a éste: «espera, hay un juez común de los dos, aquél resolverá la contienda que tenemos; mientras tanto yo dejo de proteger la sociedad que me está encomendada y abandono la vigilancia de los intereses que tengo a mi cuidado»? (3)

Posada Herrera considera que el juicio administrativo tiene que recaer sobre un hecho y un derecho; el hecho será el acto de la autoridad administrativa contra quien reclama el individuo, y el derecho será el que el particular pide ante la misma autoridad administrativa para que se le conserve. De manera que para que haya contencioso-administrativo, ha de fundarse la parte que reclama en la existencia de un hecho de Administración que ataca derechos preexistentes. Si funda ésta su derecho en razones de utilidad y mejora, la acción no entrará dentro del número de las que

(1) Silvela: «Estudios jurídicos de Administración», 1839, pág. 187.

(2) «Lecciones» I, pág. 270.

(3) «Lecciones» I, pág. 101.

forman la vasta materia contencioso-administrativa, sino dentro del círculo de las puramente administrativas. El acto administrativo es, entonces, para él inimpugnable, a reserva, si procede, de indemnización de daños y perjuicios, declarada judicialmente.

Lo reconoce así Posada Herrera, si bien nos alumbró la teoría de la responsabilidad de la Administración, que nos parece un descubrimiento poco menos que de nuestros días, al menos por lo que a España se refiere, y aun así la jurisprudencia no acepta categóricamente la doctrina, pese al magnífico trabajo publicado sobre el particular de nuestro compañero Royo y Fernández Cavada.

Pues bien, Posada Herrera, opina que ante un estado de necesidad, inundación, guerra, en el que es necesario inutilizar o destruir una propiedad o un objeto, no se puede suspender la resolución administrativa; no puede por tanto suspenderlos ningún Tribunal. ¿Deberá—se pregunta—la Administración retroceder ante los obstáculos que oponga el interés individual, esperar la resolución del Tribunal, porque una persona diga que se respeten sus derechos? La resolución la ofrece consagrando la doctrina de la responsabilidad de la Administración. Vedla ahí: A su tiempo la persona agraviada tendrá donde reclamar sus derechos, donde hacerlos valer; las leyes deberán proveer en eso y en otros casos, para que el individuo no sea sacrificado al interés de la sociedad, sin la recompensa o la indemnización a que es acreedor (1).

Y en otro lugar de sus «Lecciones», consagra la misma doctrina de la responsabilidad de la Administración con estas palabras que copiamos textualmente (2). «Los derechos de la sociedad son muy importantes y muy dignos de respeto y ante ellos desaparece el interés privado de un particular; pero si bien es lícito obligarle a que renuncie a sus derechos privados en beneficio del procomún, también ese particular tiene derecho a que estos sacrificios se legitimen, a que estas usurpaciones se justifiquen, y se le resarza del

(1) «Lecciones» I, pág. 284.

(2) Ob. y tom. cit., pág. 251.

modo que sea posible». Primero ejecutar y luego en su caso indemnizar.

II.—En su trabajo sobre lo contencioso-administrativo alaba Posada Herrera el que no esté confundido el Poder administrativo con el judicial y el que en los Gobiernos constitucionales se imponga al rey la obligación de delegar en jueces inamovibles la posibilidad de aplicar las leyes civiles y criminales.

Pero no estaban los abusos del llamado Poder ejecutivo en decidir las contiendas entre particulares, sino entre la Administración y el particular, al socaire o ante las invocaciones del interés público, es decir en convertirse en juez y parte.

En dicho artículo en cuestión, se insiste en retirar el enjuiciamiento de la Administración a los jueces ordinarios, y se basa—más que en las «Lecciones de la Administración»—en el problema político, para nosotros harto equivocado, de la separación de Poderes, que lo están, separadas que fuesen o que sean las funciones, ya que objetivamente siendo actividades distintas, pueden estar en órganos distintos, y así lo será el administrativo del judicial cualesquiera que sea el negocio jurídico que juzgue el último llevado a cabo entre particulares, entre administraciones públicas o entre aquéllos y éstas.

Esta preocupación política que no es sino consecuencia del influjo francés que sobre Posada Herrera se ejerce, aunque no tanto como en Silvela, se observa cuando dice (1) que no invada la jurisdicción de los Tribunales—la de la Administración—para resolver las dificultades que se opongan a la ejecución de las leyes, ni menos para interpretar sus propios actos, aunque su conocimiento e interpretación haya de resolver sobre los derechos de los particulares, y si otro fuera el sistema—añade—que se adoptase llevando tales asuntos al fallo de los *Tribunales ordinarios*, «haríamos a éstos superiores a la Administración contra el espíritu de nuestra ley

(1) Lec. cit. pág. 213.

política que deslinda las atribuciones del Poder judicial y administrativo».

No sería el juez el superior, sino la ley que infringiese el Poder administrativo, sin que por eso creyésemos que el Poder legislativo sería superior, porque éste no podría dejar sin efecto una sentencia ajustada a la ley, o un acto administrativo ajustado a Derecho, mientras la ley no fuese previamente derogada, para lo cual un Poder de garantías constitucionales o un Poder tradicional y moderador, el Monarca, el Jefe de Estado, al ejecutar funciones políticas, distintas, no superiores a las legislativas, judiciales y administrativas, con derecho de sanción o de veto, negaría aquélla u opondría ésta, para impedir el incumplimiento o la vulneración de una ley constitucional o de una ley tradicional, básica, o costumbre consagrada por el tiempo inveterado, como norma fundamental del país.

Así concibiría yo un régimen jurídico-administrativo y político en momentos de normalización de la vida pública española, en relación con la normalidad del mundo, por lo menos del europeo.

4.—MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Discierne Posada Herrera el acto de la Administración enjuiciable del que no lo es, o mejor del acto de imperio, de autoridad, como más tarde lo van a calificar Laferrière y Berthélémy, y del político o de ejecución inmediata de la Constitución, y de leyes políticas, como la convocatoria de elecciones, y actos que no son propiamente hablando administrativos, actos de gestión, como la literatura jurídica-administrativa hasta Berthélémy calificó, actos subordinados, no solo a la ley, sino al reglamento, reglado pues, y ceñidos a un interés particularizado, pormenorizado, concreto.

Distingue (1) pues, los actos estrictos administrativos de los actos con referencia: 1.º a la naturaleza de la ley que la Administra-

(1) Lecciones I, pág. 102.

ción—*más correctamente diríamos el Gobierno*—trata de aplicar las leyes políticas no entendiendo solo por éstas las constitucionales; 2.º a la naturaleza de la resolución administrativa que haya de aplicarse, así, pues altos asuntos o asuntos nacionales que conciernen al orden público, a la industria, a la agricultura y al comercio.

Por tanto, las medidas políticas y administrativas de carácter nacional tomadas por alguno de estos motivos deben ser incontrolables jurisdiccionalmente, a juicio de nuestro biografiado. Por ejemplo, la prohibición de exportar trigo del país, aun no dictada por ley, a juicio del autor que comentamos no podría impugnarse en vía contencioso-administrativa. No así, sin duda, si se prohibiese a un industrial exportar productos contraviniendo la ley, y vulnerando el derecho preexistente, *erga omnes*, del ejercicio de una profesión mediante el pago de matrícula industrial en régimen de libertad industrial, o el de licencia especial otorgada, como en la época gremial existía, o como para la manufactura industrial hoy existe.

Había una tercera categoría de actos de la Administración, para Posada Herrera no controlables en vía contencioso-administrativa, según la naturaleza de los derechos que se reclaman; sin duda se refiere a los civiles, y desde luego aunque se trate de los que requieren la intervención administrativa para su contratación o declaración, como en lo relativo a la propiedad intelectual; o porque haya intervenido en materia de su competencia, sin prejuzgar cuestiones de propiedad o en general de tercero, ejemplo, licencia de construcción.

Así cita estos dos casos (1): Uno se presenta a la Administración suponiendo que ha inventado cualquiera cosa; y la Administración resolviendo este asunto con no bastante detenimiento, le concede la patente de invención. Se presenta otro a los Tribunales reclamando su derecho a la invención e impugnando el derecho exclusivo que creía tener el otro particular, como inventor de

(1) Lecciones I, págs. 105 y 106.



un producto o máquina cualquiera. Se pregunta ahora ¿deberá el poder judicial remitir este asunto al administrativo para que lo resuelva, o deberá decidir de la cuestión que existe entre estos dos particulares? El Poder judicial debe resolverlo, porque la Administración al hacerlo no tuvo presente ninguno de los datos que eran necesarios, ni necesitó tomar informes de ninguna especie, sino que concedió esa patente así como *pró fórmula*, inmediatamente que se le presentó el artefacto que se suponía de nuevo inventado.

Un particular se presenta ante la Administración de su pueblo con el plano de una casa que trata de construir, y la Administración le dice que el plano está arreglado a las disposiciones de policía urbana, y por consiguiente que puede levantar la casa. Pero otro particular, que se cree herido en su derecho de propiedad o servidumbre por la construcción de este edificio, se presenta ante el Tribunal de justicia, y pide que el edificio no se construya. ¿Será necesaria que se anule el permiso del Ayuntamiento para la construcción de este edificio, antes que el Tribunal resuelva sobre la cuestión de propiedad o servidumbre, o deberá desentenderse del acto de la Administración y proceder a dar su fallo con arreglo a derecho? La Administración al conceder la facultad de hacer el edificio, para nada se mezcló en el asunto de los particulares que le era indiferente; resolvió lo que la pertenecía, y sabiendo otra cosa después el Poder judicial, puede ejercer con libertad sus atribuciones sin necesidad de anular el acto administrativo.

No solo por exclusión llega Posada a la formación del concepto sobre la materia administrativa y jurisdiccional, sino que sienta un concepto positivo y enunciativo, cuando dice (1) que «las materias contenciosas abrazan todos aquellos asuntos contencioso-administrativos, en que un particular entra en litigio con la sociedad, o con otros particulares, sobre materias administrativas», comprendiendo también entre las materias contenciosas, «todas las que han nacido de quejas promovidas contra algún empleado,

(1) Lecciones I, pág. 306.

por exceso de poder o abuso de las atribuciones que la ley le concede».

Y más ceñidamente en el artículo primero sobre lo contencioso-administrativo publicado en la *Revista de España* (1) distingue el contrato administrativo—o público, diríamos nosotros—del civil, respecto del cual se trasluce el privilegio de acción de oficio para la anulabilidad—mejor diría revocación o revisión tratándose de actos regulares—modificabilidad o suspensión de sus efectos, cuando «el *servicio común*», la razón pública o la necesidad «lo requiriesen sin intervencion de los Tribunales, puesto que el *servicio público* no puede ponerse a su merced».

Deja como punto oscuro si a *posteriori*, los Tribunales administrativos pueden anular esos actos de revocación o modificación, en régimen de control jurisdiccional y de estimación del fin determinante de la Administración para llevarlos a cabo; pero lo aclara en la síntesis doctrinal que expondremos.

Hay algunas imprecisiones, sin embargo, en el artículo mencionado sobre «La contencioso-administrativo»(2), respecto de la competencia en la rescisión—no dice anulación—de los contratos suscritos con la Administración, cuando no se funda en el interés público, sino en que falta alguna de las solemnidades que las leyes civiles prescriben—las que se referirá sin duda a la escritura pública, pues que ya se exigían formalidades de subastas en los contratos administrativos,—y agrega, «o bien si se duda de la aptitud legal de las personas, examinada con arreglo a las mismas leyes», desde luego—de las particulares que contrataren con la Administración—entonces, dice Posada Herrera, los Tribunales deberán sentenciar sobre el asunto como propios de su competencia.

Sitúa Posada Herrera, en su afán pragmático de resolver los problemas jurídicos, el uno u otro lado en que puede colocarse los actos y negocios jurídicos de la Administración: administrati-

(1) *Revista*, cit., pág. 62.

(2) En la *Revista* y tomo cits. pág. 201.

vos propiamente dichos, y civiles, sin que hoy nada se pudiera objetar en esta distinción. Así dice (1).

«Tienen los cuerpos municipales dos *jéneros*—dejo su propia ortografía—de funciones que es preciso discernir para evitar un error que quizás se nos haya atribuído, porque unas veces obran como personas particulares, cuidando, permutando y vendiendo sus bienes con las restricciones que las leyes les imponen; y otras ejercen actos de Gobierno y Administración dentro de los límites que su especial derecho público los señala.» Cuando un Ayuntamiento arrienda los bienes propios, o los vende, o celebra cualquier otro género de contrato como persona privada, si por ventura diese lugar a reclamaciones, casi en todos los casos serán jueces de ellas los Tribunales ordinarios, porque es muy difícil que la resolución de tales contiendas verse solo razones de interés común; pero cuando se trata de pactos celebrados sobre la construcción de obras públicas, admisión de empleados propios de la Administración, correspondiendo, según Posada Herrera, a la «jurisdicción especial administrativa» el resolver las demandas que se intentan.

Sin embargo, como entonces se requería la autorización de la Diputación provincial para vender los Ayuntamientos bienes de propios, a ésta correspondía apreciar si se había verificado la dicha condición para que tenga fuerza de obligar tales contratos de enajenación de propios, y no los jueces ordinarios (2).

5.—PROCEDIMIENTO PREDETERMINADO

Posada Herrera reclama para los Tribunales administrativos no solo la prosecución de un procedimiento semejante al ordinario, sino cierta estabilidad para sus miembros o jueces administrativos,

(1) «Lo contencioso-administrativn». Rev. cit. pág. 215.

(2) Art. cit., pág. 216.

apartándose de lo que a la sazón regía en Francia, desde el año VIII de la República (1789 a 1800 Era cristiana).

En la 1.^a instancia del régimen francés tenían jurisdicción los Consejos de prefectura, cuyos miembros 3, 4 o 5, según la población donde ejercían sus funciones, eran nombrados por el Jefe de Estado, amovibles a su voluntad, y los presidían los prefectos de los departamentos, con voto decisivo en sus deliberaciones.

Estos Tribunales no estaban sujetos a normas procesales. De forma que las pruebas que presentase el reclamante eran o no admisibles, y se practicaban en más o menos tiempo, a juicio del Tribunal (1).

No sucedía así en el Consejo de Estado—que se implantó con jurisdicción contencioso-administrativa en el año VIII—al menos desde la reforma de 1839, en que se daba plazo al reclamado para formular la demanda y a la Administración para contestar, y a ambas partes respectivamente para replicar y duplicar, y aun a terceros cuya intervención se admitiera como opositor o coadyuvante con quien se seguiría también el litigio (2).

No acepta el que órganos de la Administración sean órganos jurisdiccionales, ni las Diputaciones provinciales ni el Ministerio, sino como tales a los Tribunales especiales, si bien no con personal inamovible; no coincide con Silvela, quien cree que éstos tendrán todos los inconvenientes de los Tribunales ordinarios de oponer trabas y embarazos (3) y reconoce como un dogma constitucional que el supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, juez

(1) V. Lecciones I, pág. 287.

(2) Lecciones I, págs. 304 y 305.

(3) «En cuanto a esos Tribunales administrativos independientes ¿quién duda que a pesar de su título más bien perteneciera al orden judicial que al administrativo? Por más que se intentase abreviar sus trámites y simplificar los procedimientos, el espíritu de cuerpo y la general propensión a hacer sentir su poder, darían a estos Tribunales la misma rigidez que se advierte en los juzgados ordinarios, y al cabo opondrán al Gobierno las mismas trabas y embarazos». Silvela. Estudios..... pág. 188.

superior en la contienda administrativa (1), en una palabra juez y parte, lo que hacía una justicia oportunista, no legal.

Posada Herrera, cree sin embargo, que los Tribunales contencioso-administrativos de 1.^a instancia los deben presidir los jefes políticos (2).

En cuanto a la suprema instancia opta por el Consejo de Estado.

6.—LA AUTORIZACION PREVIA GUBERNATIVA PARA JUZGAR A LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

Queda un último punto de vista interesante a estudiar, entre otros que omitimos, y que no afectan al régimen en general, es el de la autorización previa administrativa para proceder y sancionar a los funcionarios de la Administración, que tuvo como base la absurda interpretación de la separación de poderes; puesto que los miembros del Poder administrativo, o ejecutivo como se llamó tanto tiempo, no pueden ser encausados y enjuiciados por delitos cometidos en el desempeño de sus cargos, como si ello fuera una extralimitación de la función de juzgar que compete al denominado poder judicial.

Tiene su origen, pues, en la Revolución francesa y en el odio a los Parlamentos judiciales, que sin duda consideraban núcleos cerrados aristocráticos, los constituyentes franceses.

(1) «El que suscribe, pues, sin entrar en demostraciones y limitándose a manifestar su humilde, pero meditada opinión, reconoce como un dogma constitucional que el *supremo administrador del Estado debe ser*, al propio tiempo, el juez supremo en las contiendas administrativas bajo la responsabilidad de sus ministros» Silvela cit. pág. 189.

(2) «Hay además otra razón que debe tenerse muy en cuenta, y es que los jefes políticos han de formar parte necesariamente de estos cuerpos, de cualquier manera que se les constituya, y debiendo ser amovibles por naturaleza, sería muy singular que siéndolo la persona más influyente, la que preside, la que tiene voto decisivo, los demás no lo fuesen del mismo modo. Deben, ser amovibles a voluntad del ministerio, los que compongan los Tribunales administrativos». (V. Posada Herrera, pág. 280.)

Los preceptos que al respecto circulaban en Francia a la sazón y posteriormente eran los siguientes:

Los funcionarios municipales no podían ser acusados en juicio por delitos administrativos sin una autorización previa de los administradores del departamento (ley 14 diciembre 1789).

Estaba prohibido a los jueces, bajo pena de multa, citar a los administradores por razón de sus funciones (Ley, 24 de agosto de 1790, artículo 7).

Los agentes del Gobierno, a excepción de los Ministros, no podían ser perseguidos por razón de hechos cometidos en sus funciones, sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado (Constitución del año VIII, artículo 75).

Este último precepto fué abolido por D. L. de 19 de septiembre de 1870. Sin embargo los magistrados judiciales podían informarse y recoger todos los datos relativos a los delitos cometidos por los agentes de Gobierno; pero no podían en ningún caso, librar mandamientos, ni sufrir ningún interrogatorio judicial, sin la autorización previa del Gobierno (1).

Posada Herrera recibe el influjo francés y argumenta por cuenta propia, pretendiendo defender al funcionario administrativo de los prejuicios y apasionamientos de los magistrados, tratando de hacer ver que la responsabilidad debe ser exigida ministerialmente, y si el Ministro no lo hace, cubre su delito, y a él debe exigirse la responsabilidad. Pero, ¡qué difícil es exigir a un Ministro esta responsabilidad, el cual siempre estuvo a cubierto mediante prerrogativas y fuero judicial, siendo de ordinario los órganos legislativos, por lo menos en los países de régimen político parlamentario los encargados de exigir la responsabilidad, aun la de carácter criminal!

Veamos como arguye Posada Herrera (2), desde luego, argu-

(1) F. en Henrion de Pansey «Oeuvre judiciaire», 1864, pág. 680, las multas que por infracción de estas disposiciones se exigía en el Código penal vigente (art. 129), al publicarse su obra.

(2) Lecciones I, págs. 91 y 92.

mentación inadecuada, para hoy día. ¿«Y qué protección se puede dar a los individuos del poder administrativo? Solo una; que no puedan ser encausados sino con el permiso del primer jefe del ramo a que pertenezcan; y no sorprenda esta doctrina que tal vez podrá parecer absurda. Conozco, desde luego, el argumento que se puede hacer en esta cuestión. ¿Y habéis de consentir, se me dirá, que sea juez de la acusación, precisamente el mismo que es responsable de ella? ¿El ministro que es responsable será el juez que ha de fallar en 1.^a instancia de la justicia o injusticia de la acusación? No, señores, no fallará sobre el asunto principal, si se opone a que se forme causa al empleado que se acusa, lo que hará será cargar con la responsabilidad; dirá «declaro inculpable a este funcionario público, ha cumplido su deber bajo mi mando y si es necesario que haya una víctima, yo seré la víctima que sirva de expiación a la que se ha quebrantado». Esto es lo que haría el ministro en el caso particular de que hablamos, negar la acusación contra el funcionario inferior y cargarse con la responsabilidad, confiando en la justicia de la causa de su gente; hacerse responsable de las faltas que se creía haber otro cometido. Si se admite otra doctrina es más fácil que los tribunales se mezclen en las atribuciones de la administración, impidiendo a sus agentes el libre uso de sus funciones. Si el poder judicial es el juez de la administración, ¿habrá la independencia que debe haber entre ambos poderes? Ciertamente que no. El mismo Henrion de Pansey tratando de las atribuciones del poder judicial que con tanta elocuencia ha desarrollado, prueba de un modo evidente, que no puede ser independiente el poder administrativo, mientras se conceda al judicial la facultad de resolver todas las acusaciones que se presenten contra los administradores, sin que sea preciso el permiso de su jefe superior.»

Como un antecedente remoto de la cuestión en España, tenemos la Partida del T. VII, tit. I, lc. XI que dice. «Los oficiales del Rey destinados a juzgar no pueden ser acusados, pero el Rey tiene el deber de averiguar y sancionar sus faltas».

Exigían la autorización previa del Gobierno para procesar a los gobernadores y de éstos para procesar a los funcionarios de su dependencia la ley de 2 de octubre de 1845, el R. D. de 27 de marzo de 1850 y la ley de 25 de septiembre de 1863.

La Constitución de 1869 juzgaba no ser necesaria la autorización previa para procesar ante los Tribunales ordinarios a los funcionarios públicos, cualquiera que fuese el delito que cometieran.

En la Constitución de 1876 (art. 77) se hablaba de una ley especial referente a este extremo, que nunca se dietó.

El art. 666 de la ley de Enjuiciamiento criminal incluye entre los actos de previo procedimiento «la falta de autorización administrativa para procesar, en los casos en que sea necesario con arreglo a la Constitución y a las leyes especiales». No se conoce introducido este requisito más que en la ley Electoral de 8 de agosto de 1907 (art. 80, párrafo primero) a los efectos de dicha ley, para los delitos electorales, ley que no tiene aplicación práctica.

Entendida a la manera que nosotros hacemos, la doctrina de la separación de funciones, un juez criminal, puede enjuiciar los delitos de los funcionarios públicos, pues que no se entromete en funciones políticas o administrativas. Son las suyas propias, las judiciales. Deberá ser de una alta categoría el juez que juzgue a un funcionario superior del Estado de otro Orden; pero el juez ha de pertenecer al orden judicial.

Aunque Posada Herrera en algunos momentos adoptó posturas originales, en éste, de la autorización previa para juzgar a los funcionarios, la Escuela o mejor dicho la tesis francesa creía como que juzgar a funcionarios públicos, significaba administrar y por tanto entrometimiento del Poder judicial en el ejecutivo, criterio errado, según expresamos en nuestro «Manual de Derecho Administrativo» (páginas 40, 41 y 355).



LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Texto de las conferencias dadas en la Universidad de Oviedo
los días 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de 1944

POR

JAIME GUASP DELGADO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid

1.—La invitación recibida para tomar parte en el Curso de Verano organizado por esta Universidad me ha producido una vivísima satisfacción verdaderamente difícil de agradecer en los términos que yo desearía hacerlo. Porque no se trata sólo de la honrosa distinción que cualquier ofrecimiento de este tipo lleva siempre consigo: esto ya sería, desde luego, un motivo de gratitud muy considerable; ocurre además que la invitación se ha hecho en este caso a un especialista de derecho procesal para hablar donde desde hace largo tiempo resonaron y siguen resonando hoy las palabras de mayor autoridad en el ámbito de aquella disciplina. Cuando recuerdo que esta Universidad de Oviedo fué la cuna científica del creador del nuevo derecho procesal español, de mi insigne y llorado maestro, Francisco Beceña, cuyo elogio por mí en esta oca-

sión no podría ser sino un vano recuerdo del magnífico estudio que de él hizo recientemente José María Serrano; cuando pienso además que de la Facultad de Derecho de esta Universidad forman parte actualmente el propio José María Serrano y Valentín Silva Melero, no puedo reprimir un movimiento de temor en este instante y de imaginar que me hallo en situación análoga a la del extranjero que, en la antigüedad clásica, quisiera enseñar Filosofía en Atenas o Jurisprudencia en Roma. Pero sé que vuestra benevolencia habrá de disculpar el empeño, como en casos análogos y de este modo me atrevo a esbozar un tema, cuyo interés intrínseco disculpará la torpeza que pueda haber en la exposición.

2.—Cuajado como está el derecho procesal civil de materias plenas de sugestión teórica y de trascendencia práctica, quizá no haya ninguna dentro de él que encierre tales caracteres en más alto grado que las cuestiones referentes a la prueba. De otras instituciones podría decirse metafóricamente que son la médula, el cerebro o el corazón del derecho procesal, de la prueba habría que decir entonces, siguiendo la metáfora, que encierra su sistema respiratorio: un buen régimen de prueba es lo único, en efecto, que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo u otro han de ser recogidas por el proceso para que éste desempeñe eficazmente su misión.

Y, no obstante esta innegable y formidable importancia, el derecho procesal español o, mejor si se quiere, la ciencia del derecho procesal español se resiente todavía de la falta de un estudio o serie de estudios monográficos sobre el tema que puedan aclarar las cuestiones específicas que plantea nuestro derecho positivo. No es sólo que se eche de menos un ensayo de conjunto como el realizado por HEUSLER y, sobre todo, por CARNELUTTI es que también una obra parcial de cierta significación falta por completo entre nosotros y así continúa perdurando la influencia de obras estimables, desde luego, pero de concepción demasiado anticuada: como las de BENTHAM, RICCI, BONNIER y LESSONA por no

citar las dedicadas exclusivamente al proceso penal como las de ELLERO o MITTERMAIER.

Sería evidentemente pretencioso tratar de colmar ahora tales lagunas anunciando que tal era mi propósito: nada más lejos de la realidad. Pero sí quisiera que la deficiencia apuntada contribuyese a demostrar cómo la construcción de nuestras ideas en torno al derecho de la prueba ha de verificarse *in toto*, desarrollando las líneas o principios generales del mismo antes de examinar en detalle los puntos concretos que la materia encierra. Este examen concreto queda, desde luego, eliminado de mi tarea: únicamente abordaré cuestiones esenciales, con un desarrollo a grandes rasgos tal como lo impone la limitación de tiempo y mi encendido deseo de no fatigar vuestra atención.

Como es lógico, la construcción de las ideas generales que se buscan ha de comenzar por indagar el *concepto mismo* de la institución que se analiza, es decir, de la *prueba*. Naturalmente, puesto que se trata de una institución enclavada como todas las jurídicas no en el reino de la naturaleza sino en el de la cultura, dicho concepto ha de venir por fuerza referido no a nociones de causalidad sino de sentido, especialmente a la función que la prueba desempeña; lo que debemos preguntarnos ahora es, por tanto: ¿qué función realiza la prueba dentro del proceso civil?

Esta pregunta puede ser contestada desde un doble punto de vista absolutamente antagónico sin que la dualidad suela ser formulada expresamente aunque late en el fondo de todas las exposiciones desarrolladas a este respecto. Según una *orientación* que pudiéramos llamar sustantiva o *material* la prueba no puede proponerse sino la confirmación de la existencia de los hechos aportados al proceso y que tienen relevancia para éste: la prueba no es, pues, sino la demostración de la existencia de un hecho o de la verdad de una afirmación, definición típica, aunque defectuosa porque sus dos términos podrían ser reconducidos a uno y porque hablar de demostración para aclarar lo que es la prueba apenas si resulta más que un cambio de palabras con un dudoso valor explicativo.

Ahora bien, frente a esta concepción material se alza la *dirección* que pudiéramos llamar *formal* según la cual la prueba está desligada, teórica y prácticamente, de todo intento de confirmación de la realidad material de los hechos: la prueba no puede proponerse ni se propone, desde luego, más que fijar formalmente tales hechos, ordenar el uso de determinados procedimientos que sirven para obtener legalmente tal resultado aunque materialmente lo consigan o no. Y de este antagonismo no puede ligeramente afirmarse que corresponde en su segunda posición a un estudio doctrinal menos avanzado que la primera: ha sido CARNELUTTI en su obra fundamental *La prova civile* quien ha revalorizado la tesis formalista dando lugar con ello a un renacimiento en el estudio de instituciones jurídicas que parecían ya definitivamente superadas como la prueba legal a la que FURNO ha dedicado recientemente una monografía.

Si se quisiera, como parece inevitable, tratar de resolver el choque doctrinal de ambas concepciones parece lógico que han de examinarse los fundamentos principales en que una y otra se asientan. La base primera de la posición sustantiva parece inatacable en su íntima esencia: puesto que en el proceso necesita ser reconocida, para la justicia de la decisión, la realidad de un determinado acaecimiento de la vida, la prueba llena la insustituible función de proporcionar ese conocimiento: los hechos necesitan ser apreciados tal como ellos son, tal como figuran extraprocesalmente porque, de lo contrario, se incorporaría una ficción o un sistema de ficciones al proceso, grave riesgo que debe ser cuidadosamente evitado. Pero frente a este argumento esencial, la posición formalista hace ver la imposibilidad de que procesalmente se satisfaga la necesidad de la prueba sustantiva: puesto que el hecho no puede ser incorporado al proceso en su íntima esencia tal como es, sino valiéndose de mecanismos artificiales que lo representen o lo indiquen, vale más confesar francamente este carácter artificial del sistema y hacer del resultado formal, que es el único que una prueba

recogida por la ley puede conseguir, la nota verdaderamente definidora de la institución.

Pero la posición formalista, verdaderamente interesante en su concepción crítica de la doctrina opuesta, lleva las cosas demasiado lejos al instalar en lugar de la consideración realista de los hechos, unas puras formas lógicas que tienen todo el aspecto de resucitar aquella verdad formal de tan nefasta memoria en el campo del proceso. En otro lugar he intentado demostrar que la realidad objetiva de los hechos no debía ser sustituida en el proceso sino por otra realidad no menos indiscutible: esta realidad no podía ser otra que la *convicción psicológica del Juzgador*, noción mucho más amplia que la de un estricto razonamiento lógico objetivo. El régimen de la prueba ha de ser definido en función de la producción de esta convicción psicológica del Juez y si bien es cierto que en los derechos positivos existen todavía en abundancia catalogados como pruebas determinados mecanismos de producción de resultados meramente lógico formales, ello puede explicarse como un residuo histórico de viejas concepciones en trance de continua superación.

3.—La consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del Juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de la prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la *naturaleza jurídica* de esta institución. También aquí se nos plantea inicialmente una dualidad fundamental, según que en la prueba y en las normas que la regulan quiera verse una materia propia de los cuerpos de derecho sustantivo o un tema perteneciente de modo estricto al derecho procesal: los dos términos son yuxtapuestos, pero no superados, por quienes descubren en la prueba un aspecto material y un aspecto formal: posición en la que se encuentran, desde luego, la mayor parte de los cuerpos legales de los países latinos como el nuestro que divide la materia entre el Código civil y la ley de Enjuicia-

miento, aunque luego el reparto de preceptos entre ellos no se haga con un criterio absolutamente uniforme e irreprochable.

El concepto dado de prueba anteriormente nos permite adivinar sin esfuerzo que en la pugna teórica entre concepciones extraprocesales y concepciones procesales de la prueba, nos decidimos de modo rotundo y categórico por las segundas. Si la prueba es una operación destinada a producir la convicción psicológica de un Juzgador, la existencia de éste será presupuesto indispensable de aquélla: sin Juez, o lo que es lo mismo, sin proceso, no hay prueba.

Pero, ¿cómo es posible frente a una deducción del carácter procesal de la prueba obtenida de modo tan evidente que continúen manteniéndose las vacilaciones iniciales sobre la naturaleza de la prueba? Debe notarse, en efecto, que aunque no se acepte la idea de la convicción psicológica, las restantes doctrinas sobre la prueba incluyen todas ellas o suelen incluir un elemento procesal en el concepto, que debía bastar a este respecto para llegar, en el problema de la naturaleza, a una conclusión idéntica a la que aquí se propugna. Las razones expuestas recientemente por los autores del nuevo Código procesal italiano que mantiene a este respecto la clásica división de materias, no resultan del todo convincentes: se dice que la prueba, a pesar de ser procesal, opera extraprocesalmente como ocurre con un fusil cargado que es un arma, aun antes y sin necesidad de que se dispare, pero este razonamiento no sirve para justificar el erróneo emplazamiento o «sedes materiae» en el Código civil: también una sentencia opera o puede operar extraprocesalmente (recordemos los llamados efectos reflejos o secundarios, *Nebenwirkungen*, de la sentencia) y a nadie se le ha ocurrido discutir por ello su innegable calidad procesal.

La razón de esta regulación material de los problemas probatorios no debe buscarse, a mi juicio, en una posible eficacia extraprocesal de la institución. Se halla, más bien, en el hecho de que el mundo del derecho material, es decir, por lo que ahora nos interesa, el mundo del derecho civil, conoce determinadas instituciones que también se designan con el nombre de prueba, pero que

no tienen en realidad identidad de esencia respecto a la prueba procesal. Es decir, y esta es la tesis que me propongo desarrollar brevemente a continuación, *que hay en realidad dos clases de prueba*: la prueba civil o, más ampliamente, la prueba material y la prueba procesal y que no se trata ciertamente de dos aspectos distintos de la misma institución, sino de dos instituciones radicalmente diversas a las que sólo algún detalle o detalles comunes, pero secundarios ha prestado una misma denominación. Por el contrario, dentro del campo procesal, el concepto de la prueba es único: no tiene, pues, razón a mi juicio, FLORIAN cuando postula la existencia de dos tipos de prueba para el proceso civil y el proceso penal respectivamente.

La diferencia más importante que corre entre la prueba civil y la prueba procesal se descubre en la distinta función que una y otra realizan. Sabemos ya que la función de la prueba procesal es producir la convicción psicológica del Juzgador en un sentido determinado con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. Esta no puede ser, evidentemente, la función de la prueba extraprocesal ya que no sería lógico hablar en ella de Juzgador ni de datos procesales: ¿cómo puede, pues, descubrirse en ella la nota esencial que la caracterice?

Para saberlo hay que pensar que la vida normal del derecho, el mundo de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, necesita servirse también, como instrumento, de determinadas instituciones destinadas a producir, dentro de él, sin necesidad de pensar para nada en un proceso, la creencia sobre la existencia de determinado acaecimiento de la vida real: el recibo que el acreedor entrega al deudor es, desde luego, un arma-prueba-procesal, pero es también, independientemente de esto, un arma jurídico material en cuanto que servirá la inmensa mayoría de las veces para convencer de la existencia del pago cuando ésta, extraprocesalmente, se discute: el recibo sirve, pues, tanto fuera como dentro del proceso, en realidad, sirve mucho más fuera que dentro del proceso. Lo mismo puede decirse, entre otra infinidad de casos, de



la confesión extrajudicial la cual tiene un valor procesal muy relativo,—artículo 1.239 del Código civil—y en cambio un valor grandísimo en el mundo del derecho material.

Por consiguiente, existen determinadas instituciones dedicadas a producir en el desarrollo normal de las relaciones jurídicas, la creencia en la producción de ciertos acaecimientos interesantes para ello. Aquí no puede hablarse, desde luego, de convicción psicológica porque ésta viene referida siempre a una persona determinada como el juzgador: más bien hay que hablar de convicciones o creencias de tipo objetivo, aptas para satisfacer las exigencias del tráfico jurídico que se estructura también de un modo objetivo e impersonal. Cuando no hace mucho, NUÑEZ LAGOS, en una conferencia publicada en la Academia Matritense del Notariado, hablaba de la forma notarial del documento como de una legitimación para el tráfico jurídico apuntaba sin duda a esta verdad que ahora estamos ya en aptitud de formular como una consecuencia particular de lo ya señalado: que el documento notarial no se agota en la simple función probatoria procesal sino que tiene, aparte además de un posible destino constitutivo de relaciones jurídicas, una función probatoria material dirigida a facilitar la posición de sus titulares en la vida normal o realización pacífica del derecho.

4.—La concepción dualista de la prueba es fecunda en resultados teóricos y prácticos al separar los problemas procesales de otros que venían siempre mezclados con ellos pero que se referían a un orden distinto de cuestiones y la aclaración comienza con aquellas nociones generales como las de *medios, fuentes y elementos* de prueba que no han recibido siempre de la doctrina, no digamos que tampoco del derecho positivo, una aclaración que evite todo equívoco.

Comenzando por el concepto mismo de los *medios de prueba* y refiriendo inicialmente esta noción a la de instrumentos a través de los cuales se realiza la función probatoria observamos que la discusión en torno a la conveniencia de señalar legalmente tales me-

dios o dejarlos indeterminados no puede recibir una solución uniforme sino diferente según que se trate de prueba procesal o de prueba civil. Si se trata de prueba procesal, por la misma naturaleza del fin perseguido: una convicción psicológica personal, toda fijación legal de medio de prueba resulta más que inoportuna, en realidad estéril: por el contrario, en la prueba material, puesto que se trata de obtener un grado objetivo de creencia en determinados acaecimientos, la fijación legal de los medios de prueba tiene un alto valor en cuanto indica a las partes de qué instrumentos deberán valerse para afirmar su posición en la relación jurídica de que se trate. De nada sirve p. e. que diga la ley que un documento público hace prueba plena en juicio puesto que en el juicio, si contra la veracidad del documento se produce una simple prueba de testigos, el Juzgador decidirá en definitiva a cuál otorga su preferencia. Por el contrario, cuando extraprocesalmente, dice la ley que el documento público hace prueba plena, legítima de tal modo su contenido que el interesado sabe que puede perfectamente atenerse a él prescindiendo de cualquier eventual impugnación que en el mundo del proceso quepa imaginar.

Algo análogo cabe decir de lo que se refiere a las *fuentes de prueba*, esto es de aquellas operaciones a través de las cuales se obtiene el resultado que la prueba persigue. Las diversas categorías propuestas en este apartado: percepción, representación, indicación, deducción, no tienen sentido en realidad, sino aplicadas a la prueba material, no a la prueba procesal. Pues en el proceso es indiferente que un documento represente o no su contenido: el mismo régimen se aplica, como luego veremos, a todos los objetos, según su índole, que en el proceso figuran. Que un objeto represente—documento—o indique—contraseña—podrá tener relevancia para el mundo del derecho material, pero no del derecho procesal. Lo mismo puede decirse de la percepción frente a la deducción: toda prueba procesal lleva consigo una y otra: el reconocimiento judicial, la llamada prueba directa por antonomasia, encierra en realidad tanta deducción como puede haber en las presun-

ciones. Al examinar el Juez los árboles plantados en cierto terreno, ¿no tiene que deducir todavía otra serie de hechos para llegar a una aplicación correcta del artículo 591 del Código civil?

Y los *elementos de prueba* son también diversos en el derecho material y en el derecho procesal, limitados o posiblemente limitados en aquél, ilimitados al menos en cuanto a su conveniencia teórica en éstos. Ciertamente las categorías generales en que tales elementos se agrupan son las mismas en una y otra institución: personas, cosas, actos, pero su distribución y régimen varían sensiblemente en la prueba procesal y en la prueba civil. Para la prueba civil, la declaración perjudicial en los libros del comerciante puede tener el valor de una confesión, para la prueba procesal esto tiene el valor y está sometido a las reglas que se establecen respecto a los documentos.

5.—Como fácilmente se comprende, las distintas categorías de la prueba material y la prueba procesal están sometidas a un régimen diverso también en lo que toca a la *naturaleza de las normas* por las que una y otra se rigen: mientras que las normas de la prueba material pertenecen al derecho privado, al civil o mercantil en lo que ahora nos interesa, las normas de la prueba procesal pertenecen a esta misma rama jurídica y participan de los caracteres que ésta asume. Por esta razón, las normas de la prueba material no son predominantemente de derecho absoluto, sino de derecho dispositivo, y admiten las convenciones tan excelentemente estudiadas en fecha reciente por MARINONI; no rige en ellas la *lex fori*, sino la *lex causae*; son generalmente retroactivas; por el contrario, las normas sobre la prueba procesal, excluyen ordinariamente toda convención *inter partes*, están sujetas a la *lex fori*, y operan, como la mayoría de las normas procesales, retroactivamente.

6.—La distinción entre prueba material y prueba procesal no debe considerarse ciertamente como un *retroceso en el desarrollo doctrinal* de la institución sino como una tentativa de reducir a sus justos términos la discusión excesivamente enturbiada por concepciones demasiado civilistas o demasiado procesalistas. En otros te-

rrenos vemos que la justa reivindicación procesal de categorías absorbidas por el derecho privado no ha llevado a una negación de la materia de éste, sino a una delimitación entre uno y otro; la acción se ha configurado v. g., como un derecho público subjetivo autónomo sin negar por ello la existencia del derecho privado subjetivo. El reducir la prueba a una institución de derecho material es fruto del error que considera toda manifestación procesa como un accesorio o derivado de la norma material; el reducir la prueba a una institución procesal es asimismo fruto del error que no ve derecho más que en aquellas materias que pueden exigirse coactivamente por aplicación de la fuerza material del Estado.

7.—Veamos cuáles son las consecuencias de aplicar a la teoría de los *sujetos de la prueba* las consideraciones generales antes apuntadas. De acuerdo con lo que establece la doctrina acerca de los sujetos procesales deberemos distinguir aquí un sujeto activo, un sujeto pasivo y un destinatario de la prueba.

El *sujeto activo* es aquél, no de quien procede el acto probatorio, sino a quien ha de imputarse jurídicamente el mismo, es decir, el causante de tal actividad; así, el sujeto activo de la prueba testifical no es el testigo sino la parte que lo presenta. De acuerdo con los principios generales que rigen en materia de actividad instructoria procesal, deben considerarse normalmente como sujetos activos de la prueba a las partes. Pero decimos normalmente y no exclusivamente para evitar que se crea que el Juez no puede ser nunca sujeto activo de la prueba; esto ocurre, con ciertas limitaciones que deberían desaparecer a nuestro juicio, en todos los derechos positivos incluso en el nuestro donde las llamadas diligencias para mejor proveer ofrecen un típico ejemplo de este fenómeno. Resulta erróneo y en el fondo se trata de una pura sustitución de términos, el calificar a esta actividad, no como probatoria, sino como de investigación según SCHONKE quiere.

Pero al decir que el sujeto activo de la prueba lo constituyen normalmente las partes, no hemos agotado ni con mucho las dificultades del problema porque habrá que saber todavía a cuál de

las partes le corresponde promover en cada caso el acto de prueba. Si se preguntase simplemente: ¿cuál de las dos partes tiene derecho a probar?, la respuesta sería evidentemente sencilla: cualquiera de las partes tiene tal derecho. Pero éste es uno de los casos en que interesa más que determinar la titularidad de un derecho, las consecuencias que su no ejercicio produce, es decir, este es uno de los casos en que interesa más que el derecho en sí la carga que lleva, como todos aneja, y el estudio de esta *carga de la prueba* constituye uno de los temas más trabajados por la ciencia procesal, más difícil de exponer sucintamente y más lejano todavía de llegar a una conclusión unánime o casi unánime que resulte satisfactoria.

Quizá el planteamiento inicial que tradicionalmente se ha venido dando a este problema constituye la principal dificultad para obtener en él ideas claras. Suele preguntarse: ¿a cargo de quien corre el resultado de la prueba?, de la prueba, en general, como un bloque indiferenciado, y, como es lógico, no puede obtenerse aquí una solución exacta porque no cabe eliminar a ninguna de las partes de la consiguiente responsabilidad. Por el contrario, trazando dentro de la noción genérica de la prueba distintas divisiones en atención a su contenido, se empiezan a utilizar en este punto orientaciones más eficaces.

Se ve, en efecto, con toda claridad que el principio que quisiera atribuir a alguna de las partes, v. g., al actor, toda la carga de la prueba, como la máxima clásica «*actore non probante, reus absolvitur*» tiene que sufrir a continuación una serie de distinciones y aclaraciones tales que desvirtúan grandemente su alcance inicial. Es preciso, pues, renunciar a un principio general así formulado y estudiar el contenido de la prueba para deducir de este contenido las conclusiones que ahora nos interesa obtener.

Ahora bien, al trazar estas distinciones puede seguirse una doble vía que no vacilamos en calificar, a la primera de errónea, y a la segunda de acertada. Según el primero de estos caminos hay que distinguir en el contenido u objeto de la prueba, es decir, en

los datos procesales a probar, según su calidad, según su naturaleza absoluta o intrínseca; por el contrario, a tenor del segundo de aquellos dos caminos hay que distinguir en los datos procesales, según su posición, según su naturaleza extrínseca o relativa con respecto a las partes, naturalmente.

El estudio de las calidades objetivas de los datos aparece, en efecto, impotente para ofrecer una guía segura en materia de carga de la prueba. Ya la doctrina del derecho común había formulado una regla objetiva de este tipo al eliminar de la prueba los datos negativos: «*negativa bon sunt probanda*». Pero la regla prácticamente se revela como carente de valor: fijémonos en nuestro derecho positivo, donde, en materia de beneficio de pobreza, se exige al actor la prueba de unas circunstancias típicamente negativas. Ahora bien, lo mismo que puede decirse de este aforismo cabe sostener de todos los que se apoyan en la calidad objetiva de los datos. Cuando WACH, en el acabado artículo que sobre la carga de la prueba publicó, hace la crítica de los principios generales elaborados por la doctrina del derecho común, tiene perfecta razón: pero ya no la tiene, cuando para sustituir a las máximas rechazadas, propone otra, a su vez, fundada en la calidad objetiva de los datos, esto es, la máxima que distingue entre circunstancias constitutivas, impeditivas y extintivas. Porque ¿cómo determinar en muchos casos dudosos si una circunstancia pertenece a una y otra categoría si no es entregándose a una peligrosa y sutil interpretación literal de la norma? Por ello, el criterio de WACH, a pesar de la enorme difusión que ha tenido, debido sobre todo a haberlo recogido el propio CHIOVENDA, resulta vacilante en la práctica precisamente en aquellos casos en que más se necesitaba una segura aclaración.

De ahí que debemos darnos cuenta de la conveniencia de abandonar la orientación seguida por estos autores, es decir, el estudio de la calidad objetiva de los datos procesales para emprender el examen de la posición de estos mismos datos, es decir, de la relación en que se hallan con los sujetos procesales. Para esto debe-

mos pensar que la prueba, con toda su importancia, no es la primera, sino la segunda de las operaciones instructorias que se realizan en todo proceso: a la prueba precede siempre la alegación, esto es, la introducción en el proceso de aquellos datos de cuya existencia quiere la parte alegante convencer al Juez. Pues bien, no parece dudoso que puede afirmarse que soporta el riesgo de que el Juez no crea tales datos, la parte que los alegó. Y si se dijera que esto era simplemente trasladar la dificultad, porque aún habría que saber quien soporta la carga de la alegación, fácil sería contestar que alega o debe—en sentido de carga y no de obligación—alegar los datos, la parte que tiene interés en que formen parte del proceso, esto es, la parte a quien favorecen. La determinación de a quien favorecen realmente se cuidan ya de hacerla las propias partes mediante su recíproca actividad.

No distinta, sino sustancialmente idéntica a la apuntada, es sin duda la opinión de ROSENBERG cuando apoya toda su construcción sobre carga de la prueba en la llamada teoría de la norma favorable: cada parte prueba o ha de probar el supuesto de hecho de la norma que le favorece; como se ve, también aquí se coloca el centro de gravedad del principio en la posición del dato y no en su calidad, porque el que un dato favorezca o no a una parte es algo que depende, no de la naturaleza absoluta del mismo, sino de su relativa posición en el proceso de que se trate.

Ahora bien, cuando hablamos de norma favorable o dato favorable debemos operar con mucha cautela para no confundir aquí problemas del derecho material con problemas del derecho procesal. La ventaja o desventaja de que aquí se trata, el favor o perjuicio a que se alude, son estrictamente el hecho de ganar o perder el proceso, dicho más técnicamente, el hecho de que el Juez actúe o se niegue a actuar la pretensión procesal. Las ulteriores consecuencias favorables o desfavorables que la parte pueda todavía obtener o sufrir no interesan ya a la teoría de la prueba procesal por lo mismo que se producen fuera del mundo del proceso.

Naturalmente, es imposible negar que en último término se ha-

ce necesario acudir a una interpretación de la norma o normas de que se trate para saber cuáles son los datos que, comprendidos en su supuesto de hecho, debe alegar la parte a quien interese su aplicación. Pero siempre será más fácil construir simplemente este supuesto específico, a la manera de ROSENBERG, que no trazar en él las categorías de hechos constitutivos, impositivos o extintivos a la manera de WACH.

Si se quiere, por tanto, encerrar en una última fórmula la solución más aceptable, a mi juicio, de este grave problema de la carga de la prueba diríamos que consiste, como todas las cargas jurídicas, en el resultado perjudicial que se produce por el no ejercicio de un derecho, que dicho resultado perjudicial lo constituye aquí el que un determinado dato no pueda formar parte de la decisión judicial o, en términos más estrictamente probatorios, que el Juez no se convenza de la verdad de un determinado dato procesal, y, por lo tanto, que el perjuicio es para la parte a quien la constancia de tal dato interesa. Bastará con pensar ahora qué efectos produce en la decisión la aceptación o denegación de la existencia de un dato para que se pueda saber inmediatamente qué parte soporta la carga de la prueba. De esto se deduce sin dificultad que consideraremos errónea y mal construida la dualidad entre carga material y carga formal de la prueba: sólo la primera responde, pese a su inexacta denominación, al verdadero concepto de carga procesal de la prueba; la carga formal no es equiparable a ella como una segunda categoría afín: alude simplemente a la molestia o trabajo que supone el probar para la parte a quien esto interesa: acepción de carga tomada en un sentido amplio y vulgar como fácilmente se comprende: si a esto se añade que la idea sólo es concebible en un proceso dominado por el principio dispositivo y que el principio dispositivo es incompatible con una regulación congruente y estrictamente procesal de la actividad probatoria, no hay inconveniente en añadir que también desde un punto de vista *ex lege ferenda*, es una noción llamada a desaparecer.

Una vez aclarado el problema fundamental del sujeto activo de

la prueba, la determinación del sujeto pasivo y del destinatario de la misma no ofrece dificultades. El sujeto pasivo es la parte contraria a aquella que realiza la prueba; el destinatario es siempre el Juez: *Judici fit probatio*; otra diferencia de importancia con la prueba de derecho material en la que el sujeto pasivo es también el otro o los otros titulares de la relación jurídica en cuestión, pero el destinatario no aparece determinado personalmente sino de un modo impersonal y objetivo, puesto que la prueba se dirige tan sólo a legitimar la posición de una persona en el tráfico jurídico. En cierto modo, la fijación del sujeto pasivo y del destinatario de la prueba procesal tiene importancia por cuanto la aplicación de los principios de inmediación y publicidad, estrictamente vigentes en materia probatoria, obligan a que la prueba sea dirigida inmediatamente al destinatario y se practique en presencia del sujeto pasivo de la misma; esta es la clave para comprender el sentido de los artículos 254 y 670 de la ley de Enjuiciamiento civil.

8.—Pero la teoría general de la prueba no puede desligar en absoluto el problema de quien (o frente a quien o para quien) se prueba, del problema de qué es lo que se prueba, de qué es lo que debe ser probado, en otros términos, el problema del sujeto y el del *objeto de la prueba*. En efecto, hemos dicho ya que cada parte prueba en principio, los datos alegados por ella, pero todavía cabe preguntarse: ¿qué datos son estos? ¿existe una absoluta correlación entre el objeto o la carga de la alegación y el objeto o la carga de la prueba?

Desde luego la respuesta ha de ser negativa, como una observación aun muy superficial permite poner de relieve. Sin embargo, dejando a un lado todo lo que se refiere a la teoría de la alegación que es materia que excede con mucho de nuestro tema, podemos retener como punto de partida, que ha de recibir ulteriores e importantes depuraciones, la idea de una coincidencia inicial entre alegación y prueba, de tal modo que puede decirse que el objeto de la prueba lo constituyen, en principio, los datos que han sido objeto de alegación por los sujetos procesales. Obsérvese que de-

cimos datos, en un sentido análogo al que GENY da a su conocido término «*donnée*» y no hechos como es acaso más corriente, para incluir aquellas hipótesis, raras desde luego, pero posibles, en que un dato, no fráctico, sino normativo, puede ser incluido en el tema de la prueba. Y la coincidencia inicial propuesta entre alegación y prueba permite que los casos en que tal coincidencia no existe, es decir, aquellos casos en virtud de los cuales se afirma, con razón, que falla la correlación absoluta entre carga de la alegación y carga de la prueba, sean considerados como excepciones a una regla general.

De las grandes categorías en que se divide el material instructorio recogido en un proceso, las normas jurídicas y los hechos, es frecuente afirmar que sólo los segundos son objeto de la prueba, no los primeros. Y la afirmación es exacta siempre que la tesis se mantenga con cierta cautela sin llegar a conclusiones absolutas que sería difícil mantener luego.

Debemos notar en primer término que cuando se dice que las *normas jurídicas* no son objeto de prueba, que no forman parte del *tema probandum* en un proceso determinado, se está pensando únicamente en la carga y no en el derecho a la prueba que tiene, sin embargo también, una evidente realidad. Se piensa, en efecto, que el hecho de que una norma jurídica quede sin probar no constituye un perjuicio para la parte a quien dicha norma favorece, puesto que el Juez está obligado a conocerla. Esto es cierto, pero ¿dice algo en contra de la facultad que tiene la parte, si quiere, a convencer al Juez de la existencia y el sentido de la norma de que se trate, facultad cuyo ejercicio está lejos de carecer de todo interés puesto que, no obstante su aptitud teórica, el Juez no conoce la realidad ni el alcance de tales normas jurídicas sean las que sean?

Evidentemente, no. Y se dirá acaso que este interés queda suficientemente protegido con la simple alegación de la norma de que se trate, pero esto muchas veces no basta; hay, en realidad, dentro de todo proceso verdaderas actividades encaminadas a obtener no ya que el Juez conozca (alegación) sino que se convenza (prueba)

de la existencia o del sentido de una norma determinada. Lo que ocurre es que este escondido mecanismo probatorio de las normas de derecho reviste una estructura y se ajusta a unas reglas absolutamente diferentes de la prueba estricta o sobre hechos por lo que sin duda resulta, teórica y prácticamente, más conveniente, no fundir ambas actividades en un sistema común; así, es posible que el informe de un Abogado comprenda, en parte, una verdadera prueba de tipo pericial sobre normas jurídicas, pero querer identificar técnicamente esta prueba con la pericial ordinaria no llevaría a ningún resultado positivo y sí sólo, por el contrario, a confusiones inconvenientes.

Por otra parte, en cuanto a la prueba de las normas jurídicas, no será apenas necesario recordar que existen determinadas categorías que sí son, excepcionalmente, objeto necesario del tema probatorio, especialmente, como se sabe, la costumbre, el derecho extranjero y la prescripción autónoma. No podemos entrar ahora en el análisis y la justificación de cada una de estas excepciones y tampoco podemos hacer, en este momento, una crítica de la dirección de nuestro derecho positivo al modo de la hecha por ALCALA-ZAMORA sobre la prueba del derecho consuetudinario, proponiendo, por ejemplo, que las categorías apuntadas queden exentas de la carga de la prueba aunque no de la carga de la alegación; únicamente se citan estos casos para corroborar la tesis expuesta que coincide, desde luego, con la doctrina dominante, que en materia de normas jurídicas la exención de la carga es la regla y la necesidad de la prueba la excepción.

Precisamente el principio inverso es el que domina en materia de hechos de acuerdo con la doctrina imperante también; la necesidad de la prueba es la regla, la exención de la misma la excepción. La primera de estas prescripciones no ofrece dificultad alguna; todos aquellos datos de hecho que constituyen el supuesto (TATBESTAND) de las normas a aplicar, forman el tema de la prueba en el proceso correspondiente. Pero la determinación de los casos excepcionales no es tan fácil de cubrir en una breve fórmula; en efec-

to, la doctrina se ha limitado hasta ahora a enumerar fragmentariamente tales excepciones sin intentar no ya una explicación unitaria, lo que es probablemente imposible, sino un ensayo de sistematización. Ahora bien, los casos excepcionales pueden ser explicados todos diciendo que son aquellos hechos que, debiendo formar parte, normalmente, del tema de la prueba en un proceso determinado (por constituir elementos del supuesto de hecho de las normas, de cuya aplicación se trate), quedan excluidos de esta categoría por razones diversas que pueden ordenarse en tres grandes grupos: razones respecto al sujeto, razones referentes al objeto, y razones referentes a la actividad a que el dato se refiere.

Por razones referentes al sujeto están excluidos del *tema probandum*, no obstante su teórico encuadramiento en él, los datos prácticos que ambas partes reconocen unánimemente; esto es, los datos alegados por una parte y admitidos por la otra. La figura jurídico procesal de la *admisión* se enlaza así con la teoría de la instrucción procesal y su discutida y difícil distinción respecto a la confesión judicial no es sino un reflejo de la distinción o división que existe entre las dos grandes actividades de tipo instructorio que se dan en el proceso: la alegación y la prueba; la admisión, en efecto, es una alegación de determinado contenido, la confesión es, como luego veremos, un medio de prueba determinado. Cuando GOMEZ ORBANEJA en su inteligente tesis doctoral sobre la confesión judicial anticipada crítica el mecanismo del artículo 549 de nuestra Ley de Enjuiciamiento olvida, sin embargo, el emplazamiento sistemático fundamental del problema; es cierto que el artículo 549 habla erróneamente de confesión en vez de admisión, pero el error no está en haber omitido en este caso las formas, arcaicas, de nuestro régimen confesorio en general sino en confundir una operación de la técnica probatoria con otra de una fase procesal anterior; más allá de esta equivocación no hay, a nuestro juicio, confusión sustancial alguna en el precepto citado.

Por razones referentes al objeto quedan igualmente fuera del tema de la prueba determinados datos de hecho que, si tuvieran

que ser justificados por la parte, obligarían a ésta a un esfuerzo desproporcionado y en muchas ocasiones acaso absolutamente ineficaz; de este modo, determinadas circunstancias, en atención a su naturaleza objetiva, y en esto se halla la esencia de la presente excepción, son dispensadas por la ley de formar parte del tema, siendo sustituidas o no por otras circunstancias conexas a la primera y de prueba más sencilla. Así como la excepción subjetiva recibe el nombre específico de admisión, así la excepción objetiva recibe también una denominación estricta técnico-jurídica; la de *presunción*, bien entendido que aquí se habla de las presunciones *juris* (no de las *hominis*, que son un verdadero medio de prueba como luego se verá). La presunción es, por lo tanto, una auténtica excepción a la regla general sobre objeto de la prueba; cuando HEDEMANN en su conocida obra sobre presunciones, divide las explicaciones a ellas referentes en teorías que afirman ser un caso excepcional de las normas sobre sujeto (carga) de la prueba y teorías que defienden ser un caso especial de las normas sobre apreciación de la prueba, da un cuadro completo de las doctrinas formuladas hasta la fecha, pero no agota todas las posibilidades en la materia; omite precisamente el enlace de la teoría de la presunción con la teoría del objeto de la prueba que es precisamente, a mi juicio, la clave más exacta para comprender aquella figura: ¿qué duda cabe, en efecto, de que cuando el Código civil dice en su artículo 108 que se presumen legítimos los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución, no hace sino sustituir la prueba del dato que, en principio, debería ser probado: la concepción, por otras circunstancias exteriores apreciables: el matrimonio, la fecha del nacimiento?

Finalmente, por razones que no son ya subjetivas ni objetivas sino de la actividad que el conocimiento del dato supone constituyen una excepción a la regla general antes apuntada, aquellos hechos cuyo conocimiento es de tal intensidad que no se necesita con respecto a los mismos un acto especial de convencimiento

del Juez: nos referimos, como fácilmente puede adivinarse, a los *hechos notorios*. La notoriedad de un hecho no consiste, en efecto, ni en una calidad subjetiva ni en una calidad objetiva del dato mismo sino en un grado especial del conocimiento que ha provocado en sus distintos destinatarios: un hecho puede tener mayor importancia que otro y sin embargo, no revestir como el segundo una índole notoria. Difícil como es de explicar la esencia de la notoriedad aunque los trabajos de LANGENBECK y de CALAMANDREI, sobre todo, se hayan esforzado en aclarar este punto no es difícil sin embargo afirmar que el sentido de la conocida regla «*notoria non eget probatione*» es, precisamente, la de constituir un tipo especial de excepción a la regla según la cual han de ser probadas todas las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho de las normas a aplicar. Y esta norma de la exención de la carga de la prueba de los hechos notorios la creemos también válida para nuestro derecho positivo a pesar del silencio que sobre ella guarda nuestro derecho positivo y a pesar de que cierto sector doctrinal, representado sobre todo por PRIETO CASTRO, se esfuerce en defender la tesis contraria.

No quedaría completa todavía esta ligerísima indicación sobre las líneas generales del objeto de la prueba si se olvidara mencionar que entre las categorías de las normas jurídicas y la de los hechos existen todavía *otros grupos de nociones* que deben ser manejados por el juzgador y cuya significación a este respecto es extraordinariamente dudosa.

En primer término encontramos aquí determinadas normas jurídicas que por razones diversas, de tiempo o de espacio, no pueden ser consideradas al nivel de las restantes fuentes de derecho que vinculan al Juzgador: nos referimos especialmente al derecho histórico o al derecho extranjero; no, naturalmente, cuando hayan de ser objeto de una aplicación directa como el derecho romano en Cataluña o el derecho de Inglaterra para decidir sobre la capacidad jurídica de un inglés, si no cuando sirven simplemente de indicación supletoria o de fuente indirecta para el Juez. En segun-

do lugar hallamos también determinados criterios normativos que no son jurídicos pero que son o pueden ser importantes o hasta decisivos en un proceso determinado: así las reglas de la experiencia o sana crítica, los llamados *standards* jurídicos, los imperativos de la equidad. En tercer término, podrían mencionarse todavía determinados elementos desprovistos de toda significación normativa, esto es, con un simple valor lógico como el derecho científico.

En todos estos casos, la necesidad de la prueba para la parte de las correspondientes indicaciones, es por lo menos, muy dudosa. Algunas de ellas, por su propia naturaleza parece que quedan sustraídas, desde luego, a una actividad de tipo probatorio, como ocurre con la equidad. De todas cabe afirmar a mi juicio que la actividad de la parte con respecto a ella puede limitarse a una mera alegación: cierto que en nuestro derecho positivo el objeto de la prueba se extiende a límites muy amplios, como desconfianza sin duda respecto a la aptitud en este punto del órgano jurisdiccional, pero no es menos cierto que tal tendencia parece debe ser *ex iure condendo*, restringida y que por ello a falta de una declaración positiva en sentido contrario conviene afirmar también en este punto una sana iniciativa judicial.

9.—Los *actos de prueba* que en un proceso se desarrollan pueden descomponerse para su análisis conceptual, como cualquier otro acto del proceso, en tres grandes dimensiones: la del lugar, la del tiempo y la de la forma en que el acto se desenvuelve. Aunque de importancia desigual cada una de estas tres dimensiones, conviene hacer una aclaración sobre todas ellas que complete en este punto la teoría general que venimos exponiendo.

Respecto al *lugar* no parece que haya inconveniente en afirmar en principio que, cuando ello es posible, el acto de prueba se practica en el mismo lugar en que se realizan ordinariamente todos los restantes actos de la prueba, es decir, en el mismo lugar (circunscripción, sede y local) del órgano jurisdiccional ante quien el proceso se desenvuelve. No es frecuente encontrar en los sistemas de derecho positivo una indicación expresa en este sentido por lo

mismo que la teoría general del lugar de los actos procesales ha sido extraordinariamente discutida por la legislación y por la doctrina, pero cabe deducir el principio sin dificultad de aquellas normas que constituyen como una exigencia normal del sistema probatorio la inmediatividad de los actos respecto del órgano jurisdiccional: así, entre otros, del art. 254 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Pero esta regla según la cual los actos de prueba han de practicarse en el mismo lugar del órgano jurisdiccional, conoce importantes excepciones que se fundan en la inconveniencia o imposibilidad muchas veces de sujetar el acto probatorio a este requisito. En tales hipótesis, naturalmente, la ley no omite la práctica del acto sino que dispensa del presupuesto del lugar, lo que da origen a consecuencias diversas según el sitio donde la prueba se realiza entonces, ya venga practicada fuera del lugar del órgano pero dentro de su circunscripción, fuera de la circunscripción del órgano pero dentro del territorio nacional o fuera, finalmente, del territorio nacional. Ninguno de estos casos ofrece, sin embargo, dificultades a la teoría: en el primer supuesto el órgano jurisdiccional se trasladará al lugar en cuestión o bien dará la comisión correspondiente al Juez del mismo, en las otras dos hipótesis entrarán en juego igualmente las normas genéricas sobre auxilio judicial interno y auxilio judicial internacional.

Por lo que toca al *tiempo* de la prueba, prescindiendo ahora del problema de los días y horas hábiles que no descubre en este punto faceta particular alguna, observamos que el criterio preclusivo seguido con carácter dominante por nuestro derecho positivo hace que en la misma mayoría de nuestros procedimientos civiles exista un período más o menos largo de tiempo destinado específicamente a la práctica de los actos probatorios correspondientes: este período de tiempo suele denominarse erróneamente «término»: término probatorio, por la confusión que de las nociones de término y plazo ha hecho el legislador. En la mayor parte de los procedimientos civiles españoles, excluyendo aquellos

que se inspiran en el principio de la concentración como los juicios verbales, existe, pues, un plazo determinado para la realización de estas actividades probatorias, unas veces dividido y otras no, en dos períodos menores de proposición y práctica respectivamente.

Ahora bien, el principio preclusivo que es uno de los caracteres más acusados de todo proceso con preocupaciones formalistas, especialmente de todo proceso escrito, pues como SEGNI ha dicho, la preclusión es el precio que paga la escritura para obtener una cierta rapidez, conoce siempre numerosas excepciones que desvirtúan su rigidez orgánica y que contribuyen a hacer más factible un sistema que sin aquellas llevaría en realidad a consecuencias intolerables. En materia de prueba tales excepciones son particularmente numerosas precisamente porque en este punto se hacen más necesarias las concesiones a las exigencias de cada caso concreto olvidando algo el rigor de las puras formas que podría dar aquí un resultado ficticio. En efecto, si observamos el sistema legal en cuanto a tiempo de prueba en el procedimiento más solemne de nuestro derecho, en el juicio de mayor cuantía, observamos que en él hay, sí, una prescripción genérica, rígida en apariencia, sobre períodos de prueba: la del art. 553 de la ley de Enjuiciamiento civil, pero que luego se encuentran abundantísimos preceptos particulares, en casi todos los medios de prueba que regula la ley, donde se desvirtúa aquella norma general.

Así, por lo que toca a la confesión, se descubre que, aparte de la posibilidad de obtener declaración jurada como una de las diligencias preliminares de que trata el art. 497, existe una notable ampliación a la regla preclusiva sobre el tiempo de la prueba desde el momento que la ley permite realizar este medio no ya hasta que se cierre el período de prueba, sino después de cerrado, hasta la citación para sentencia en primera instancia. También en materia de prueba testifical, el rigor aparente de la norma preclusiva es suavizado, en los casos más graves, por el permiso de proceder a la práctica anticipada del correspondiente interrogatorio. Y no habrá que

decir que en cuanto a las presunciones *hominis*, otro de los medios de prueba de que el Juzgado se puede valer, su propia naturaleza las exime de la necesidad de ser efectuadas en ningún período de tiempo determinado.

Pero la excepción más significativa e importante la encontramos en materia de prueba documental: aquí no es solo que la práctica de la prueba puede verificarse fuera del plazo probatorio normal, es que tiene que realizarse, forzosamente, en principio, fuera de dicho plazo: los documentos, en efecto, no se presentan una vez abierta la prueba sino mucho antes, al presentar la demanda y la contestación, por lo menos en cuanto a los documentos que deben considerarse como fundamentales; y cuando la ley admite alguna excepción a este nuevo y contradictorio principio no limita el tiempo de presentación al de prueba sino que lo extiende, como en el caso de la confesión, hasta la citación para la sentencia en primera instancia. No es este el momento de pararse a examinar los inconvenientes concretos que origina el sistema legal ni podemos detenernos aquí en analizar hasta qué punto las exigencias de la buena fé en el proceso hubieran quedado satisfechas con una mera indicación o anuncio de las pruebas de que la parte pretende hacer uso sin necesidad de una plena exhibición de las mismas *in limine litis*: para nuestro propósito basta con subrayar ahora cómo el ejemplo de la prueba documental, corroborado por los que anteriormente se expusieron, demuestra hasta qué punto hay que guardarse de caer en una aplicación rigurosa y literal del principio preclusivo en materia de prueba.

En lo que respecta a la *forma* de los actos de prueba existen también particularidades de interés que la teoría general no puede por menos de tener en cuenta. No, naturalmente, cuando la prueba consiste en una manifestación (conducta física, acto real), p. e. la lectura de un documento, puesto que entonces las reglas sobre la práctica hay que deducirlas de la vida real como en cualquier otro caso, sino en lo que toca a las declaraciones, esto es, las exte-

riorizaciones de un determinado pensamiento o voluntad.

Las reglas formales sobre declaraciones probatorias comienzan ya en lo que respecta a la producción de las mismas, esto es a aquel acto por el que dichas declaraciones se expresan. En efecto, existen dentro del derecho probatorio normas específicas encaminadas a ordenar el modo de dicha producción, esto es el lenguaje en que deben ser realizadas, no sólo en cuanto a la elección entre lenguaje oral y lenguaje escrito sino también en cuanto a la determinación de cual de los lenguajes o idiomas que históricamente existen es el que en la prueba se debe utilizar.

Lógicamente la primera de estas dos cuestiones es resuelta de manera diversa según sea el criterio que en materia de oralidad y escritura adopte el derecho de que se trate. En un ordenamiento que como el nuestro está dominado, con raras excepciones, por el principio de la escritura, no tiene nada de particular que a este tipo de lenguaje se acuda preferentemente para la producción de las declaraciones probatorias y esto no queda desvirtuado por el hecho de que alguna de ellas, por ejemplo la declaración de la parte al absolver posiciones o del testigo al contestar a un pliego de preguntas se haga de palabra porque la índole de la contestación no altera la naturaleza total del sistema encuadrado en una serie de actos rigurosamente escritos que son los que dan precisamente la pauta del acto: así, el pliego de posiciones y el interrogatorio de preguntas. Esta apariencia oral de una actividad que en el fondo nada tiene de tal fué lo que indujo a error a WYNESS MILLAR sobre la naturaleza de nuestro proceso civil, como BECEÑA hizo notar y se apresuró a reconocer el propio profesor norteamericano.

También en cuanto al idioma se encuentra aquí una aplicación de normas más generales que lo determinan, pero es interesante hacer notar que la conclusión de que entre nosotros es preceptivo el español o castellano, fácil conclusión, por otra parte, se induce precisamente de los preceptos formulados en materia probatoria; el del artículo 601 sobre la necesidad de traducir todo docu-

mento que no sea el castellano y el artículo 657 sobre la necesidad, igualmente, de examinar por medio de intérprete al testigo que no entienda o no hable el idioma español.

Pero no solo la producción de las declaraciones probatorias, también la recepción de las mismas está sujeta a delicadas reglas de forma que aquí conviene siquiera brevemente enunciar; para ello debe recordarse que la recepción de un acto es la puesta en contacto del mismo con algún elemento subjetivo, objetivo o de actividad que el legislador quiere aproximar a aquél.

Un contacto entre el acto en cuestión y determinados elementos personales o subjetivos se tiene cuando es aplicado el principio de la inmediación o de la inmediatividad subjetiva o el principio de la publicidad. En efecto, por el primero se exige que el acto se practique en presencia de un destinatario, por el segundo se exige que el acto se practique en presencia de aquellos terceros (público) que quieran asistir a él. Una y otra exigencia encuentran plena aplicación, acaso su más estricta aplicación, en materia de prueba; cuando la ley de Enjuiciamiento civil dice que los Jueces recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba enuncia, si bien con una fórmula imperfecta, el requisito de la inmediatividad; cuando dice que toda diligencia de prueba se practicará en audiencia pública recoge evidentemente el presupuesto formal de la publicidad.

El contacto entre el acto procesal (el acto probatorio, por lo que ahora nos interesa) y una circunstancia o elemento objetivo se tiene en aquellos casos en que la ley permite y ordena la proximidad física entre el autor del acto y alguna cosa, mueble o inmueble; así cuando permite que el testigo consulte cuentas, libros o papeles o cuando ordena que la prueba pericial o la prueba testifical se practique en el mismo sitio en que se realizó el reconocimiento judicial. Este presupuesto formal puede denominarse, de inmediación objetiva, pero no debe confundirse con el otro principio de la inmediación objetiva con el que algunos autores, GOLDSCHMIDT entre ellos, dan a entender la necesidad de servir-

se de aquellos medios probatorios que sean más afines o estén más en relación con el tema de la prueba.

Finalmente, el contacto entre el acto de la prueba y otra distinta actividad puede dar lugar a otro requisito de forma cuando se exige por la ley que preceda, acompañe o siga a la prueba misma alguna otra actividad. En el primer caso tendríamos la existencia de un presupuesto probatorio en sentido estricto, en el segundo una aplicación del principio de la concentración, en el tercero el juego de una auténtica condición. Ninguno de estos requisitos funciona sin embargo como requisito de orden general en nuestro derecho positivo; el primero y el tercero (el presupuesto y la condición) porque, por su misma naturaleza, no pueden recibir evidentemente una aplicación general; el segundo, porque no suele tampoco ser adoptado por aquellos sistemas que, como el nuestro se guían por la escritura y por la preclusión; en efecto, la preclusión no solo opera sobre la prueba en general, sino sobre cada uno de los actos en que ésta se descompone en particular obligando o permitiendo su separación recíproca en acciones diversas que muestran una discontinuidad temporal.

10.—Con esto se han esbozado ya de modo suficiente las primeras líneas de la teoría general de la prueba para que pueda entrarse en uno de los apartados más interesantes de ésta; el de los medios en virtud de los cuales la prueba se realiza.

Entendemos por *medio de prueba* todo aquel elemento que sirve de una manera u otra para convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un determinado dato procesal. El medio es, pues, sea cual sea la naturaleza del mismo, un instrumento, algo que se maneja para contribuir a obtener la finalidad específica de la prueba procesal. Si una persona sirve para lograrlo, dicha persona no será en tal aspecto sujeto sino medio de la prueba, si una cosa se utiliza a este propósito será asimismo medio y no objeto de la prueba. Del medio de prueba se diferencia igualmente la fuente de la prueba que puede definirse como aquella operación en virtud de la cual es utilizado el instrumento probatorio; así, en la prueba docu-

mental, el medio es el documento, la fuente, la percepción del mismo que, mediante su lectura, realiza el Juez.

De este concepto amplio de los medios de prueba se deduce la gran variedad de elementos que entran en esta categoría y que es preciso completar y ordenar si quiere conocerse más perfectamente su naturaleza. Es preciso, pues, dar una enunciación sistemática de tales medios y a tal exigencia no ha permanecido en realidad insensible ningún derecho positivo. Pero debemos afirmar apresuradamente que tal enunciación no puede o mejor dicho no debe revestir un sentido limitativo, sino simplemente indicativo; en otras palabras que los tipos de medios de prueba son meras categorías lógicas y no entidades jurídicas en el sentido de que sólo algunas vengan reconocidas por el derecho. Del concepto de la prueba procesal se desprende inequívocamente el error de aquellos sistemas que hacen de la enumeración legal de los medios de prueba un criterio de «*numerus clausus*» con respecto a las mismas. Por la misma razón debe abandonarse también la idea, que es propia del derecho material y no del derecho procesal, de la preferencia probatoria de unos medios de prueba sobre los otros; dependiendo o debiendo depender la eficacia probatoria de un instrumento del grado de convicción que logre provocar en el órgano jurisdiccional, resultaría ilógico someter este resultado absolutamente personal y subjetivo a unas normas de pretendida objetividad.

Para la debida clasificación sistemática de los medios de prueba que en un proceso cabe emplear, debe utilizarse, desde luego, un punto de partida extraordinariamente amplio, que permita acoger en el desarrollo ulterior cualquier tipo de elemento aún no previsto expresamente; esta es la única garantía, en efecto, de que la clasificación conservará su validez aunque nuevos descubrimientos técnicos se incorporen a la lista de los hoy conocidos sin hacer que vacile toda la teoría como ha ocurrido con el cine y la radio v. g. respecto de las clásicas categorías probatorias hasta hoy manejadas. Basta esto para afirmar, desde luego, que los criterios enumerativos del derecho vigente, entre nosotros, del artículo 1.215 del

Código civil y del artículo 578 de la ley de Enjuiciamiento civil adolecen de una grave insuficiencia que el intérprete tiene forzosa-mente que remediar.

El punto de partida lógico y no empírico que se busca puede, a mi juicio, apoyarse en la fundamental tricotomía: personas, cosas y actos, que tan relevante papel juega en el mundo del proceso y hacer de ella la clave inicial de toda la teoría de los medios de prueba.

En efecto, un instrumento probatorio esencial encuentra el Juzgador en personas o a través de personas, sean sujetos del proceso o no, es decir, sean partes o terceros. En primer término, pueden utilizarse aquí las partes mismas obteniendo de ellas declaraciones y manifestaciones de voluntad mediante su interrogatorio y mediante el análisis de su conducta: la importancia de este medio de prueba queda puesta de relieve haciendo notar la extraordinaria significación del juramento y de la confesión en cualquier sistema probatorio. En segundo lugar, son enormemente utilizables e incluso indispensables en el proceso las declaraciones y manifestaciones de los terceros, bien sea de terceros que se pusieron en contacto con los datos procesales antes que éstos adquirieran tal calidad (testigos) o después (peritos), es decir, prescindiendo o no de esta calidad en el momento de su observación. Todos estos tipos de prueba en los que el medio lo constituye una persona pueden recibir sin dificultad el nombre, hoy ya extendido en la doctrina, de *prueba personal*.

Pero además de las personas ocupan un importísimo papel dentro de la escala de los medios de prueba, las cosas, es decir, todos aquellos objetos del mundo exterior que aparecen al hombre como desligados de su propia personalidad o de la de cualquier otro sujeto. A través de cosas se obtienen procesalmente pruebas de la mayor significación, bien sea a través de cosas muebles (documentos) bien a través de cosas inmuebles (sitios que son examinados mediante un reconocimiento judicial o inspección ocular). Lo mismo que la prueba de personas se denomina prueba personal, la prue-

ba por objetos, cuya división fundamental reconozco haber formulado con un criterio un poco sorprendente, pero que más tarde trataré de justificar, puede recibir sin dificultad el nombre de *prueba real*.

Finalmente, los acaecimientos o actos (en sentido amplio) conocidos por el Juez pueden ser también utilizados como medio de prueba cuando su existencia o inexistencia sirve para convencer de la del dato procesal que se intenta probar. Este tipo de prueba que abarca, como fácilmente se comprende, todas las presunciones *hominis*, ha sido a veces llamada, sobre todo en la doctrina extranjera, prueba crítica, a veces, sobre todo en la doctrina nacional, prueba indirecta. Pero ni una ni otra terminología que se formulan frente a los nombres que deliberadamente no he querido emplear de prueba histórica y prueba directa, resulta satisfactoria: con la expresión prueba crítica parece querer colocarse la esencia de esta prueba en la actividad de deducción que realiza el Juez, con la locución prueba indirecta parece afirmarse que las otras son un medio de demostración más inmediato. Ni una ni otra conclusión resulta admisible sin embargo: deducción y rodeo dialéctico hay en todos los tipos de prueba, y muchas veces contribuye en mucho mayor medida una presunción judicial a formar el convencimiento del Juzgado que no la lectura de un documento o la declaración de un testigo.

Por ello, a falta de una denominación absolutamente clara como la de los grupos anteriores es preferible hablar aquí simplemente de *prueba por presunción*.

Este es, pues, a mi juicio, el esquema fundamental de los medios de prueba que en un proceso cabe emplear. Ahora bien, limitada la exposición a las líneas generales que quedan trazadas no se habría desvelado con absoluta nitidez el pensamiento básico que ha imperado en este sistema y que consiste en el manejo de nociones que sean idóneas respecto a la prueba procesal, eliminando aquellas que, tomadas de la prueba material, podrían enturbiar la teoría. Por ello es necesario, aún a trueque del sacrificio de tiempo, explicar cada uno de estos medios de prueba; como compensación a ello;

el hilo de la exposición nos permitirá asomarnos ahora a algunas de las cuestiones más sugestivas de las que encierra todo el derecho probatorio.

11.—Comenzando por la prueba personal que consiste en utilizar las declaraciones y manifestaciones de las partes, observamos que la primera necesidad que parece salir aquí al paso de toda tesis general es la de unificar y aclarar los diversos conceptos que la doctrina y el derecho positivo vienen manejando: interrogatorio, posiciones, juramento, confesión, etc.: probablemente un examen atento de estos términos nos revelará que cada uno de ellos alude a aspectos distintos del mismo tipo de prueba que analizamos. Si pensamos, en efecto, en el nombre de *interrogatorio de las partes*, comprobamos que éste es el caso que alude más de cerca a la esencia de la prueba, que consiste en obtener la declaración de las partes sobre ciertos datos procesales, para lograr lo cual se les pregunta o interroga: no diferente de esta acepción es la usada por nuestro derecho de *prueba de posiciones*, puesto que la posición es el modo especial de plantear una pregunta, conservada en nuestra legislación por puras razones históricas que aquí sería impropio examinar. En cuanto a la denominación de *juramento* parece a primera vista que alude a una significación formal de la prueba en cuestión: la modalidad solemne, y en nuestro derecho preferentemente religiosa, de la declaración probatoria que la parte presta. Pero si esto fuera así no se comprendería el por qué de la denominación antonomástica de juramento aplicada a la declaración de las partes porque disposiciones juradas se obtienen también en otros tipos de prueba, particularmente en la prueba de testigos. La verdad es que el concepto de juramento en este caso como el de *confesión*, aquí más apropiado, no responde a una idea del fondo o de la forma de esta prueba sino a una especial índole de sus efectos: la confesión es el resultado que el interrogatorio de la parte produce cuando se declara un hecho perjudicial a la parte misma, el juramento es el pleno resultado probatorio que el interrogatorio de la parte produce sea favorable o perjudicial su contenido y se llama

así porque la parte contraria se somete a tal resultado en virtud del juramento (decisorio en nuestro derecho, juramento sin más en los restantes) que el interrogado presta. La confusión que aquí padece nuestro ordenamiento jurídico no está, pues, en haber acercado dos instituciones dispares: confesión y juramento pues estos dos tipos son afines, sino en emplear en los mismos pasajes legales el término juramento con dos significaciones distintas: en el juramento decisorio aludiendo a un peculiar y amplio efecto de la interrogación; en el juramento indecisorio refiriéndose simplemente a la forma jurada de la declaración de la parte.

La teoría de la prueba por interrogatorio de las partes o si se quiere, a pesar de la limitación de este término, de la prueba por confesión está naturalmente dominada, como la de los restantes medios de prueba, por consideraciones estrictas de índole procesal. Su naturaleza jurídica no ha de buscarse, pues, en remisiones más o menos acertadas hechas a otras ramas del ordenamiento jurídico; no es particularmente la confesión un negocio jurídico que vincule a la voluntad de las partes la producción de un efecto jurídico determinado. Por otra parte, dentro del campo procesal no es la confesión, como ningún otro medio de prueba, un instrumento para la fijación formal de los hechos pues la prueba procesal, como antes traté de demostrar, no se propone nunca este resultado y sí solo el de obtener la convicción psicológica del Juzgador.

No desvirtúan esta tesis los preceptos aislados que en cualquier ordenamiento jurídico se pueden encontrar, y que desde luego en el nuestro se hallan, sobre regulación de los presupuestos y de los efectos de la confesión mediante fórmulas que parecen dar la razón a los sostenedores de la tesis contraria. Así, en materia de presupuestos la ley puede decir que es necesaria para confesar la capacidad que el derecho sustantivo exige para obligarse, pero esto no puede traducirse en modo alguno en que la confesión equivalga a una obligación o a un contrato: como muy bien afirma CHIOVENDA, la ley ha podido tomar perfectamente esta precaución por los resultados de hecho que la confesión produce, pero

sin desconocer por ello su auténtica y única índole de medio procesal de prueba. Y en cuanto a los resultados, la ley puede también afirmar que la confesión hace prueba plena contra su autor y el juramento a favor y en contra de su autor; esto no puede significar más que una reminiscencia histórica de prueba legal o tasada que acerca indebidamente la confesión a instrumento de fijación formal de los hechos, pero que va y ha de ir paulatinamente desapareciendo como en buena parte ha ocurrido entre nosotros por obra de la conocida jurisprudencia restrictiva del Tribunal Supremo.

Quiere ello decir, desde luego, que la confesión pierde actualmente el valor trascendental como *probatio probantissima* que durante largo tiempo ha venido asumiendo y mucho más ocurre esto con el juramento que de su primitiva función decisoria ha pasado a ocupar una meramente probatoria como ALLORIO ha demostrado hasta la saciedad trazando la historia ideal de la institución en la monografía que a la misma dedica. Y esta consideración procesal estricta influye en el planteamiento de todos los numerosos y atormentados problemas que tales figuras suscitan; incluyendo los que se refieren a las famosas notas de la indivisibilidad y de la irrevocabilidad de la confesión en las que ahora, por falta absoluta de tiempo, no podemos detenernos.

Pero no se deben cerrar las consideraciones referentes a la prueba personal que los partes proporcionan sin hacer ver que existe al lado de sus declaraciones (interrogatorio, juramento, confesión) la que consiste en manifestaciones de las mismas, es decir en la apreciación de la conducta que ellas observan durante el proceso. Al contrario de lo que suele normalmente acontecer aquí la evolución legislativa ha ido más aprisa que la doctrinal y no es difícil encontrar en ordenamientos procesales extranjeros recientes la norma que autoriza al Juez a deducir de la conducta de los litigantes conclusiones relacionadas con el fundamento de sus respectivas alegaciones, es decir, la utilización de tal conducta como un auténtico medio de prueba. La ciencia y la legislación clásicas

sólo conocían una manifestación, importante, desde luego, de este fenómeno; el silencio de las partes (o sus respuestas evasivas). Por una notoria insuficiencia de las categorías técnicas empleadas, tal supuesto venía tratado como un caso especial de la confesión, utilizando el tosco remedio de la ficción, verdadero salvavidas de las concepciones jurídicas rudimentarias; así, en efecto, el silencio (y las respuestas evasivas) se calificaban como una confesión fingida (o tácita) y esta *ficta confessio* ocupaba un papel importante en la teoría general de la prueba que ahora se analiza. Un examen más atento del problema descubre, no solo la poca fuerza de esta figura, sino también la limitación de la hipótesis contemplada; y con la construcción de la conducta (manifestaciones frente a declaraciones) de las partes como medio de prueba se abre a la teoría y a la práctica de la prueba un espléndido conjunto de horizontes nuevos.

12.—Naturalmente, las declaraciones y manifestaciones de las partes no agotan los tipos de prueba personal de que, en principio, cabe hacer uso en un juicio; el Juez puede convencerse mediante las noticias que recibe, no ya de las partes, sino de los terceros. Ahora bien, la observación de la realidad en lo que afecta a este problema, descubre que la prueba personal de (o por) terceros no la integra una sola institución como en el caso del interrogatorio (juramente, confesión), de las partes, sino dos figuras distintas: el *testimonio* y la *pericia*, cuya recíproca discriminación no es, en absoluto, fácil de hacer.

En efecto, una apreciación vulgar del problema descartaría toda cuestión inmediatamente en este punto alegando el distinto material que testigos y peritos aportan al proceso; el primero, hechos de la experiencia común; el segundo, hechos de una experiencia técnica para cuya observación y apreciación son necesarios conocimientos especiales. Pero este criterio, no obstante la coincidencia que podría descubrirse con el que maneja nuestro derecho positivo, resultaría a la larga impotente para explicar numerosos casos en que el testigo conoció (pudo conocer) gracias a la técnica espe-

cial que poseía (caso del médico que examina al herido que encuentra abandonado) y la distinción ha de desecharse como todas aquéllas, más imperfectas todavía, que se fijan en la condición pasada o presente del dato a examinar, en la fungibilidad (sustituibilidad) o no de testigos o peritos, en la circunstancia de que sea casual o no su conocimiento, en que una verse sobre hechos y otra sobre juicios, en que el resultado pertenezca a la premisa mayor o menor del silogismo judicial, etc.

La verdad es que si quiere distinguirse con relativa seguridad entre estos dos tipos de prueba hay que renunciar, a mi juicio, a todo criterio que se fije en la calidad general, desligada del proceso, del sujeto, del objeto o de la actividad que en este proceso se desarrolle. Pues lo único que diferencia realmente el testimonio de la pericia es la posición del dato que en una y otra se manejan dentro del proceso de que se trate; en el testigo la observación no es una operación procesal, sino extraprocesal (por lo menos, para el testigo mismo); por el contrario, en la pericia la observación del dato es una operación procesal, el dato tiene una índole procesal para la persona (perito) que lo aporta. Siguiendo este camino de la naturaleza procesal o extraprocesal del dato en uno y otro caso, se explican suficientemente los caracteres accesorios de una y otra prueba que a veces han inducido a error sobre su naturaleza: se explica que el perito sea la inmensa mayoría de las veces un conocedor de una técnica especial porque los datos comunes procesales pueden ser observados por el Juez personalmente, se explica que se haya calificado a veces al perito como un auxiliar del Juez, puesto que siempre recibe un encargo de éste para proceder a la práctica de la observación que ha de realizar.

Utilizando la línea general del criterio distintivo defendido no hay inconveniente en considerar al *testigo* como aquella persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que no eran procesales (para el testigo) en el momento de su observación; la condición de que no sea parte diferencia suficientemente el testi-

monio de la prueba por interrogatorio de las partes, la condición de que el dato no sea procesal diferencia suficientemente también el testimonio de la pericia; no habría dificultad conceptual, a nuestro juicio, en fundir en una sola estas dos últimas instituciones, para lo que acaso pudiera ofrecer sugerencias interesantes el derecho angloamericano, en vez de unificar conceptualmente confesión y testimonio como más recientemente se ha propuesto.

Así planteada la figura del testigo y la naturaleza de la prueba testifical no es difícil averiguar el por qué de la menor trascendencia de este tipo de prueba en el proceso civil y en el proceso penal, puesto que la cuidada elaboración del conocimiento de los datos es mucho más frecuente en el primero que en el segundo y por ello abundan más en él las pruebas preconstituídas que las pruebas simples hasta el punto de haberse podido decir con razón que el proceso civil es el reino del documento, mientras que el procesal penal es el reino del testigo. Por este mayor empleo del testimonio en el proceso penal se han producido respecto a éste casi todas las interesantes aportaciones doctrinales en materia de crítica experimental del testimonio, de la que GORPHE ofrece un buen resumen aunque hoy ya algo anticuado, y que sería también conveniente que se trasplantara al campo del proceso civil.

A pesar de esta relativamente escasa importancia del testimonio dentro del proceso civil, nuestro derecho positivo ofrece aquí una de las aplicaciones casi únicas que en él se hace de una de las instituciones más importantes y al mismo tiempo más abandonadas por la doctrina y por la ley, dentro del derecho positivo: la *prueba secundaria* o *prueba de segundo grado*. El entrar ahora en este problema contraría en cierto modo mi propósito de dejar a un lado todo lo que se refiere a cuestiones de detalle de la prueba pero siento la tentación de hacerlo así para llamar la atención sobre un punto que generalmente no suele ser puesto de relieve por la teoría no obstante su real trascendencia práctica. Llamo prueba secundaria o prueba de segundo grado a aquella que tiene por objeto convencer al Juez de la verdad o de la falsedad de otra prueba practicada en

el mismo proceso anteriormente: el que sea una operación destinada a formar la convicción judicial explica que se la llame prueba, el que verse sobre el valor que se le haya de dar a otra prueba practicada con anterioridad, justifica que se la denomine de segundo grado o secundaria siendo la de primer grado o primaria la prueba que constituye el objeto de la segunda demostración. Así aclarado el concepto, no parece difícil su comprensión: si yo presento un documento en juicio para demostrar que mi adversario me debe cierta cantidad, produzco una prueba primaria cuyo objeto es la verdad de la deuda, si mi adversario presenta testigos para demostrar, no que la deuda no existe, sino que el documento es falso, practica una prueba secundaria cuyo objeto no es el mismo que el de la anterior sino la falsedad de mi prueba. Y esta distinción entre dos categorías de prueba distintas explica muchos criterios de la práctica que sin tal explicación resultarían ilógicos: explica, por ejemplo, cómo ha podido decir el Tribunal Supremo con razón que la prueba documental puede ser atacada y destruída mediante cualquier otra clase de prueba a pesar de la plena fuerza probatoria que a aquélla reconoce la ley.

La singularidad de nuestro derecho positivo a que antes se aludió, en materia de prueba de segundo grado (no habrá que decir que la denominación es en sí absolutamente desconocida para nuestra legislación) es la siguiente: lógicamente, la prueba de segundo grado tiene mucha mayor importancia en aquellos tipos probatorios que tienen reconocida una determinada eficacia que no en aquellos que son de libre apreciación: tiene mucha más importancia saber cómo se puede destruir un arma cuyo valor se impone a Juez y partes que no un arma cuyos efectos dependen del libre convencimiento judicial. Pues bien, en materia de documentos (prueba legal respecto a determinadas circunstancias en nuestro derecho, como se sabe) la ley guarda absoluto silencio respecto a toda posible prueba secundaria planteando graves dudas en cuanto al régimen que se debe seguir para solicitar y declarar la falsedad civil y no penal de un documento cuando esta falsedad afec-

ta no a la condición extrínseca del mismo, única hipótesis contemplada por nuestra doctrina y derecho tradicionales sino cuando se refiere a su intrínseca falta de veracidad, a la falsedad de su contenido. Por el contrario, en materia de prueba testifical, el legislador se ha preocupado del problema no obstante su menor significación y ordena, aún sin darle este nombre, una verdadera prueba secundaria o de segundo grado con respecto a la prueba testifical: esta prueba, como ya habéis adivinado, es la denominada con el nombre ciertamente impropio, de tachas de los testigos. A la luz de esta distinción, la discutida diferencia entre incapacidades y tachas parece clara: la incapacidad impide ser testigo, la tacha debilita o quiere debilitar la convicción que en el ánimo del Juez haya producido la declaración testifical: en definitiva, la incapacidad es cuestión que afecta a los presupuestos, la tacha, como todos los casos de prueba secundaria, a los efectos de la prueba testifical.

13.—Tampoco es difícil a base de las nociones manejadas cuando se propuso la distinción entre perito y testigo dar una idea, con pretensiones de exactitud, de la naturaleza de la *prueba pericial*. Perito es, en efecto, la persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su observación. El que no se trate de una parte explica la diferencia fundamental que existe entre pericia y confesión, el que los datos sean procesales explica la diferencia que existe entre el perito y el testigo.

De esto se deduce, sin dificultad, que el perito o, si se quiere, sus declaraciones, constituyen un auténtico medio de prueba perfectamente equiparable en teoría a los restantes medios que el derecho probatorio reconoce. Esta tesis se aleja, desde luego, de la concepción que últimamente parece abrirse más camino y que hace del perito, no un medio de prueba, sino un auxiliar del Juez. Pero la innovación propuesta tiene, a mi juicio, más importancia aparente que real. Ya parece, en principio, defectuosamente trazada la antítesis inicial entre medio de prueba y auxiliar del Juez;

puesto que la prueba procesal tiene como misión esencial la de la formación de la convicción judicial y esta operación contribuye a hacer posible la intervención definitiva del Juez, esto es, la justa decisión del litigio, es evidente que todos los medios de prueba son instrumentos de ayuda del Juez, todas las personas que intervienen en la prueba verdaderos auxiliares del mismo. Ahora bien, lo que quiere hacerse al calificar al perito como un auxiliar del Juez, no es una aplicación intranscendente de esta idea amplia o vulgar del auxilio, sino poner de relieve cómo las operaciones de la prueba pericial proceden de un específico encargo judicial: el perito obra para servir al Juez en una comisión que éste le confía. Pero en realidad, esta idea no es, sino la captación desde un ángulo poco importante de la idea esencial que inspira a la institución de la pericia: la idea de que ésta versa sobre datos procesales, idea de la que surge, como consecuencia que la puesta en contacto del dato y el perito se hace mediante un acto procesal y a través de la intervención judicial. Ahora bien, si esto bastase para negar al perito verdadero carácter de prueba, *a fortiori* habría de hacerse lo mismo con otros tipos en que el sujeto que procede a la práctica de la operación probatoria tiene un carácter oficial aún más marcado; piénsese, por ejemplo, en el reconocimiento judicial o inspección ocular, donde es el propio Juez el que verifica las operaciones que han de llevarle al convencimiento de la verdad o falsedad de un dato procesal determinado. Cuando los defensores de la opinión contraria a la que aquí se mantiene, CARNELUTTI, sobre todo, entre ellos, hace ver la diferencia que corre entre testigo y perito, diciendo que al testigo se le examina y que el perito examina él, dice algo que sólo es exacto a medias, porque lo cierto es que el perito, después de examinar él, es examinado por el Juez (no importa aquí, como es lógico, la forma en que declare) de manera análoga a la del testigo; la diferencia en este aspecto está más bien en que mientras que la observación que hace el testigo no constituye un acto procesal, la observación que hace el perito sí lo es. Más esto lo que justifica, precisamente es la distinción esencial

entre uno y otro que ya ha sido apuntada; que el testimonio recae sobre datos que no eran procesales en el momento de su observación, al paso que la pericia recae sobre datos procesales y que se examinan, precisamente en función de esta índole procesal.

De aquí se deduce que la nueva figura del consultor o asesor técnico que algunos ordenamientos jurídicos recientes recogen, tiene bastante poco nuevo que decirnos sobre su esencia procesal. El hecho de que una rama de nuestro derecho procesal, la del trabajo, aluda expresamente a tal figura explica no obstante la floración de estudios a que puede dar lugar: ya contamos en este punto con un ensayo de MARTÍNEZ BERNAL y es presumible que no tardarán mucho en seguirle diversos trabajos sobre el mismo tema. Pero la realidad es que entre asesor o consultor técnico y perito no hay diferencia ninguna de función: podrá haberla de estructura si la asesoría es organizada de modo que se conciba como una reunión de auxiliares directos y específicos del Juez pero esto no variará en nada el planteamiento del problema. Para convencerse de ello basta recordar como antes de la aparición de estos flamantes asesores técnicos, en determinadas ocasiones se había dado a ciertos tipos de pericia una organización análoga: recuérdese el Cuerpo de Médicos forenses o de Arquitectos forenses donde la dedicación organizada y permanente a una función auxiliar de la Justicia no había impedido nunca que las operaciones practicadas por unos y otros se consideraran siempre como integrantes de una verdadera prueba pericial.

Esto no quiere decir naturalmente que las normas clásicas sobre pericia no puedan ser innovadas y mejoradas; antes, al contrario: hay en toda esta materia, dentro de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, sensibles defectos, en los que la necesidad de un urgente remedio no puede ser desconocida. Sin embargo, esto no ha de equivaler nunca al desplazamiento total de una figura cuya calificación tradicional como medio de prueba no ha encontrado todavía razones en contrario suficientes a cambiar en este punto el criterio sistemático de un modo radical.

14.—Puesto que la dualidad partes y terceros, dentro del proceso y una vez excluido el órgano judicial, no reconoce ningún *tertium genus* que dé lugar al nacimiento de nuevas categorías, los tipos de la confesión, por un lado, y del testimonio y la pericia, por otro, agotan la división de la prueba personal, primero de los términos de clasificación que antes se propuso de los medios probatorios. Pudiera objetarse contra aquella exclusión del Juez que, donde quiera que se admita la introducción en el proceso de la ciencia privada del mismo, habrá que hacer frente a una nueva manifestación de prueba personal que no encaja en ninguna de las expuestas anteriormente. La conclusión sería, no obstante, errónea: la admisión de la ciencia privada del Juez, que nosotros, desde luego defendemos, es un problema que afecta a la iniciativa, no a los medios de la prueba. Recuérdese, en nuestro derecho, el expresivo ejemplo de las diligencias para mejor proveer; en ellas se autoriza al Juez a ordenar de oficio distintos medios probatorios, pero él no se convierte nunca en tal medio de prueba. Y en cuanto a la máxima «*ubi veritas aliter apparire non possit, iudex removetur ad officium iudicandi propter necessitatem officii testimoniandi*», es muy dudoso que se refiera a una simultaneidad entre la función del Juez y la testifical y no a una cesación en la función de Juez para asumir el papel de testigo.

15.—Agotados, pues, los medios probatorios que pueden considerarse como manifestaciones de la prueba personal, debe pasarse a examinar ahora aquéllos que, por referirse a un objeto como instrumento probatorio, se denominan supuestos de *prueba real*. En principio están incluidos aquí todos los objetos o cosas imaginables con una función probatoria; un problema ciertamente grave plantea a este respecto el cuerpo humano que no puede considerarse en absoluto como cosa ni como persona; en la duda, preferible es inclinarse a concederle un trato procesal especial, cuyas líneas generales, sin embargo, no podemos, a pesar de su gran interés, detenernos a trazar.

Ahora bien, con el estudio de la prueba real entramos en una

zona del derecho probatorio donde el procedimiento tiene que operar con el máximo cuidado porque de antiguo se ha producido aquí una infiltración de nociones de la prueba material que es preciso eliminar con la mayor cautela. En efecto, si preguntamos a lo que puede considerarse doctrina dominante por el panorama que presenta en materia de prueba real, observaremos que nos ofrece el campo cubierto casi en su totalidad por una institución de la máxima importancia, desde luego, cuya ciencia es preciso descubrir: el *documento*.

El documento, según esta misma doctrina, se ha desnivelado ya de otra noción en la que estuvo largo tiempo unido; la de la escritura; el documento no es ya solo un objeto escrito y esta conclusión era inevitable desde el momento en que la fotografía y el gramófono han venido a ocupar parte de las posiciones que antes ocupaba solamente la escritura. Pero en cambio el documento ha venido a sufrir doctrinalmente otra importante limitación; la de su pretendido carácter representativo. Se dice, en efecto, que documento es el objeto que representa (esto es, reproduce o refleja) su contenido; el objeto que no representa ni refleja su contenido, pero que lo indica sería llamado contraseña y fuera de estos dos tipos, sobre todo del primero, puesto que el segundo es en realidad una creación reciente, en la concepción que se le da, de la técnica italiana (recuérdese, sobre todo, la aportación en este sentido de INVREA), no habría manifestaciones importantes de la prueba real.

Pero si pensamos, puesta la mente en los problemas singulares del proceso, veremos que toda esta constitución de la función representativa del documento no es sino una teoría del derecho material que para el proceso no juega ni puede jugar ningún papel. Pero el que un objeto represente su contenido o lo indique o no haga ninguna de estas dos cosas solo puede afectar al mundo de las relaciones jurídicas materiales, no al mundo de lo procesal. La contraseña no recibe ni es susceptible de recibir un trato procesal distinto al del documento representativo: es cierto que en la decisión judicial podrá convencer acaso más el segundo que la primera

pero esto no es ni puede ser un efecto jurídico sino un efecto psicológico que el derecho somete a valoración legal sólo por un defectuoso conocimiento de su verdadera función en este punto. El proceso tiene que ocuparse de cómo han de ser tratados dentro de él los objetos que las partes aducen como prueba y la verdad es que aquí casi ninguno o ningún derecho procesal positivo se fija en el carácter representativo o indicador, o ninguna de las dos cosas, de tales objetos. Naturalmente, esto no quiere decir que la nota de la representación o de la indicación carezca de importancia y de sentido: la tiene, por el contrario y grande, para el derecho material, lo que se demuestra sin dificultad pensando en la distinción que la teoría de la representación propone de los documentos (objetos representativos) en documentos dispositivos y documentos testimoniales: evidentemente la disposición es un negocio jurídico extraprocesal, que no afecta al desarrollo del proceso y en cuanto al documento testimonial ha de referirse desde luego a una categoría extraprocesal también porque, desde el punto de vista del proceso, un documento testimonial es una *contradictio in terminis*: el documento es un tipo de prueba real, el testimonio un tipo de prueba personal: las reglas que se aplican a uno y otro difieren extraordinariamente y no son susceptibles de una identificación o unificación.

Si, por lo tanto, el carácter representativo es inidóneo para calificar decisivamente la esencia del documento en su aspecto procesal, es decir, el concepto procesal del documento ¿qué otras notas debemos recoger para construir satisfactoriamente su definición? Dicho en términos semejantes aunque distintos ¿qué es lo que el derecho procesal entiende o debe entender por prueba documental? La respuesta solo puede hallarse investigando los objetos o grupos de objetos a que las normas de la prueba documental son susceptibles de aplicarse. Y haciéndolo así observamos, no sin cierta sorpresa, que los preceptos sobre la prueba documental son aplicables a toda clase de objetos que tengan, real o pretendidamente, una función probatoria, con una sola limitación: la de que estos ob-

jetos sean por su índole, susceptibles de ser llevados ante la presencia judicial. Supongamos, en efecto, que las partes discuten sobre la falsedad, civil naturalmente para no desplazar el objeto de nuestras investigaciones, de una letra de cambio girada entre las mismas: la letra no representa, como es lógico, ni indica dicha falsedad: no obstante; es indudable que la parte que quiera utilizarla como prueba ha de sujetarse a las reglas sobre documentos en cuanto a proposición y examen de la prueba misma. Supongamos, en un segundo ejemplo, que para obtener la aplicación del art. 742 del Código civil utilice una parte cierto testamento cerrado en que aparecen raspadas las firmas que lo autorizan (la llamada por la doctrina revocación real que mejor pudiera calificarse de manifestación, frente a la declaración revocatoria); el empleo de dicho testamento como medio de prueba procesal habrá de hacerse asimismo dándole el trato de un documento a los efectos procesales. Lo mismo podría decirse de cualquier otro objeto que pueda ser llevado ante el Juez y que sirva como prueba: no hay para ellos más régimen de utilización que el que la prueba documental constituye.

Ahora bien, el hecho de que se defina procesalmente el documento como cualquier objeto con función probatoria que pueda ser llevado a la presencia del Juez, quiere decir que la nota distintiva de lo documental está colocada en un terreno mucho más superficial, aunque, a mi juicio, mucho más exacto de lo que se ha venido proponiendo hasta ahora: el documento será, en efecto, cualquier objeto mueble que pueda ser utilizado como prueba. No hay inconveniente en seguir afirmando que dentro de esta categoría de objetos, los escritos preconstruidos son los que tienen una mayor importancia práctica y lo mismo cabe decir de aquellos que tienen una función representativa. Pero la indudable diferencia de fondo que separa estos diversos tipos no pertenece ni se refleja en el ámbito del proceso sino que queda reducida al mundo del derecho material teniéndose en cuenta, en el proceso naturalmente, en el momento de la decisión que es cuando la valoración de las situaciones jurídicas materiales se hace indispensable. Y, dicho sea tam-

bién de paso, la construcción procesal del documento no afecta tampoco a otras distinciones clásicas que de los mismos puede proponerse: por ejemplo, la división de los mismos en públicos o privados puesto que ésta es una diferenciación que afecta a la procedencia jurídica de los efectos probatorios y es útil conservarla como aplicable a cualquiera de estos, aunque siga conservando su misma trascendencia en lo que respecta a los escritos.

16.—Pero no es dudoso que, habiendo definido la prueba documental como aquella que se realiza a través de objetos susceptibles de ser trasladados de lugar, es decir, a través de cosas muebles, queda un hueco en la teoría si no se aclara qué tipo de prueba es la que originan los objetos no susceptibles de tal traslado, es decir, las cosas inmuebles cuya genérica aptitud probatoria no puede ser negada. En efecto, podemos preguntarnos qué clase de prueba es la que acoge estos casos de utilización de bienes inmuebles. Y lo que precisamente constituye una demostración de la exactitud de la tesis antes expuesta es que encaja aquí perfectamente un medio de prueba del que hasta ahora no se había propuesto, a mi juicio, una explicación satisfactoria: me refiero al llamado *reconocimiento judicial*, o inspección ocular.

Comienza ya la esencia de este tipo de prueba por enmascararse tras una denominación de una evidente ambigüedad. Porque hablar de reconocimiento judicial o de inspección ocular en realidad no quiere decir nada: haciendo equivalentes las expresiones reconocimiento, inspección, examen, etc., y cualquiera que sea el sentido que se les dé, no es difícil convencerse de que un reconocimiento, un examen o una inspección por el Juez se practican en toda clase de pruebas, tanto al leer un documento como al interrogar un testigo: ¿en qué se diferenciaría, pues, este reconocimiento genérico del reconocimiento específico como medio de prueba aislado? La doctrina trató de superar esta dificultad creando para el reconocimiento judicial la categoría de la prueba directa y oponiéndola a la prueba indirecta que vendría integrada por la histórica (real y personal) y la crítica, es decir, por la confesión, el testimonio, la peri-

cia (en su caso), la documental y las presunciones: la diferencia entre prueba directa y prueba indirecta estaría en que en la primera el hecho a probar y el hecho que prueba se identifican mientras que en la segunda existe separación entre ambas categorías. Sin embargo, examinada atentamente esta distinción, debe evidentemente rechazarse porque emplea para la clasificación de las pruebas no, como hasta aquí, el criterio de los instrumentos (medios) sino el de las fuentes de prueba: enfrenta percepción (prueba directa) con deducción (prueba indirecta) olvidando que el problema de la clasificación de la prueba estaba hasta ahora planteado en muy distinto terreno.

Pero sobre todo, es censurable la categoría de la prueba directa aplicada al reconocimiento judicial porque no es cierto que en este tipo de prueba desarrolle el Juez una actividad mental sustancialmente diferente de la que lleva a cabo en otros medios de prueba. Supongamos que una parte quiere demostrar judicialmente su derecho de propiedad sobre una finca determinada y trata de utilizar para ello la exhibición de los hitos o mojones que confinan el terreno: naturalmente, para conseguir que el Juez examine los hitos propondrá la práctica de la prueba de reconocimiento judicial y ésta será, en efecto, la que debe llevarse a cabo: ahora bien, la exhibición de los hitos y su percepción (hecho que prueba) no se identifica naturalmente con la exhibición ni la percepción del derecho de propiedad o si quiere de los hechos que integran éste (hecho a probar): no se ve qué diferencia esencial puede haber entre el examen de los linderos y el examen de un documento en que se describe la extensión jurídica de la finca: no hay por consiguiente, en cuanto a la actitud del Juez diferencia fundamental alguna entre una y otra hipótesis. Supongamos inversamente ahora que una parte quiere demostrar judicialmente la falsedad de un documento, por ejemplo, de un recibo y exhibe éste ante el Juez con todas las huellas extrínsecas de la falsedad en el mismo: aquí el hecho a probar y el hecho que prueba son uno y el mismo:

la falsificación; sin embargo esto no será evidentemente un caso de inspección judicial sino de prueba documental.

Por consiguiente si el reconocimiento no actúa siempre como prueba directa y si hay casos de prueba indirecta fuera del mismo, resulta evidente que la explicación propuesta de aquella institución no proporciona un resultado satisfactorio. El tipo de la prueba directa o indirecta debe permanecer en el terreno que lógicamente le corresponde: el de las fuentes y no el de los medios de prueba y esto aún admitiendo la inicial y discutible diferencia entre percepción y deducción.

Así pues, no es en este ámbito donde debemos buscar la esencia de la prueba de inspección y su específica naturaleza. Después de todo lo dicho anteriormente fácilmente se comprende que no quede sino un camino posible para llegar a la meta buscada: la identificación de la prueba de inspección ocular con aquella prueba real que, a diferencia de los documentos, utiliza objetos que no son susceptibles de ser llevados a la presencia del Juez, esto es, inmuebles; será típicamente la hipótesis que como ejemplo suele aducirse siempre en esta ocasión: el examen de una finca o de un terreno.

Planteado así el problema, comprendemos por qué algunos ordenamientos positivos denominan a este tipo de prueba acceso judicial. El acceso indica precisamente la llegada o entrada en algún lugar en el que primitivamente no se estaba, lo que ocurre precisamente en los supuestos de reconocimiento judicial donde, ante la imposibilidad de que el objeto se traslade al lugar del juicio, es el órgano jurisdiccional el que debe acudir a él.

En nuestro derecho positivo encontramos una curiosa y desde luego inconsciente confirmación de la tesis que acaba de exponerse sobre la naturaleza del reconocimiento judicial: por ello y dada la novedad de la doctrina que propugnamos, nos detenemos, contra lo hecho en otras ocasiones, a hacer un breve recuerdo de sus preceptos. De los cuatro artículos que la ley de Enjuiciamiento civil dedica a esta prueba en tres de ellos se hace una inequívoca alusión a la naturaleza inmueble del objeto que se examina como prue-

ba. En el primero de tales artículos se habla, en efecto, del examen de un «sitio»: no hay que aclarar que con esta equívoca palabra se refiere la ley naturalmente a un inmueble, a algo que está y ni se mueve ni puede moverse. En el segundo de aquellos preceptos se habla más explícitamente todavía de «terreno»: también una locución que no deja lugar a dudas sobre la índole del examen que el Juez verifica. Finalmente, en la cuarta de las disposiciones citadas se emplea la expresión «lugar» que tiene innegablemente un sentido análogo al de los anteriores. Sitio, terreno y lugar aplicados a la prueba de reconocimiento judicial demuestran, sin dejar espacio a graves dudas, que la naturaleza inmueble del objeto probatorio constituye un elemento esencial de la definición de este medio de prueba.

El reconocimiento judicial es, pues, aquel medio de prueba real en que, a diferencia de los documentos, se utilizan objetos o cosas inmuebles para formar la convicción del Juez sobre un dato procesal determinado. Indudablemente esto no resuelve todos los problemas que aquí se plantean: sólo brinda una orientación inicial que puede servir para aclararlo. Comenzando por el ambiguo nombre de este tipo de prueba para el que será preciso esperar que alguien con dotes felices terminológicas proponga una denominación mejor, y siguiendo a la necesidad de fijar si las categorías jurídico materiales de bienes muebles o inmuebles son aplicables al derecho del proceso, cuestión en la que un resultado negativo no sería nada sorprendente, son muchos los puntos que en éste como en los restantes sectores del derecho probatorio están necesitando una urgente aclaración. Pero no es éste el momento de brindarla: debemos aquí limitarnos a señalar que la prueba documental y la prueba de inspección, con la diferencia recíproca que queda apuntada, agotan la importante categoría de la prueba procesal real.

17.—Cierran el cuadro de los medios probatorios, entendidos del modo que hasta ahora venimos haciendo, aquellos en que el instrumento que las partes o el Juez utilizan no es un sujeto ni un objeto sino un acaecimiento, esto es, una determinada modificación de la realidad, la cual tiene sujeto y objeto desde luego pero apare-

ce exteriormente desligada de ellos como un *quid* sustancial y autónomo que el lenguaje designa, según los casos, con el nombre de hecho o acto. Un acaecimiento puede utilizarse en efecto para inferir de su realidad, la realidad de otra circunstancia que tiene relevancia procesal, enlazando ambas mediante una operación o serie de operaciones lógicas que puede designarse unitariamente con el nombre de deducción. Ya se indicó anteriormente que debían incluirse, a mi juicio, en esta categoría de pruebas las *presunciones*: naturalmente las presunciones *hominis* o judiciales puesto que las presunciones legales o *juris* no pertenecen al problema de los medios de prueba, sino como antes he intentado demostrar, al del objeto de la prueba misma.

La presunción consistirá, pues, fundamentalmente, en la utilización con fines probatorios de un acaecimiento que es naturalmente diverso del acaecimiento que dicha presunción trata de corroborar. El hecho de que exista una conexión no inmediata entre el punto de partida de la actividad judicial y su resultado, explica que este tipo de prueba se designe, no en la doctrina extranjera sino en la nuestra, como una prueba de índole o carácter indirecto. Pero ya antes se hizo notar y esto es perfectamente aplicable al presente caso que las categorías de directo e indirecto en la materia que nos ocupa no se refieren al medio sino a la fuente de prueba: por ello, no sólo es discutible la utilidad de colocar en primer plano los conceptos de la percepción, la representación o la deducción judiciales sino que, aún aceptando su idoneidad, ha de relegarse su estudio a otro punto diferente del examen de los distintos tipos probatorios.

La importancia esencial del concepto de la presunción como medio de prueba (presunción *hominis*) no se halla, por lo tanto, en la especial naturaleza de la actividad que en ella desarrolla el Juez sino en el especial instrumento que emplea dicha actividad. Dicho en otras palabras, al calificar la presunción como una deducción a través de un acaecimiento, el centro de gravedad lo colocamos en el acaecimiento, no en la deducción. Lo que distingue a la presun-

ción de los restantes medios probatorios está en que en ella no figura, como medio, un sujeto ni un objeto sino una modificación de la realidad: hecho o acto. Naturalmente, el que este hecho o acto sea conocido mediante otras pruebas diversas, personales a reales, no modifica en este punto el planteamiento del problema. Si el acaecimiento A sirve para demostrar el acaecimiento B, nos hallamos en presencia de una verdadera presunción: nada importa que a su vez el acaecimiento A sea probado mediante confesión, testigos o documentos; recuérdese el concepto de la prueba secundaria o de segundo grado.

Ahora bien, pudiera objetarse frente a esta construcción de la presunción *hominis* si no es cierto que en numerosas ocasiones el enlace se establece no entre un acaecimiento y otro, sino entre un sujeto o un objeto y el acaecimiento que quiere ser probado. Evidentemente, así ocurre pero esto será un caso que deberá encuadrarse como es lógico entre las pruebas personales y reales ya señaladas. Tal encuadramiento nos permite llegar a conclusiones firmes en cierto modo acerca de la denominada *prueba de indicios* dentro del proceso civil.

Por prueba de indicios a este respecto, podemos entender tres cosas diferentes y según este diverso entendimiento así llegaremos a resultados distintos en cuanto a la naturaleza jurídico procesal de la misma. Puede afirmarse, en primer término, que prueba de indicio es toda aquella en la que el Juez se convence de la existencia de un dato procesal determinado a base del conocimiento de otros datos que solo tienen con él una conexión mediata, más o menos superficial. En este caso, es evidente que el problema, tal como acabamos de afirmar, no se plantea en el terreno de los medios probatorios sino en el de las fuentes de prueba: el indicio será, según los casos, un tipo de prueba personal, de prueba real, o de prueba por acaecimientos, pero siempre se tratará de prueba indirecta, en la que la distinción entre el hecho a probar y el hecho que prueba aparece fuertemente acentuada. Para evitar este desplazamiento del concepto de la prueba de indicios y para calificarla como un

(o parte de un) auténtico medio probatorio no hay más remedio que renunciar a esta indiferenciación de su instrumento y decir que el indicio ha de configurarse como un especial sujeto u objeto (cosa) o acaecimiento que, con una pretendida misión probatoria, se hacen valer: rechazada por notoriamente inadecuada la primera de estas dos soluciones, no quedaría sino la identificación del indicio con un objeto o un acaecimiento: en el primer caso, habría una coincidencia con la prueba documental o la de reconocimiento judicial; en el segundo, con la prueba de presunciones. La configuración del indicio como un especial objeto probatorio que, a diferencia del documento que representa su contenido, meramente lo señala o lo indica (este sería el sentido de la contraseña a diferencia de la pura huella o residuo), respondería al sentido etimológico del termino pero no a su significado jurídico procesal ya que, como hemos tratado de demostrar anteriormente, la representación y la indicación son normas que juegan en el campo del derecho probatorio material, no del procesal. De este modo se desconoce, en realidad, la sustantividad de la prueba de indicios y viene a quedar como un equívoco sinónimo en la mayor parte de los casos, de la prueba de presunciones y ésta, finalmente, afirma así la característica esencial del instrumento probatorio que la integra que no es un sujeto ni un objeto sino un acto: de esta idea se encuentra una feliz intuición en nuestro derecho positivo al afirmar el art. 1.253 del Código civil la existencia de un enlace entre un hecho (el hecho demostrado) y otro (el hecho que se trata de deducir).

18.—Pero la teoría general de la prueba no queda satisfecha, ni siquiera reducida como ahora hacemos a sus principios generales, sin que se cierre el cuadro de sus problemas con alguna alusión a las cuestiones que suscita la *apreciación de la prueba* misma. Esta apreciación de la prueba equivale a la indicación de los efectos que ésta ha producido, a la determinación de su eficacia, naturalmente de su eficacia inmediata o directa puesto que de otros efectos secundarios o reflejos de las operaciones probatorias no es necesario hablar aquí. La identificación propuesta entre apreciación y eficacia

(directa) de la prueba explica el lugar que este problema ocupa en la sistemática del derecho probatorio: es precisamente el último (en el plan) de tales problemas puesto que los efectos son la última (en el plan) de las categorías científicas que nosotros manejamos: diversamente, en el caso de utilizar la conocida distinción entre función y estructura porque entonces la eficacia viene a insertarse en unión de la noción del fin, en el primero de estos apartados.

La discriminación verificada al principio de estas lecciones entre el concepto de la prueba material y el concepto de la prueba procesal nos permite rehusar decididamente ya desde un principio, para la apreciación procesal de la prueba, teorías y conclusiones que sólo resultan aceptables fuera del mundo del proceso. En efecto, en la prueba material destinada a una función típicamente impersonal y objetiva, las reglas objetivas de determinación de la eficacia son, desde luego, comprensibles e, incluso, si se quiere, necesarias: se trata de legitimar a los titulares indeterminados que puedan aparecer en el tráfico jurídico y es indudablemente una garantía la de fijar de un modo general y previo, tal como las normas jurídicas pueden hacerlo, la posición de tales titulares y así se explica que la posesión del recibo asegure (extraprocesalmente) al deudor y a los terceros interesados, el hecho del pago o que la escritura notarial de transmisión de una finca legitime irrefragablemente al adquirente en el ámbito, tan extenso, de las relaciones jurídicas de derecho material. Incluso en nuestro propio derecho positivo, tan ajeno a la tesis que venimos desarrollando, se encuentran interesantes atisbos de esta concepción: así el art. 53 del Código civil dice que los matrimonios contraídos después de la vigencia del Código se probarán solo por certificación del acta del Registro civil, pero cuando se suscite contienda ante los Tribunales será admisible toda especie de prueba: aquí se ve claramente que un mismo dato, según su calidad procesal o no, es sometido a un distinto régimen probatorio, limitado en el ámbito material, ilimitado en el procesal: si no hubiera una apreciación extraprocesal de la prueba

susceptible de ser regida, en principio, por normas distintas de las procesales ¿qué sentido podría darse al precepto citado?

Por consiguiente, la apreciación procesal de la prueba, la determinación de su eficacia directa es un problema conceptualmente diverso al de la apreciación extraprocesal de la prueba misma. Ahora bien, en materia de prueba procesal y por lo que respecta a este tema, no es posible perder de vista la función esencial que a todas las operaciones de este tipo se ha asignado. Dicha función es, como se recordará, la de la producción de la convicción psicológica del Juzgador en torno a la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado. Apreciar la prueba procesal, no puede querer decir, por tanto, sino expresar el resultado psicológico de las operaciones probatorias: es la exteriorización de la convicción del Juez tal como ésta surge en él al finalizar los actos de prueba. Por ello, conviene ponerse en guardia contra el empleo de verbos que como este de «apreciar» aluden a un deliberado manejo por el Juez del material probatorio: en realidad en cuanto al fondo de la prueba (no naturalmente en cuanto al trámite, en cuanto a la ordenación de la prueba misma donde los poderes del órgano jurisdiccional deben afirmarse como en las restantes actividades de gobierno del proceso) conviene y está de acuerdo con el concepto de la prueba misma que el Juez desempeñe más bien una función pasiva: en realidad el Juez no forma o no debe formar su convicción, ésta ha de condensarse espontáneamente en él, provocada del modo más directo posible por la recepción de los diversos actos probatorios. No debe ignorarse, desde luego, que el concepto de la convicción psicológica no es tan simple que quede reducido a un puro y además absurdo complejo sentimental: de la convicción psicológica forman parte, como factores del más alto interés, razonamientos e incluso típicos actos de voluntad, debiendo entenderse, por lo tanto, que cuando aquí se niega que el resultado de la prueba consista en una mera argumentación o serie de argumentaciones de tipo lógico quiere decirse que el resultado total no pertenece al mundo de la lógica estricta aunque uno—y acaso el más importante de sus

factores—sean operaciones de esta índole. Por ello se afirma que, en cuanto a la integración de tales factores, la función del Juez es principalmente no activa: primero, cree una cosa, después resuelve activamente sobre esta creencia, no para modificarla sino para expresarla o declararla simplemente. Apreciación procesal de la prueba quiere decir o debe querer decir por ello tan solo reconocimiento de los resultados psicológicos que la prueba ha producido en el Juzgador.

Esta es sin duda una tesis que, a pesar de su claridad, está aún muy lejos de obtener una adhesión general. Cambia demasiado todo el juego de nociones que hasta ahora venía manejándose en la prueba para que se pueda ser optimista acerca de su inmediata aceptación. Sin embargo, pienso que es esta la única concepción que satisface a las exigencias de la realidad. Porque la idea de la convicción psicológica como noción opuesta al razonamiento lógico objetivo no es una expresión desarraigada de todo contacto con la vida: es algo impuesto por la propia observación empírica del proceso. La convicción psicológica del Juzgador no es algo ideado tan solo teóricamente: existe con fuerza avasalladora en la realidad. El ordenamiento jurídico podrá desconocerla, deformarla, martirizarla si se permite esta expresión, pero no podrá hacer que no exista sino a lo sumo fingir que la ignora.

En efecto, la existencia real de tal convicción psicológica viene impuesta por toda la función y la estructura de la prueba la cual no va dirigida a destinatarios indeterminados sino encaminada a una recepción absolutamente individualizada y personal. Esta recepción, concebida subjetivamente, no puede desligarse en la realidad de todos los caracteres esenciales que tal subjetividad le impone: es una operación concreta no abstracta, matizada, acompañada y determinada por el hecho insoslayable que en ella imprime la estricta calidad personal de quien la recibe. El resultado de la prueba procesal no puede ser por ello una fórmula objetiva sino una actitud individualizada: es una creencia, fenómeno que escapa a la lógica pura en su dimensión fundamental. Y por ello, una

de dos: o se sacrifica el sentido intrínseco de la prueba procesal de actos dirigidos no a todos sino a uno (el Juez) o se reconoce el carácter personal de la prueba y la irremediable calidad psicológica de su resultado. Es cierto que, cuando el órgano de la Jurisdicción no tiene carácter unipersonal sino colegiado, la individualización de los resultados probatorios se atenúa porque es preciso llegar a una expresión común que absorba las convicciones particulares, pero este mecanismo artificial de la apreciación en tal caso es una consecuencia inevitable de la colegialidad del órgano: también en otras actividades procesales no probatorias es preciso recurrir, en semejante supuesto, a artificios análogos; así cuando se trata de obtener la voluntad del órgano es preciso sustituir la real voluntad individual de los Magistrados, por una ficticia voluntad colectiva acudiendo al insustituible artificio de la votación.

La consecuencia fundamental que se deduce de la defendida esencia de la eficacia directa de la prueba es sin duda la tesis de la *inidoneidad genérica de las normas de derecho* para ordenar tal eficacia, dicho en otros términos la inconveniencia de todos los preceptos jurídicos sobre apreciación de la prueba. Pues siendo la norma jurídica esencialmente un imperativo, va dirigida exclusivamente a inclinar en cierto sentido la voluntad de un sujeto pero no es apta por naturaleza para imponerse frente a otras actitudes de la personalidad, entre ellas, las creencias. Ordenar que el Juez crea una cosa es, evidentemente, una fórmula que carece de sentido: cuando la ley hace esto quiere decir, desde luego, que el Juez prescindiendo de cual sea su creencia, ha de actuar en una cierta dirección. Esto demuestra hasta qué punto contradicen las normas sobre la apreciación de la prueba, la función de la prueba misma y hasta qué punto el fenómeno de la prueba tasada es un monstruo jurídico que debe estudiarse no en la fisiología sino en la teratología del derecho: puesto que, destinadas por esencia todas las operaciones probatorias a convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obten-

ción del resultado de tales operaciones se prescinde de tal convicción y se sustituye por un imperativo legal.

Naturalmente, la vida tiene siempre más fuerza que todos los esquemas lógicos que la pura razón puede concebir y frecuentemente, incluso en derechos positivos que como el nuestro conservan abundantes y lamentables residuos de la prueba tasada como luego veremos, arbitra procedimientos más o menos imaginarios para soslayar las insatisfactorias consecuencias del sistema legal. Recuérdese entre tales expedientes el característico de la apreciación conjunta de la prueba, una de las construcciones jurisprudenciales que más afinadamente han devuelto al mecanismo probatorio el radical sentido psicológico que originariamente tiene. Es cierto que la apreciación conjunta de la prueba ha suscitado contra ella un potentísimo movimiento de la práctica forense que amenaza, en la próxima renovación de nuestras leyes procesales, con llegar a su extirpación, pero esto se debe a la incomprensión de la estructura propia del recurso de casación que se quiere abrir a los hechos en forma más o menos disimulada. Lo único que reprochamos nosotros al criterio de la apreciación conjunta, es su carácter clandestino, por así decirlo, su innegable heterodoxia respecto a las normas, censurables pero válidas a fuer de vigentes, de nuestro derecho positivo, en materia de apreciación de pruebas; una vez que dichas normas desaparezcan, la idea de la apreciación conjunta implícita o explícitamente será sin más reconocida.

Prueba libre en cuanto a su apreciación es, pues, la última y acaso la más importante de las exigencias que lleva consigo la concepción estrictamente procesal del instituto probatorio. Prueba libre quiere decir naturalmente prueba desligada, en cuanto a su eficacia inmediata, de toda norma jurídica: el reconocimiento de la inidoneidad del ordenamiento jurídico para determinar la convicción psicológica del Juzgador.

El sistema de la prueba libre se opone así al de la prueba tasada sin que entre ellos exista la posibilidad de una concepción intermedia o ecléctica. Frecuentemente se propone, no obstante, una so-

lución mixta de este tipo cuando se habla, al lado del criterio de la prueba tasada y del de la libre convicción judicial, del de la persuasión racional del que serían, por ejemplo, una manifestación aquellos preceptos de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, en que se vincula la apreciación de la prueba a las reglas de la sana crítica. No es difícil, demostrar, sin embargo, que esta categoría o cualquier otra que en su lugar quiera proponerse no sirve para resolver el problema. Porque nosotros lo tenemos planteado en un ámbito estrictamente jurídico y, en este terreno no hay más que dos soluciones posibles: sumisión o desvinculación a las reglas de derecho. Si el ordenamiento jurídico dice con respecto a una prueba determinada: «apréciese conforme a las reglas de la sana crítica», esto puede llevar prácticamente a dos resultados distintos: a que la jurisprudencia, ya que no la ley, vaya formulando paulatinamente el cuerpo de normas de la experiencia aplicables con lo cual tales normas se convierten en preceptos jurídicos y hacen de la prueba, una prueba tasada, o a que la jurisprudencia considere la fórmula legal no como un mandato sino como una indicación con lo cual la prueba sigue siendo libre y la alusión a las reglas de sana crítica, teórica aunque no prácticamente estéril. Acertadamente, en nuestra opinión, éste último es el criterio seguido por nuestro Tribunal Supremo; recuérdese cómo el artículo 1.248 del Código civil sobre limitación de la prueba de testigos ha sido convertido, en virtud de una reiterada jurisprudencia, en una mera indicación, admonición o recomendación a los Tribunales perdiendo el carácter de mandato que tiene toda auténtica prescripción jurídica.

El sistema de la prueba libre es, pues, un ideal legislativo del derecho probatorio al que cada ordenamiento se acerca más o menos en la medida que su propio progreso técnico permite. Si quisiéramos indagar el estado de nuestra legislación a este respecto tendríamos que entrar forzosamente en un análisis detallado de sus preceptos que chocaría con toda la orientación que venimos dando a la materia y con el esfuerzo de reducirla a sus líneas o principios fundamentales. Pero, dejando a un lado este importante

análisis de detalle, cabe que expongamos algunas consideraciones, muy breves, desde luego, sobre cada medio de prueba que termine el conjunto de las consideraciones esenciales a este respecto.

19.—En lo que toca a la prueba personal, encontramos, como sin duda se recordará, tres tipos de prueba: el interrogatorio (juramento, confesión), de las partes, la declaración de los testigos, la prueba pericial.

Ya la *confesión* plantea en nuestro derecho alguna dificultad, más de la práctica que de la teoría, a la solución del problema de su apreciación. En principio el criterio del derecho positivo parece claro; en materia de interrogatorio de las partes, la declaración prestada bajo juramento decisorio hace prueba plena cualquiera que sea su resultado, la declaración prestada bajo juramento indecisorio sólo en aquello que perjudique al declarante, es decir, sólo en cuanto se haya producido una estricta confesión; esto quiere decir que el interrogatorio de las partes es, en ciertos casos, una prueba tasada, puesto que la expresión «prueba plena» no puede querer decir sino que su positiva eficacia directa está reconocida por el ordenamiento jurídico. Pero no obstante esta claridad de la formulación teórica, la práctica jurisprudencial ha dicho, con acierto en el fondo, aunque con una despreocupación por los textos vigentes notable en extremo, que la confesión no es en modo alguno una prueba privilegiada frente a las demás y en esta dirección que trata de dotar al interrogatorio de las partes de aquella libertad en la apreciación de que originariamente carece se orienta sin duda una inspiración más progresiva y de acuerdo con el ideal de apreciación libre de la prueba antes señalada.

20.—En cuanto a la *prueba testifical*, ésta puede considerarse ya hoy definitivamente como una de las que más han conseguido desligarse de los residuos de tasación que tradicionalmente la sofocaban; la prueba testifical es, como unánimemente se reconoce, de libre apreciación. Sin duda nuestro derecho positivo limita teóricamente esta libertad mediante la famosa referencia a las reglas de la sana crítica a que antes se aludió y acaso en el pensamiento de los

legisladores esta referencia estuvo más cerca de ser una fórmula sintética de tasación, enunciada en blanco por así decirlo, que otra cosa cualquiera. No obstante, la ulterior evolución jurisprudencial no ha seguido este criterio y de los dos caminos que ante ella se abrían: la composición de una serie de reglas críticas que se impusieran lentamente como cualesquiera otras directivas jurisprudenciales y la atenuación del valor de tales reglas hasta convertirlas en meras indicaciones desprovistas de todo sentido de vinculación, este segundo es el que decididamente se ha seguido.

22.—Algo semejante, por no decir idéntico, puede decirse de la *prueba pericial*. También aquí hay una declaración genérica de la libertad de apreciación por parte de los órganos jurisdiccionales. También se encuentra la invocación de las reglas de la sana crítica como limitación, en principio, de dicha libertad. También, finalmente, la jurisprudencia ha rehusado la atribución a dichas reglas del carácter de preceptos jurídicos verdaderos que los Tribunales tuvieran forzosamente que reconocer. Y en cuanto a aquellos casos en que el dictamen de los peritos aparece con una fuerza vinculatoria superior a la normal, por ejemplo, en materia de seguros, debería pensarse que se trata de un fenómeno de pura prueba legal material, hecha para vivir fuera del campo del proceso y no en el terreno de éste, pero la imposibilidad de trasplantar tal concepción al mundo de nuestro derecho positivo, hay que reconocer forzosamente que es éste uno de los supuestos de prueba procesal tasada que aún se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico; las numerosas dificultades a que su aplicación da lugar en la práctica constituye un nuevo argumento contra la inconveniencia del criterio seguido.

23.—En el ámbito de la *prueba real*, volvemos a encontrar algunas interesantes manifestaciones de la limitación a la apreciación libre de la prueba. En efecto, en materia de *documentos* se afirma su plena eficacia probatoria, restringida, naturalmente, lo que no siempre se tiene en cuenta, a determinados sujetos, esto es, a determinadas personas y a determinados objetos, esto es, a determinados

datos. Incidentalmente cabe decir que esta plena eficacia probatoria es la que origina la autenticidad del documento mismo; autenticidad no quiere decir, en efecto, que el autor real sea el mismo autor aparente del documento, ni que el documento dé fé de sí mismo, sino tan sólo y simplemente que su eficacia probatoria se imponga, por ministerio de la ley, al destinatario de la prueba. Los inconvenientes de la tasación de la prueba son subsanados prácticamente aquí, no sólo mediante la utilización de la apreciación conjunta de la prueba, sino mediante una sabia aplicación de la teoría de la prueba secundaria, la cual ha permitido afirmar al Tribunal Supremo que una prueba documental, aún con plena eficacia probatoria, pueda ser desvirtuada y destruída mediante cualquier otro tipo de prueba, lo cual devuelve la libertad de apreciación al órgano jurisdiccional casi por completo. Menos dificultades surgen aún en lo que toca al *reconocimiento judicial*: las dudas planteadas al comienzo de la ley sobre su pretendida eficacia plena han quedado desvanecidas ulteriormente en sentido negativo.

24.—Finalmente, en lo que toca a las *presunciones* podemos llegar también a una solución favorable a la libre apreciación. La sumisión que impone en principio el derecho positivo a las reglas del criterio humano, se ha resuelto, por la jurisprudencia, del mismo modo que la sumisión a las reglas de la sana crítica con una afirmación de la indeterminación de estas reglas que devuelve al órgano jurisdiccional su facultad absoluta de valoración de la prueba.

25.—Con esto quedan, no desarrolladas, pero sí esbozadas, las líneas esenciales de una teoría general de la prueba en el proceso civil español. La imperfección de la exposición, que espero sabréis disculparme, confío que no habrá borrado del todo el interés intrínseco de la materia en las que las preocupaciones de la teoría y de la práctica confluyen de un modo más marcado acaso que en ningún otro punto del ordenamiento jurídico procesal. Debo insistir de nuevo, al final de estas lecciones, en el escaso cultivo que los temas de la prueba han recibido entre nosotros; si las palabras que he pronunciado pueden contribuir, próxima o remotamente, a un



acrecentamiento de este cultivo será éste un inmerecido fruto de mi modesto esfuerzo y de vuestra benévola atención.

Oviedo, 1 de septiembre de 1944.

TEORIA DE LOS IMPEDIMENTOS PARA EL MATRIMONIO

POR

LUIS GOMEZ MORAN

DOCTOR EN DERECHO

NOTARIO Y SECRETARIO DE GOBIERNO DE AUDIENCIA TERRITORIAL

Consideramos la materia de los impedimentos que se oponen al matrimonio como una de las expuestas con más obscuridad por los tratadistas. No es que en las obras en circulación falte doctrina jurídica, que bien pudiera tenerse por completa, pero sí advertimos en ellas la ausencia de un orden, método o sistematización que lleva al estudiante, y aun al mismo profesional, a la más pavorosa incertidumbre, mucho más porque el tema de los impedimentos aparece tratado por el Código Civil y el Corpus Iuris con criterio que a veces no es igual, produciéndose por tanto un antagonismo de preceptos, o cuando menos una diferencia de actitudes, que es preciso aclarar y resolver.

A fin tan pedagógico se dedican estas líneas, interesados como estamos en procurar soluciones prácticas a los estudiosos del Derecho.

Gramaticalmente impedimento significa obstáculo, dificultad o interdicción para la ejecución de un acto cualquiera, y cuando ese obstáculo surge con referencia al matrimonio, se genera la teoría de los impedimentos conyugales.

Pero el impedimento no tiene el mismo significado, el mismo alcance o la misma trascendencia en el lenguaje familiar que en el del Derecho, pues en este último existen casos en que las relaciones jurídicas impedidas pueden ser establecidas, no obstante el impedimento, produciéndose todos los efectos que de ellas habrían de derivarse en situaciones normales.

Por otra parte, existe la posibilidad de anular o enervar en ciertos casos la interdicción legal por medio de la oportuna dispensa, como existe también la de restituir a nulidad aquellos otros que fueron realizados con las apariencias de un acto jurídico perfecto; nulidad que unas veces es absoluta y otras limitada en sus efectos, porque en la materia del matrimonio (y es ésta regla que no debe olvidarse nunca), rige más que en ninguna otra el principio de la buena fé.

Para el derecho civil los impedimentos pueden ser absolutos o relativos, refiriéndose los primeros a todas las personas y haciendo relación los segundos a las que se encuentren en determinadas circunstancias; y unos y otros pueden ser dirimentes e impedientes, según que anulen o no el vínculo conyugal establecido con omisión del obstáculo.

El Derecho Canónico admite igualmente la clasificación de impedientes y dirimentes; pero, además, pueden los impedimentos ser ocultos y públicos, de derecho natural, divino-positivo y canónicos, de grado mayor y de grado menor, etc., etc., según veremos al tratar de su dispensa.

Como impedimentos absolutos por el Derecho civil tenemos, de acuerdo con el artículo 83 del Código:

IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS

Primera: *La edad de los contrayentes.*

Por su virtud no podrán contraer matrimonio los varones menores de 14 años y las hembras menores de 12.

Atiende este precepto el momento habitual de la pubertad, sin que el hecho, por lo demás infrecuente, de que en unos casos se adelante o en otros se retrase, pueda ser motivo para que en cada uno de ellos se establezca un precepto especial, puesto que la Ley ha de hallar su fundamento en la generalidad de los casos y no en las excepciones que se puedan ofrecer.

La prohibición del matrimonio entre impúberes procede del derecho romano, según puede verse en el Título «De nuptiis princip», de la Instituta; la aceptó la Iglesia y pasó a nuestra legislación a través de la Ley 6.^a, Título I de la Partida cuarta, habiendo sido ratificada especialmente por el artículo 4.º de la Ley de 18 de junio de 1870.

Por otra parte, el precepto es tan general y común a todas las legislaciones, que aun aquéllas que se encuentran en estado de primitivas exigen determinada edad a los contrayentes, siendo en este sentido una excepción la práctica de los australianos, por ejemplo, quienes conciertan o toleran el matrimonio entre niños.

Pero dependiendo ese impedimento de que se haya o no llegado a la pubertad, es lógico existan diferencias entre las leyes de los distintos países, siendo más precoces las meridionales que las del Norte, porque en aquellos pueblos el sexo se desarrolla con más rapidez.

Por eso, frente a los preceptos orientales que autorizan el matrimonio de los que por su edad serían considerados impúberes en otros países, o frente a la misma disposición de nuestro Código Civil que también establece una edad temprana, el Código alemán fija la nubilidad en los 16 años y el suizo en los 18.

Sin embargo, aún prohibido el matrimonio de impúberes en nuestro Código, en dos casos queda ratificado el que se contrajo

contra la prohibición legal, de acuerdo con la Ley VI, Título VIII, de la Partida IV, cuyos conceptos encontramos también en el artículo 110 del Código Civil italiano y en el 185 del francés:

a).—Cuando los cónyuges continúan viviendo juntos un día después de haber llegado a la pubertad sin haber reclamado en juicio contra la validez del acto, y

b).—Cuando la mujer concibe antes de llegar a la pubertad o entablado su reclamación.

En ambos casos se deja a salvo la consecuencia legal, porque los dos suponen la existencia de pubertad, ya por haber llegado el tiempo preciso para ella o ya por haber concebido la mujer fuera de plazo, lo que acredita que quedó cumplido el mencionado requisito.

No hay que decir que en estas hipótesis el matrimonio queda convalidado «ipso facto» y sin necesidad de declaración expresa de parte de los contrayentes.

Pero la circunstancia de la edad trae aparejado otro problema: el relativo a la licencia o consejo que deben mediar para que puedan contraerse matrimonio y de cuyo requisito nos ocuparemos más adelante.

Segunda: *El estado mental.*

Como consecuencia de este precepto, recogido también por el artículo 61 italiano, queda prohibido el matrimonio de los que no estén en el pleno uso de su razón al casarse.

Se hallan los precedentes de este artículo en la Ley VI, Título II de la Partida IV, y su criterio ha prevalecido en todas las modernas legislaciones, en muchas de ellas aún con mayor severidad que en la nuestra, pues el Código francés, por ejemplo, prohíbe el matrimonio de los dementes en términos tan absolutos en sus artículos 146 y 489, que no deja ámbito, al entender de la jurisprudencia, para que se suponga realizado en un momento de lucidez. Por lo contrario, el matrimonio es válido entre nosotros en tales circunstancias, al decir de la Ley de Partida que queda mencionada y que

sigue siendo aplicada por analogía con lo que dispone el artículo 665 respecto a la eficacia del testamento otorgado por el loco en un instante de lucidez.

Lo difícil, cuando no imposible, será acreditar la existencia de ese estado lúcido entre dos momentos de demencia anterior y posterior; pero con señalar la hipótesis queda cumplida a este respecto nuestra obligación.

El derecho italiano, como se ha dicho, prohíbe el matrimonio del demente, y celebrado el acto puede ser impugnado por los parientes del interesado o por el Ministerio público, siempre que al verificar aquél hubiera recaído sentencia firme de interdicción y el demente estuviera sometido a ella a la fecha en que tuvo lugar el enlace.

Tales preceptos constituyen una garantía procesal, un poco descuidada en nuestro derecho.

Además, se admite la convalidación tácita, por cuanto el párrafo 2.º del artículo 112 establece que no procede la acción de nulidad cuando los cónyuges vivan juntos durante tres meses después de revocada la interdicción.

Nada de esto dice nuestro Código Civil, donde más bien se considera el matrimonio inexistente que nulo, por falta de un requisito esencial, cual es el consentimiento.

Tercera: *La virilidad.*

Queda prohibido por esta razón el matrimonio de los que adolezcan de impotencia física absoluta o relativa para la procreación con anterioridad a su celebración, siempre que ese defecto sea *patente, perpetuo e incurable*.

Supone este artículo, repitiendo conceptos que proceden del más antiguo derecho, que el fin propio, casi exclusivo del matrimonio, es la procreación. Cuando aquel fin no puede ser normalmente conseguido por falta de edad en los cónyuges o por su impotencia para el acto, el matrimonio se halla prohibido.

En tal sentido, los números 1.º y 3.º del artículo 83 del Código guardan entre sí estrecha relación.

La procreación está atribuída al matrimonio como fin primordial por el Canon 1.013 del Corpus Iuris, no diserepando de este propósito el resto de las legislaciones positivas, unas veces por disposición expresa, como ocurre con el Landrecht prusiano y el artículo 44 del Código Civil austriaco, o por nuestras Leyes de Partidas, donde al hablar de que «pro viene del matrimonio» se dice que «uno de esos bienes es el de facer hijos para crescer derechamente el linaje de los omes», y en otras ocasiones de manera indirecta, según hemos visto establecía el Código español y reiteran todas las legislaciones, aun las más primitivas, al exigir una determinada edad para el matrimonio.

Pero lo curioso en este aspecto es que no exista precepto alguno que prohíba el matrimonio entre ancianos, prohibido como se halla entre impúberes, siendo así que unos y otros se encuentran en las mismas malogradas condiciones en cuanto a las posibilidades de concepción.

Una ley, pues, que aspirase a ser perfecta debería señalar la edad de la menopausia como límite propio para la mujer, y algo de esto hallamos en la Ley IV, Título I, Libro del III del Fuero Juzgo, bajo el epígrafe: «Que las mujeres de gran edad no casen con hombres de pequeña edad»; pero la doctrina y la Jurisprudencia establecen criterio distinto, según puede verse en la Sentencia de 25 de octubre de 1907, y el derecho canónico ha preceptuado también sus reservas sobre el particular, como comprobaremos en lugar oportuno.

El derecho francés es original en este sentido, por cuanto la impotencia no constituye causa de nulidad de matrimonio, salvo que sea de tal naturaleza que por la conformación física del sujeto no pueda determinarse su sexo, pues en este caso nos encontraremos en el de inexistencia del matrimonio por identidad de sexos, aunque la hipótesis ha sido resuelta de manera contradictoria por la jurisprudencia de aquel país.

Cuarta: *Los ordenados in sacris y las profesos de una orden religiosa, canónicamente aprobada y ligados por votos solemnes de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa.*

No es preciso advertir que tal impedimento procede del derecho canónico, habiendo sido incorporado a nuestra legislación por la Ley VII, Título I, Libro III del Fuero Juzgo, y por la XI, Título II de la Partida IV, tantas veces mencionada. Su ratificación se halla en la Ley de 18 de junio de 1870.

La demagogía de los preceptos republicanos suprimió este impedimento dos veces: la primera por Decreto de 1.º de mayo de 1873, y la segunda por Ley de 23 de junio de 1932.

Al quedar anulada por disposición del Gobierno Nacional toda la legislación del Frente Popular, se restableció la vigencia del precepto que comentamos; pero, a mayor abundancia, se dictó la Ley de 12 de marzo de 1938, declarando la ineficacia de dichos matrimonios, aunque determinado producirían efectos respecto al cónyuge de buena fe y a sus hijos.

Aclaremos que, al decir de la Dirección General de los Registros (Resolución de 20 de septiembre de 1871), no basta el acto de la apostasía, aun cuando ésta sea comunicada en manifiesto público, para quedar al margen de la prohibición legal, sino que el hecho debe ser acreditado por los medios de prueba establecidos en derecho, y que, según opina Sánchez Román, en tal materia mucho más exigente que otros autores, la dispensa canónica no puede ser substituída por nada, ni siquiera por la abjuración de la fé religiosa y el estado sacerdotal, o por el abandono de los votos, cualquiera que sea la forma que para ello se utilice.

Quinta: *Libertad anterior de los contrayentes.*

Se prohíbe en este número el matrimonio de los ligados por vínculo matrimonial anterior, quedando así ratificadas las notas de unidad e indisolubilidad del vínculo, características de nuestro matrimonio y opuestas en esencia a la bigamia, al repudio y al divorcio, al menos en cuanto a éste sin justa causa.

Los precedentes de estas disposiciones son remotísimos. En cuanto significan monogamia fueron admitidas por los germanos, según nos refiere Tácito, aunque también se daba entre ellos la costumbre opuesta.

Dentro de nuestra legislación confirma la misma teoría la Ley VIII, Título I, Libro III del Fuero Real, bajo el epígrafe: «Que ninguno sea osado casarseyendo viva su mujer»; criterio ratificado por otras varias leyes del Código de Partidas, entre las que debemos señalar: La Ley IX, Título I de la misma Partida, y la Ley XVI, Título XVII de la Partida séptima.

Las sanciones establecidas para el caso eran distintas, si bien en todas ellas se declaraba la nulidad del segundo matrimonio. Así, el Fuero Real se conformaba con imponer al bigamo la multa de cien maravedís, a distribuir por partes iguales entre el Rey y el cónyuge preterido; pero si el delito fuese cometido por mujer casada quedaban los cónyuges bajo el poder del primer esposo, quien podía disponer libremente de ambos («muerte afuera»), incluso venderles. Lo preceptúa así la Ley XI, Título I, Libro III del Fuero Real.

El Código de Partidas, por su parte, ordena el destierro del cónyuge culpable a una isla durante cinco años y la confiscación de sus bienes, que pasarían a poder de sus hijos si los hubiere, y en otro caso, a manos del cónyuge y de la Cámara del Rey, por mitades.

Por la Novísima Recopilación (Ley VIII, Título XXVIII, Libro XII), se dispone que la pena de destierro establecida por el Código de Partidas sea cumplida en galeras; y por la Ley IX, dada por Felipe II en Madrid, en virtud de Pragmática de 1556, las penas corporales que hubieran de imponerse serían conmutadas por las de vergüenza pública y diez años de servicio en galeras.

Entre esas penas corporales merecen señalarse las previstas por don Juan I en las Cortes de Briviesca (año de 1387), ordenando que el culpable fuese «herrado en la frente con fierro caliente, que sea hecho a señal de Q.»

Por último, el Código Penal castiga con pena de prisión mayor

a quien contraiga segundo o posterior matrimonio sin estar disuelto el primero.

Ahora bien; la disolución del matrimonio solo tiene lugar por muerte de uno de los cónyuges, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 del Código, de acuerdo con los vers. 11 y 12, C.º VII de la Epístola a los Corintos, y los Cánones 2, 6 y 7 de la Sesión XXIV del Concilio de Trento.

Por consiguiente, no ya la ausencia de los esposos (causa de disolución de desposorios, admitida por la Ley VIII, Título I, de la Partida IV cuando duraba tres años, y que fué resuelta negativamente por la Base sexta de la Ley de 11 de mayo de 1888), sino que el propio divorcio es incapaz de disolver el vínculo, pues sus efectos se limitan a la suspensión de la vida en común de los casados, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 104 del Código.

Sin embargo, la ausencia como causa de disolución del matrimonio requiere un examen especial.

Ausencia.

No la ausencia propiamente dicha, pero sí la presunción de muerte que en ella se funda, permite en Alemania la celebración de segundo matrimonio, siempre que dicha declaración no haya sido impugnada. Debemos advertir que este segundo matrimonio prevalece sobre el primero en cuanto no haya habido mala fé por parte de los cónyuges, aun cuando la persona a quien se reputó muerta se presente más tarde.

En Suiza la declaración de ausencia permite el ejercicio de la acción de divorcio y posteriormente la celebración de nuevo enlace, siendo éste el mismo sistema que rige en los Países Escandinavos cuando uno de los esposos se ausenta durante tres años.

El derecho francés sigue un criterio un tanto confuso. En principio la ausencia no produce la disolución del matrimonio, por cuyo motivo el cónyuge presente no puede volver a casarse en tanto no se pruebe la defunción del ausente.

Pero la imposibilidad es más jurídica que práctica, y celebradas

nuevas nupcias (previstas incluso por el artículo 139 del Código), éstas serán válidas y prevalecerán sobre las anteriores, salvo que el cónyuge ausente (y precisamente este cónyuge) comparezca más tarde y reclame contra ellas.

El derecho canónico autoriza la apertura de una información a fin de acreditar la muerte del esposo que se ausentó, conforme a la Instrucción del Santo Oficio de 13 de mayo de 1868, y solo en el caso de que se llegue al convencimiento, por lo menos moral, de la defunción, se permite el segundo matrimonio.

Nuestro Código Civil tampoco autoriza las segundas nupcias, según dejamos indicado, ratificando este criterio el párrafo 3.º del artículo 195 de la Ley de 8 de septiembre de 1939.

Divorcio.

En cuanto al divorcio existe la excepción representada por la ley de 2 de marzo de 1932, que si no autoriza la unión simultánea con varias mujeres (poligamia) o con varios hombres (poligandría), permite el matrimonio de uno o de una con varios esposos sucesivos, aún viviendo los anteriores. Derogada esta ley por Decreto de 2 de marzo de 1938 y Ley de 3 de septiembre de 1939, quedaron restablecidos los preceptos del Código Civil, decretándose la nulidad de los segundos matrimonios contraídos al amparo de la legislación anterior, a instancia de parte.

Así, pues, el principio de indisolubilidad es igualmente aplicable al matrimonio civil que al canónico cuando éste es rato y consumado, según enseña una larga tradición consagrada por el Canon 1.118 del Corpus, donde se lee: «El matrimonio rato y consumado por ninguna humana potestad y por ninguna causa, que no sea la muerte, puede disolverse».

Disolución.

Pero lo categórico de esta afirmación admite tres excepciones, que, consignadas de antiguo en los documentos y prácticas cristianas, fueron más tarde recogidas por nuestra legislación medie-

val, inspirada, como se sabe, tanto en el derecho romano como en el canónico.

Estas excepciones corresponden al matrimonio rato no consumado, es decir, al matrimonio legítimo pero sin cópula, el cual se disuelve por la profesión religiosa de cualquiera de los dos esposos o por la dispensa pontificia que obtengan. Así lo establece el Canon VI de la Sesión XXIV del Concilio de Trento bajo anatema, y lo confirman la Ley VIII, Título I de la Partida Cuarta; la Ley III, Título II de la misma Partida, y la IX, Título I, Libro III del Fuero Real, bajo la rúbrica de: «Como antes de la cópula carnal habida, el marido o la mujer pueden entrar en Religión».

A su vez, la posibilidad de dispensa pontificia está reconocida por el Canon 1.119 del Corpus, en el que se recogen y sancionan preceptos que proceden de los Papas Martino V, Eugenio IV, Paulo III, Clemente VII, Urbano VIII, Gregorio XII, Pío VII y Pío XI.

De la misma manera pueden disolverse los matrimonios consumados, no ratos, esto es, las uniones con cópula que no integren legítimo matrimonio, cuando uno de los cónyuges se convierte al Catolicismo perseverando el otro en el error (vers. 12-15, C.º VII, Epístola a los Cor. de San Pablo; Ley IV, Título X, de la Partida IV), o cuando una persona que se halla casada con varias esposas hace con una de ellas profesión de fé Católica, en cuyo caso puede el varón rechazar las mujeres restantes y deshacer el vínculo que con ellas tenía contraído, conforme a la Constitución de S. Pío V, de «Romanis Pontificiis», si bien con la obligación por parte de los nuevos esposos de renovar el consentimiento prestado a la fecha del matrimonio tras de recibir el bautismo, de acuerdo con lo previsto por el S. C. del S. O. de 1.º de agosto de 1753.

Los estudiados hasta ahora son impedimentos absolutos, prohibiendo, por consiguiente, su existencia la celebración de matrimonio entre los que se hallen incurso en ellos. Trataremos ahora de los impedimentos relativos, procedentes unos del respeto que se debe a la moral en atención al parentesco; otros tendentes a evitar

la degeneración de la especie que se produciría como consecuencia de las uniones próximas; algunos dictados para garantizar la libre expresión de voluntad de los futuros cónyuges, sustrayéndoles a la coacción o sugestión de las personas interesadas en su matrimonio, y los demás (como ocurre con las prohibiciones previstas en los números 7.º y 8.º del artículo 84), emanados de la conveniencia de imponer una sanción con fines de ejemplaridad a quienes disolvieron o ayudaron a disolver violentamente el vínculo conyugal anterior.

De acuerdo con tales principios, el artículo 84 del Código prohíbe el matrimonio:

IMPEDIMENTOS RELATIVOS

Primero: Entre los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural, cualquiera que sea su grado.

Este precepto puede resumirse así: los matrimonios en línea recta legítima o natural están prohibidos en absoluto, como dicen los artículos 161 del Código francés y el 58 del italiano.

Precedentes de esta disposición hallamos en todas las legislaciones, siendo excepcional en este sentido la autorización que se concede en las Islas Melanesias para el matrimonio del padre con sus hijas legítimas; hecho en el que, por otra parte, tanto influye la organización de los pueblos salvajes según el sistema de clanes.

Entre los habitantes de aquellas islas, en efecto, la circunstancia de que los hijos pertenezcan al clan de la madre hace sean mirados como extraños por el progenitor, lo cual explica, aunque no justifique, la unión conyugal de aquél con sus descendientes.

En nuestra legislación histórica encontramos preceptos que se relacionan con la materia en la Ley VII, Título V, Libro III del Fuero Juzgo; en la XIII, Título II de la Partida cuarta, y en la I, Título XXIX, Libro XII de la Novísima Recopilación.

Y en cuanto el acto integra el delito de incesto aparece sancionado por las Leyes I y II, Título V, Libro III del Fuero Juzgo; Le-

yes I y III, Título VIII, Libro IV del Fuero Real; Ley VI, Título XVIII de la Partida primera; Ley XIII, Título II y Ley V, Título VI de la Partida cuarta; Proemio y Leyes del Título XVIII; Ley IX, Título XXIV de la Partida séptima, y Ley V, Título XV, Libro VII de las O. O. R. R.

Segundo: *Entre colaterales hasta el cuarto grado.*

Son aplicables a este precepto las mismas consideraciones que hicimos al anterior, por más que, según sabemos, no siempre ni en todas las legislaciones se ha procedido con rigor idéntico.

Aparte las uniones conyugales incestuosas, que aparecen toleradas por algunos pueblos salvajes y que para nuestro objeto no tienen más valor que el meramente etnográfico, el estudio del Derecho canónico nos muestra la mutabilidad de tales principios.

Así, permitidos los matrimonios por aquel Derecho entre primos carnales antes de Teodorico, según resulta de la lectura del Capítulo XVI, Libro XV de «La Ciudad de Dios», de San Agustín, en el siglo XIII se prohíben hasta el séptimo grado de parentesco, y en la época del Concilio de Letrán, bajo el Papado de Inocencio III, se deja reducido el impedimento al cuarto grado. (Capítulo VI.I-X, V, 14.)

El mismo criterio sigue el Concilio de Trento en su Capítulo V de la Sesión XXIV, de «Reforma matrim».

Entre nosotros, y sin perjuicio de otros antecedentes ya enumerados al relacionar las leyes históricas de España, la XII del Título II de la Partida cuarta consagra para la legislación civil las disposiciones del Concilio de Trento, considerando como incesto el matrimonio contraído más acá del cuarto grado de parentesco.

Solo la ley de 28 de junio de 1932 (hoy derogada) redujo el impedimento al tercer grado.

Como el cómputo de grados ha de hacerse según las reglas de los artículos 915 y siguientes del Código, siempre que no se trate del matrimonio canónico (artículo 919), quedan comprendidos en la interdicción del número 2.º del artículo 84 del Código los

hermanos, tíos, primos y sobrinos carnales, sea el parentesco entre ellos de doble vínculo o de vínculo sencillo.

Por lo contrario, en el Derecho francés (artículos 162 y 163), y en el italiano (artículo 39), el matrimonio entre primos carnales no aparece prohibido, aunque sí entre hermanos y entre tíos o tías y sobrinos.

Además, se excepcionan expresamente los derechos de la familia Real.

A su vez, en el D.^o Canónico los grados no se cuentan por generaciones, sino por personas, suprimiendo la que representa el tronco común igual de trato de la línea recta descendente o ascendente que de la colateral.

Este sistema de computación produce efectos análogos a la preceptuada por el D.^o Civil, pues lo mismo que en éste el hijo dista un grado del padre, dos del abuelo, y no tres, como hemos visto afirmar a algunos autores, etc.; el hermano dos de su hermano, y así sucesivamente.

Tercero: Entre colaterales por afinidad hasta el segundo grado.

Se prohíbe, por consiguiente, el matrimonio entre hermanos políticos o cuñados, igual en nuestro Código Civil que en el francés o en el italiano, conforme a los artículos que acabamos de mencionar.

En nuestra legislación tiene como precedente este artículo la Ley XII, Título II de la Partida cuarta, en la que se habla «De la cuñadía que embarga el casamiento»; y más remotamente, la Ley I, Título V, Libro III del Fuero Juzgo, reiterada por la I, Título XXIX, Libro XII de la Novísima Recopilación.

En el versículo XVIII del Levítico, se lee: «No tomarás a la hermana de tu esposa por esposa secundaria»; de donde pudiera inferirse que el inconveniente habría de desaparecer en el caso de que fuese tomada por esposa principal.

Sin embargo, la opinión de la Iglesia, que ha recogido nuestra legislación histórica, ha sido la de prohibir el matrimonio entre parientes colaterales por afinidad.

Sobre el particular pueden verse: el Canon 61 de la Sesión IV del Concilio de Elvira y los Cánones 10 y 11, Sesión V del Romano, celebrado en tiempos de Inocencio III.

Tratan de la materia y con igual criterio: el Cp. 8, X, IV, 14 del mismo Inocencio, y el Cap. IV, de la Sesión XXIV del Concilio de Trento.

Cuarto: *Entre el padre o madre adoptantes y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.*

El impedimento que en tal concepto se crea mediante la adopción es de carácter permanente, es decir, constante e invariable, y tiene su fundamento en la ficción de paternidad que se crea en su virtud.

En cambio, resulta temporal o circunstancial el impedimento previsto en el número siguiente de este artículo, ya que desaparece al dar la adopción por terminada.

Estos preceptos proceden del Derecho canónico, en tal concepto afecto a las doctrinas romanas, y pasaron a nuestra legislación a través de los Códigos medievales.

Sin embargo, y aunque el impedimento está admitido por la Iglesia desde los tiempos más antiguos, (según acredita el Capítulo 5, Canon XXX, g.3, de Graciano), hasta el siglo VII no aparece ningún documento escrito sobre el particular, hallándose el tal documento en el Capítulo X, IV, 12 de la Colección de San Raimundo de Peñafort.

Quinto: *Entre los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado mientras subsista la adopción.*

Esto quiere decir, según queda expuesto, que concluída la adopción es lícito el matrimonio.

La tan repetida Ley de 18 de junio de 1932 permitía al juez autorizar el matrimonio entre los descendientes del adoptante con el adoptado, sin limitación de ninguna clase, pero dicha Ley ha quedado derogada.

Lo que no parece prohibirse por este artículo, ni por ningún otro del Código Civil, es el matrimonio entre los descendientes le-



gítimos del adoptante con los descendientes del adoptado, aunque de persistir la ficción de paternidad que supone toda adopción resultarían parientes entre sí en cuarto grado, y, por consiguiente, incurso en la prohibición del número dos de este artículo.

Tampoco está prohibido el matrimonio del hijo o hija legítima del adoptante con el cónyuge viudo del adoptado; ni el de éste con el cónyuge viudo de aquél, ni, finalmente, el de aquéllos con el cónyuge viudo de éste.

Y no lo están, decimos, porque en otro caso, en el de su prohibición, el legislador lo hubiera consignado expresamente en el texto del número 5.º del artículo 84, donde tan minuciosamente se regula la materia.

Por consiguiente, tampoco estarán prohibidos esta clase de matrimonios por el Derecho canónico, que en tal punto se ajusta a lo que preceptúe el Civil.

• • •

El artículo 491 del Código penal castiga con pena de arresto mayor el matrimonio que celebre el adoptante con el adoptado sin dispensa para ello; pero guarda silencio, en cambio, respecto a las sanciones que deben imponerse en los demás casos.

¿Se entenderá por esto que tales matrimonios han de quedar sin penalidad? La justicia parece exigir se apliquen por analogía las reglas establecidas por el precitado artículo para el tipo de matrimonio que en él se castiga, pero no debemos olvidar que las Leyes penales son solo aplicables a los casos expresamente determinados en ellas, por cuyo motivo no creemos quepa sanción, al menos ajustándose estrictamente a la hermenéutica legal.

• • •

Tampoco creemos pueda constituir obstáculo para el matrimonio el llamado «acogimiento», establecido por las Ordenes de 30 de diciembre de 1936 y 1.º de abril del 37, ya que por medio de él no se crea parentesco alguno entre los protagonistas del acto.

Otra cosa ocurriría por aplicación de la Ley italiana de 31 de julio de 1919, dictada como complemento de la de 18 de julio de

1917, semejante a la francesa de 27 de julio del mismo año, puesto que por virtud de aquellos preceptos se crea un estado de verdadera adopción entre las partes; estado que no concurre, según creemos, en el «ahijamiento», regulado por el título XI del libro I del moderno Código Civil, y cuya naturaleza es análoga a la de nuestro acogimiento, ya que no se trata más que de una forma de prestación de asistencia a los menores que carezcan de ella.

Sexto: *Entre adúlteros que hubieran sido condenados por sentencia firme.*

Subrayamos la circunstancia de la *sentencia*, porque este requisito es indispensable. En otro caso para la ley no existe adulterio y, por consiguiente, no hay impedimento.

Emplea la Ley el número plural, porque, en efecto, siendo preceptivo que el marido agraviado deduzca su querrela contra los dos culpables del delito, según dispone el artículo 449 del Código penal, no pudiendo accionar contra uno de ellos si es que perdona al otro o consiente su adulterio, la sentencia que en su día se dicte debe comprender a ambos como reos de la infidelidad.

Advertiremos que no es preciso que el acto sea realizado «*sub spe futuri matrimonii*», o lo que es igual, con la esperanza de casarse que alienten los autores del adulterio, según exigía el antiguo Derecho canónico, pues en la actualidad rige la materia el Canon 1.075, en cuyo párrafo tercero prescinde de la intención de casarse, la cual se da por supuesta.

En su aspecto civil la disposición que nos ocupa tiene un rancio abolengo entre nosotros, pues quedó consignada en la Ley XII, Título I, Libro III del Fuero Real, cuya confirmación se encuentra en la Ley XIX, Título II de la Partida cuarta, en la que se prohíbe, justificándolo, el matrimonio de la adúltera y su cómplice.

Por su parte, el Código Penal en el artículo 448 castiga a los adúlteros con pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo; grados que alcanzan de dos años y un día a seis años.

No cabe duda que en este sentido se han suavizado extraordinariamente las disposiciones de nuestro derecho histórico, puesto que en la mayoría de aquéllas se autorizaba al marido para dis-

poner libremente de la esposa adúltera y del que con ella hubiese cohabitado. Así lo establecía la Ley III, Título IV, Libro III del Fuero Juzgo, confirmada por la Ley I, Título VII del Fuero Real, de la que es reproducción la Ley I, Título XXVIII, Libro XII de la Novísima Recopilación, que, a su vez, recoge la Ley II del Ordenamiento de Alcalá, ratificadora de la misma autorización, aunque limitada en su ejercicio, puesto que al marido le estaba prohibido el derecho de matar a los culpables.

Es digna de mención la Ley 80 de Toro, en la que se halla el precedente del artículo 448 del Código Penal, al disponer, lo mismo que éste, que el marido agraviado no podrá deducir su acción contra uno de los culpables, sino la ejercita simultáneamente contra el otro.

Efectos del adulterio.

Hemos de advertir en este sentido que como quiera que el adulterio no disuelve el vínculo conyugal (en oposición a lo que sucede en algunas legislaciones contemporáneas, y aún a lo que parece preceptuar la Ley II, Título VI, Libro III del Fuero Juzgo), todo lo que hace el delito es determinar la separación de la vida en común de los esposos, y el impedimento que comentamos únicamente surgirá después de la muerte del cónyuge agraviado, pues hasta entonces existirá el otro impedimento absoluto previsto en el número 5.º del artículo 83, donde se prohíbe la bigamia.

Divorcio vincular.

No ocurre ciertamente lo mismo allí donde está admitido el divorcio vincular, como en Francia, por virtud de las Leyes de 27 de junio de 1884, 18 de abril de 1886, 6 de febrero de 1893, 21 de junio y 13 de julio de 1907, 16 de junio de 1908, con más diversas disposiciones complementarias, tales como las de 14 de julio de 1909, 6 de abril de 1910, 19 de diciembre de 1921, 9 de diciembre de 1922, 20 de febrero de 1924, 26 de marzo del mismo año, 4 de febrero y 3 de abril de 1928, 14 de julio de 1929, 4 de enero de

1930, etc., etc.; o en Alemania, según autoriza el Código de 18 de agosto de 1896, vigente desde 1.º de enero de 1909, particularmente en sus artículos 1.317 y siguientes; o en Méjico, por la Ley de 12 de abril de 1907; o en Uruguay, por las de 28 de octubre de 1907 y 9 de septiembre de 1913, ampliadas y reformadas respectivamente por las Leyes de 1910 y 1914; criterio que rige igualmente en la mayor parte de los Estados Hispanos Americanos, así como en los Estados Unidos, donde se admite incluso el matrimonio a prueba propuesto por Madm. Herber Persons e incorporado al Estado de Nueva Yorck como consecuencia de la Ley Wekes, promulgada el 1.º de enero de 1902.

Admiten también el divorcio vincular: Austria, si bien solo para los protestantes y cismáticos; Bélgica, regida por el Título VII del Código de Napoleón, y Portugal, donde la materia se encuentra regulada por la Ley de 3 de noviembre de 1910, a la que sirve de complemento la de 25 de diciembre del mismo año.

Por lo que se refiere a España, hemos de tener presente la Sentencia de 18 de enero de 1929, por la que no solamente se permite o convalida el matrimonio entre adúlteros de hecho, aunque no condenados por Sentencia, sino que a los hijos nacidos de tal conyuda se les concede la condición de legítimos, imitando en este sentido la legislación de otros países. De este problema tratamos en nuestra nueva obra «La posición del menor ante el Derecho.»

Séptimo: Entre los que hubiesen sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte de cualquiera de ellos.

Exige este número, según su sentido literal, la hipótesis del delito de homicidio consumado y no las correspondientes a la tentativa de delito o al delito frustrado, que no llegan, como es lógico, a producir la muerte. Claro está que en este último caso tampoco podrá tener aplicación el precepto legal, puesto que viviendo el cónyuge agredido continuará subsistiendo el vínculo que le ligaba al otro esposo.

Lo que se discute, en cambio, es si habrá motivo de impedi-

mento cuando la muerte sobrevenga a consecuencia de un caso fortuito o de una enfermedad, inclinándose los autores por la afirmativa, toda vez que el sentido moral levanta una barrera infranqueable entre quienes fraguaron el delito de parricidio, aunque éste haya quedado malogrado en la práctica, siempre que ello no se deba al espontáneo desestimiento de los autores.

Empero, cabe preguntar: si el artículo que comentamos exige la condena de los culpables, y, por consiguiente, la Sentencia dictada en juicio por Tribunal competente, ¿qué ocurrirá antes de que aquella Sentencia se dicte? Queremos decir: ¿será entonces válido el matrimonio? ¿No existirá respecto de él ningún impedimento?

La respuesta emerge directamente de la moral y del espíritu de la Ley, ya que no de su lectura; porque es indudable que no puede quedar defraudado el propósito legal por falta de un requisito meramente adjetivo, cual es el de la condena dictada en justicia, aunque más claro resultaría el texto del Código si la palabras que emplea, y que hacen referencia a tiempo pasado, las substituyera por otras que hiciesen relación a todos los tiempos.

Sin embargo, a nuestro juicio no cabe duda que ese matrimonio puede anularse civilmente a tenor de lo preceptado en el artículo 101 del Código, como ocurrirá en el Derecho Canónico por aplicación del párrafo 3.º del Canon 1.075, del que nos ocuparemos más adelante.

Finalmente, diremos que los antecedentes del artículo que comentamos se hallan en la Ley XIX, Título II de la Partida IV, y en sus concordantes del Fuero Real y del Ordenamiento de Alcalá, anteriormente citados.

Octavo: *El error, la coacción y el miedo.*

Son éstos también impedimentos relativos, aunque de ellos no se ocupa el artículo 83, pero aparecen regulados por los números 2, 3 y 4 del artículo 101.

El número 2.º consagra la teoría de los vicios que afectan al

consentimiento, otorgado tanto por error como por coacción o miedo graves.

La misma doctrina encontramos en la Ley X y concordantes del Título II de la Partida IV; cuya Ley, casuística en extremo, procura determinar por medio de ejemplos prácticos el alcance del error para que pueda ser causa de nulidad del matrimonio, exigiendo, al igual que el Derecho moderno, que recaiga sobre la persona y no sobre sus cualidades.

Es curiosa esta Ley porque establece que la falta de virginidad no es causa de nulidad del vínculo, al contrario de lo que estatuyó el Derecho hebreo y durante algún tiempo el germánico también.

A su vez, la Ley XV de la Partida IV se ocupa de la fuerza o miedo, expresando que existe la primera «cuando alguno aduce contra su voluntad, o le prenden, o le ligan, o le facen otorgar el casamiento»; y que el miedo debe ser producido de tal manera «que todo ome, magüer fuese de gran corazón, se temiese del, como si viese armas u otras cosas con que le quisiesen ferir».

Decimos que el impedimento en cuestión es relativo, esto es, que solo incapacita a los que le sufran para celebrar el matrimonio entre sí, pero que no es absoluto, porque la aptitud de los cónyuges subsiste para contraer matrimonio con cualquier otra persona, fuera de las señaladas por la Ley.

Conviene advertir que el error sobre el sujeto solo produce los efectos del impedimento y nulidad correspondiente del matrimonio cuando la consideración a aquél hubiese sido la causa principal del enlace, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 1.266, que tiene por antecedente la Ley X, Título II de la Partida IV.

La misma teoría sostiene la Iglesia, según la cual, cuando el error no recae sobre la persona, sino sobre alguna de sus cualidades, no constituye motivo que justifique la pretensión de nulidad, conforme al texto: «nisi error qualitatis redundet in error persanae». (Graciano, Canon XXIX, q. 1 Santo Tomás, III Suppl. q. 51, Decretales, X, IV, 9; Cap. 18 y 26, X, IV, y Cánones del Corpus, 1.082 y 1.086).

De idéntica forma, la coacción y el miedo solo pueden considerarse como causas impeditivas y en su día resolutorias del matrimonio, cuando vayan acompañadas de la nota de gravedad (Ley XV, Título II, Partida IV), exigida por el artículo 1.267 del Código Civil con relación a los contratos, y cuya aplicación al matrimonio es evidente en cuanto éste tiene de contrato, como es también aplicable desde el punto de vista del Derecho canónico, pues aún considerado el acto como Sacramento, «siendo en su ser un vínculo perenne», al resultar en «su hacer» un contrato, según reconocen los teólogos, o lo que es igual una convención jurídica, dicho se está que ha de reunir y concertar la libre voluntad de los contrayentes, como a mayor abundancia determinó ya el Capítulo I, de la Sesión XXIV del Concilio de Trento.

El impedimento que por virtud de estos vicios surge es de los calificados como dirimentes, disolviendo el matrimonio, que se tiene por inexistente.

Noveno: *El rapto*.

El número 3.º del artículo 101 prohíbe el matrimonio entre el raptor y la robada mientras ésta se halle en su poder. Es, pues, un impedimento no solo relativo, sino, además, temporal, puesto que cesa en cuanto la raptada recobre su libertad de acción.

Tal impedimento está reconocido por el Derecho canónico, según hemos de ver, como causa dirimente o resolutoria del matrimonio, conforme al Capítulo VI de la Sesión XXIV del Concilio de Trento: «Si mulier sit rapta loco nec reddita tuto»; principio ratificado por el Canon 1.074 del Corpus.

El fundamento de la prohibición y consiguiente nulidad del matrimonio celebrado en su presencia hállase en la presunción *juris et de jure*, esto es, absoluta y sin que admita prueba en contrario, de que la raptada carece de libertad para expresar su consentimiento, quedando el contrato, y también el Sacramento, faltos de un requisito esencial para su validez.

Poco importa a tales fines para el derecho civil que el rapto se

verifique con violencia o con seducción, es decir, ejerciendo la influencia del raptor sobre la persona de la robada o sobre su ánimo y voluntad, mediante la captación de ésta. En ambas hipótesis es nulo el matrimonio, y en ambas quedan los cónyuges sujetos a las sanciones de los artículos 460 y 461 del Código Penal, que castigan el delito de raptor, aún siendo ejecutado con consentimiento de la persona robada, con las penas que en tales artículos se fijan. Para el Canónico, en cambio, no hay impedimento si la mujer acompaña libremente al varón, aunque el problema estibaré en determinar cuando existe esa libertad, de la que puede carecerse lo mismo por una causa física que moral, ésta última determinada por la seducción. De aquí que la interpretación del 1.074 se preste a muchas cavilaciones.

No precisamos advertir que la nulidad de tales matrimonios tiene precedentes en nuestro Derecho medieval; por ejemplo, en la Ley XV, Título II de la Partida IV, así como en el Título X, Libro IV del Fuero Real, destinado a tratar de «los que furtan, o roban, o engañan a las mujeres».

Décimo: *Viudez*.

En realidad este impedimento debiera ser analizado entre los que titulamos absolutos, puesto que la persona afectada por esta circunstancia queda inhabilitada para contraer matrimonio con cualquier otra; pero el carácter temporal de la medida, ya que únicamente comprende el tiempo señalado por la Ley, y la circunstancia de aplicarse solamente a las mujeres, no a los hombres, hace le consideremos como relativo, puesto que hace relación a un grupo determinado de personas y solo por el lapso de tiempo señalado por la Ley.

Es más; por el Derecho canónico no existe esta clase de impedimento, y la viuda puede contraer nuevo matrimonio sin sujeción a plazo, de conformidad con el canon 1.142.

Segundas nupcias.

Ya no es objeto el segundo matrimonio de los anatemas que se formularon contra él por los montanistas, quienes le consideraban como verdadero adulterio. La oposición a las segundas nupcias sostenida por Tertuliano, Clemente de Alejandría, Orígenes, etcétera, etcétera, no prosperó en la doctrina Católica, y si bien los cánones apostólicos formularon determinadas reservas contra ellas, como la de prohibir la investidura sacerdotal a quien hubiese contraído matrimonio dos veces, de acuerdo con el Canon XVIII, y el Concilio Neo-Nezares imponía una penitencia al Sacerdote que le autorizaba, a partir del Leodicense quedaron reconocidos y aprobados los matrimonios contraídos por los viudos.

Es ésta la doctrina auténticamente cristiana, pues si la ley del Nuevo Evangelio declara el matrimonio «uno» (S. Marcos XII) e «indisoluble» (S. Marcos, X, 2-12; S. Lucas, XVI, 18; S. Mateo, XIX, 10), el Apóstol declara en su Rom. VII, vrs. 2-3, que: «La mujer casada está ligada por la ley del matrimonio a su marido mientras éste vive, más en muriendo queda libre de la ley que al mismo la ligaba; por cuya razón será tenida por adúltera si viviendo su marido se junta con otro hombre; pero si el marido muere, queda libre del vínculo y puede casarse con otro hombre sin ser adúltera».

En análogos términos está redactada la Epístola a los Corintos (vrs. 10, 11 y 15), siendo éste el criterio sustentado por el Concilio de Trento en sus Cánones II, IV y VII de la Sesión XXIV.

En la actualidad, con hallarse, por lo demás, históricamente comprobada la licitud de las segundas nupcias, quedan éstas autorizadas tanto por disposición expresa del Codex Iuris en sus Cánones 1.142 y 1.143, según dijimos, como por deducción lógica del Canon 1.118, en el que se declara que el matrimonio rato y consumado (o sea el habido con cópula entre bautizados), se disuelve por la muerte de uno de los esposos.

Es ésta también la regla de derecho que establece el artículo 52 del Código Civil.

Pero aún autorizadas las segundas nupcias, tanto la Iglesia como las legislaciones positivas han establecido respecto de ellas determinadas singularidades, procedentes unas veces del recelo que inspira la falta de continencia que las mismas suponen, y dimanadas otras de la protección que merecen los hijos de anteriores matrimonios, considerando que para lo sucesivo han de quedar sometidos a una potestad extraña.

De tal manera, si nuestros Concilios no manifestaron oposición alguna al segundo enlace, en el *Hinuario Visigótico* latino y en el *Breviario mozárabe*, así como en las *Capitulares de Carlomagno*, se encuentran reglas particulares para el caso de que uno de los contrayentes sea viudo, con tendencia todas ellas a procurar que el nuevo vínculo tenga el mismo valor y eficacia que el contraído la primera vez.

El *Codex*, en su canon 1.143, prohíbe a la mujer recibir dos veces la bendición nupcial.

No podemos ocuparnos aquí con todo detalle de las medidas adoptadas en este sentido por las diversas legislaciones positivas, puesto que un trabajo de esta naturaleza nos separaría sensiblemente del camino que nos hemos propuesto, y porque, además, el lector podrá encontrar satisfecha su curiosidad en nuestra obra «*La mujer en la Historia y en la Legislación*». Pero nos parecen indispensables algunas consideraciones históricas para la más correcta comprensión de los artículos 45 y 50 del *Código Civil*, donde se prohíbe el matrimonio de la viuda durante determinado plazo y se sanciona la infracción con la separación de bienes, nulidad de donaciones, etc., etc.

Año de luto.

La materia se halla relacionada con el titulado «año de luto» del derecho romano, recogido por la Ley I, Título II, Libro III del *Fuero Juzgo*, donde se considera la inobservancia de aquel precepto como adulterio, castigando a la esposa infractora con pérdida

de la mitad de su fortuna. En los mismos términos está redactada la Ley XIII, Título I, Libro III del Fuero Real.

El Código de Partidas, en su Ley III, Título XII, Partida IV, autoriza a la viuda para que contraiga segundo matrimonio, por ser ésta, dice, la doctrina de la Iglesia, de acuerdo con lo expuesto por S. Pablo; pero cuando no respete el «año de luto», añade, es «considerada de mala fama, e debe perder las arras e la donación que le hizo el marido, e las otras cosas que le hubiese dexado en testamento, e débenlas haber los fijos que quedasen dél, e si fijos non dexare, los parientes que hobieren de heredar lo suyo.»

Se exceptuaban de tales penalidades la desposada cuyo esposo hubiese muerto antes de consumarse el matrimonio, y la casada que hubiera obtenido licencia del Rey para no dejar transcurrir el plazo o término legal.

Sobre el mismo particular, y abundando siempre en las mismas razones, pueden verse: la Ley III, Título XIII de la Partida IV; la III, Título III de la Partida VI; la III, Título V de la Partida VII, así como la Ley XV, Título II, Libro III del Fuero Juzgo, en la que se condena a la viuda vuelta a casar con la pérdida de la «buona» de su marido.

En cambio de esto, la Ley IV, Título II, Libro I de la Novísima Recopilación, con un amplio espíritu liberal, pero con muy escaso sentido práctico, autoriza el matrimonio de la viuda en cualquier momento, eximiéndola de toda responsabilidad.

Más aún; en sus últimos párrafos prohíbe sea tramitada denuncia alguna contra aquélla o su marido con fundamento en que los esposos no dejaron transcurrir el plazo legal, bajo pena de multa de cien maravedis que pagarían los infractores a la Cámara Real.

Aparte la excepción que representa esta ley, todas las demás, tanto nacionales como extranjeras, se hallan inspiradas en el mismo criterio de limitación o restricción de las segundas nupcias.

Esta limitación, en cuanto se refiere al matrimonio en sí mismo y no a los efectos que produce en el orden económico y familiar

como consecuencia del sistema de reservas, pérdida de la patria potestad sobre los hijos del primer enlace, etc., etc., temas ajenos a la presente cuestión, está determinada por el artículo 45 del Código Civil, donde se prohíbe que la viuda contraiga matrimonio antes del alumbramiento, si hubiere quedado encinta, o durante los 300 días siguientes a la muerte de su marido, aplicándose estos preceptos también a la mujer cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo, contados entonces los plazos desde la separación legal.

Pero contraído el matrimonio con omisión de las disposiciones que le prohíben o condicionan, no pierde aquél su validez civil, como tampoco pierde la canónica, limitándose la ley a aplicar las sanciones previstas en el artículo 50 del Código, del que nos ocuparemos en el párrafo siguiente al tratar de la licencia y consejo.

Undécimo: *Licencia o consejo para el matrimonio.*

No constituyen estos impedimentos, sino requisitos para la celebración del matrimonio, pero exigidos con tal rigor en algunos tiempos y por algunas legislaciones, que en su ausencia se producía la nulidad del vínculo conyugal.

De ello nos ocuparemos con más detenimiento al estudiar en nuevo artículo «La voluntad como base del matrimonio», limitándonos ahora a sentar las premisas fundamentales que rigen la materia, aplicables, como acabamos de decir, a la viuda o a la mujer cuyo matrimonio se declare nulo y se hayan casado antes de los términos previstos por la Ley.

Los artículos 45 y 47 del Código Civil imponen a los esposos el deber de solicitar autorización o consejo de sus padres para contraer matrimonio, según sean menores o mayores de edad, reiterando con ello la Resolución de 3 de julio y la Cédula de 18 de septiembre de 1788.

Parece esto una limitación a la facultad de casarse libremente que constituye una de las más distinguidas conquistas logradas por el progreso jurídico. Sin embargo, fácilmente se comprende que ta-

les requisitos no integran restricciones de la voluntad en sentido estricto, por cuanto con ellos no se impone a los hijos un determinado matrimonio ni se les impide realizar en su día el que quieran, si bien se procura dejar a salvo los deberes que tienen para con sus padres mientras estén bajo su potestad, y los respetos establecidos a su favor por el hecho de la generación aún después de haber salido de la autoridad paterna, como imprescriptibles que son.

La materia aparece regulada por las Leyes II, V y VI del Título I, Libro III, del Fuero Real; II, Título I, y VIII, Título II, Libro III del Fuero Juzgo, y por la Ley V, Título VII, Partida VI, todas las cuales castigan con pena de desheredación el matrimonio de la hija hecho sin licencia de sus padres.

Sobre el mismo particular debe tenerse presente la Pragmática de Carlos III, publicada el 27 de marzo de 1761 (Ley IX, Título II, Libro X de la Novísima), en la que, al tiempo que se ratifica la necesidad de consentimiento o consejo para el matrimonio, castigando a los infractores con la precitada desheredación (párrafos I, II y III), procura en el XII y siguientes prevenir el abuso que los padres puedan cometer en este sentido, ordenando que no podrán excusarse de dar su autorización (párrafo VIII), si no tuvieran causa justa y racional para ello, «como lo sería si el tal matrimonio ofendiera gravemente el honor de la familia o perjudicara al Estado»; y concediendo recurso a los hijos para ante el Consejo, Chancillería o Audiencia, según el párrafo IX.

Igualmente es de interés el Decreto de 10 de abril de 1803, dado en Aranjuez por Carlos IV, en el cual, aun insistiéndose sobre la necesidad de la licencia para el matrimonio de los menores de 23 y 25 años, según su sexo, excluye la del consejo para los mayores de esas edades, rebajadas a 22 y 24, a 21 y 23 ó a 20 y 22, según que, en defecto del padre, hayan de ser la madre, los abuelos, el tutor o el Juez quienes deban refrendar el acto.

Al propio tiempo se reconoce en este Decreto la facultad de los solicitantes para recurrir contra la oposición al matrimonio que manifiesten los progenitores.

Actualmente, la necesidad de licencia está exigida por el artículo 45 para los menores, según hemos dicho, pero siempre que no estén emancipados, pues en este caso será suficiente el consejo, conforme establecen la Ley III, Título I, Libro VI del Fuero Real, y la 47 de Toro. El referido consejo se haya exigido para los mayores de edad por el mencionado artículo 47 del Código Civil, siendo aplicable incluso a los viudos, según estiman algunos autores, aunque de la Sentencia de 23 de octubre de 1907 se infiere claramente otra cosa, contrariamente al criterio del Edicto francés de marzo de 1697, en el que se castigaba a las viudas con pena de deshederación, caso de volver a casarse sin consentimiento de sus padres.

Nuestra tradición jurídica no está de acuerdo con este precepto, ni tampoco con la opinión que sostienen algunos tratadistas españoles; y así, la ley IV, Título II, Libro III del Fuero Real, determina expresamente: «cómo toda mujer viuda puede casar sin licencia de su padre o madre»; criterio que no reparamos en extender, todavía con más motivo, a los varones. El mismo sistema se deriva de la Cédula de 18 de septiembre de 1878 (Ley XVII, Título II, Libro X de la Novísima), en cuya Ley se dice que sólo los hijos de familia están obligados a pedir consejo a sus padres, tutores, etc.; encontrándonos con que también la legislación francesa ha modificado su antigua actitud sobre el particular, puesto que el artículo 154 del Código, correspondiente a la Ley de 7 de febrero de 1924, determina que «las disposiciones de la Ley relativas a la necesidad de consentimiento no son aplicables a los que contraen segundas o posteriores nupcias».

Añadiremos que a los españoles residentes en el extranjero les son exigibles los mismos requisitos que a los españoles para contraer matrimonio si es que conservan la nacionalidad de origen, conforme dispuso la Sentencia de 1 de mayo de 1919.

Entre ambos conceptos (licencia y consejo) media la sustantiva diferencia de que el primero no puede ser reemplazado por nada ni por nadie, como no sea por el transcurso del tiempo ne-

cesario para llegar a la mayoría de edad; mientras que del segundo puede prescindirse, una vez interesado y pasados tres meses desde que se pidió, acreditando el cumplimiento de aquella circunstancia (única cosa que se exige), ya en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento, o ya por medio de documento extendido por Notario civil o eclesiástico, según el texto del artículo 48 del Código, que hemos de relacionar con el Canon 1.034 del Corpus.

Mas ha de entenderse que ni siquiera la falta de consentimiento constituye uno de los impedimentos que disuelven el matrimonio, y contraído éste sin la concurrencia de aquel requisito, *es válido y produce todos sus efectos* respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, siquiera con las limitaciones que para tales casos impone el artículo 50 del Código Civil en relación con los concordantes del Penal.

Previene este Código que los contrayentes serán sancionados con penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio (artículo 489), sin perjuicio de las demás figuras de delito que hubieran podido concurrir en el acto, ya por mediar raptó, aún contando con el consentimiento de la raptada (artículos 460 y siguientes del Código Penal), ya por haber existido falsedad en los documentos de que las partes se sirvieron (artículo 314 del mismo Código), o ya, en fin, por usurpación o simulación de estado civil (artículo 485), etcétera, etcétera.

La Orden de 8 de marzo de 1939, más radical que todas las disposiciones anteriores, declara nulas las inscripciones hechas en el Registro Civil de matrimonios de menores de edad celebrados sin el consentimiento paterno, si bien autorizando su convalidación o ratificación posterior; lo que, en todo caso, será aplicable al matrimonio como contrato, pero no como Sacramento, el cual es válido de por sí, medie o no el referido consentimiento.

Pero en cuanto a los efectos civiles que la unión haya de producir, el artículo 50 del Código puede imponer con toda propiedad las siguientes:

Sanciones

Primera: Separación de bienes entre los cónyuges. Cada uno de ellos conservará el dominio y la administración de los que le pertenezcan haciendo suyos todos los frutos, siquiera con la obligación de contribuir proporcionalmente a las cargas del matrimonio.

Los efectos de esta sanción perjudican más al marido que a la mujer, puesto que aquél pierde en beneficio de ésta gran parte de las prerrogativas que le están conferidas por el derecho.

Por lo que se refiere a la viuda que se casó antes del término legal, las sanciones se aplican con independencia de su edad, sea o no anciana, pues la Ley no establece excepción alguna a este respecto, según previno la sentencia de 23 de octubre de 1907 y reiteran los tratadistas de Derecho canónico.

Segunda: Ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna ni por testamento ni por donación.

Se declaran por consiguiente prescriptos los derechos sucesorios que al cónyuge supérstite le reconocen los artículos 806 y concordantes del Código Civil, y quedan revocadas las donaciones de acuerdo con el artículo 1.333 y referida sentencia de 23 de octubre de 1907.

En cambio, no prevé la ley la posibilidad de que la adquisición se verifique por persona interpuesta, es decir, por la madre o padre que hereden del hijo fallecido los bienes que éste a su vez haya recibido o heredado de su progenitor difunto.

Tercera: El cónyuge menor no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayoría de edad. Mientras, sólo tendrá derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes; precepto que aparece también incorporado a la legislación portuguesa por los artículos 5.º del Decreto de 25 de diciembre de 1910, que ratifica el párrafo 2.º del artículo 306 del Código.

Cuando se trate de consejo en lugar de licencia, las modalida-

des del caso son distintas, aunque sus consecuencias resulten parecidas.

Como precedentes remotos a este respecto deben señalarse las Leyes XIV, XV y XVII, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación, aunque el Decreto de 1803 excusaba su necesidad, según hizo más tarde la legislación de la República. (Ley 28 junio de 1932).

La concurrencia de este requisito tiene por fundamento la supervivencia de la patria potestad a través de todas las edades, y aun de todos los estados, podríamos decir, sino fuese porque el viudo o viuda no necesitan nueva autorización para contraer segundas nupcias, pese a la opinión en contra de algunos autores.

La sanción civil es la misma en uno que en otro caso, equiparados los efectos jurídicos de la falta de consentimiento a la de consejo. La Ley debería ser más benévola en esta segunda hipótesis, razón por la cual, sin duda alguna, el artículo 489 del Código penal se limita a castigar a los que se casen sin consentimiento, no hablando en cambio de la falta de consejo.

Más razonable y en armonía con la naturaleza de la disposición que comentamos (supervivencia de la patria potestad después de la emancipación de los hijos), resultan las disposiciones de la Ley francesa de 21 de junio de 1907, ampliada y reformada por las de 10 de marzo de 1913, 7 febrero de 1924 y 17 julio de 1927, en las que se distinguen tres edades a los efectos de determinar la necesidad de consejo, señalando en cada una de ellas las personas que deben otorgarle.

Lo curioso es que de tales preceptos, que pudieran parecer tan modernos, hallamos precedentes en nuestra antigua legislación; y como prueba de ello acotamos con la Ley VI, Título I, Libro III del Fuero Real, sin olvidar el tan repetido Decreto de 10 de abril de 1803.

Una mirada a la legislación extranjera de tipo latino nos servirá para completar estos extremos.

En Portugal el matrimonio del menor produce normalmente su

emancipación, conforme preceptúa el párrafo 2.º del artículo 170 en relación con el 304; pero esto se entiende cuando los cónyuges son mayores de 18 y 16 años, según su sexo, y han obtenido la correspondiente autorización para el acto, pues fuera de estos casos el matrimonio no determina la emancipación, pudiendo incluso el acto ser anulado, conforme al artículo 13 del Decreto de 25 de diciembre de 1910; doctrina que no admite más excepción que la de los expósitos y abandonados, los cuales pueden casarse tan pronto lleguen a los 18 años sin necesidad de consentimiento.

El Código italiano trata de la materia en los artículos 63 y concordantes, exigiendo el consentimiento para los menores de 25 años y para las hembras menores de 21, dándose aquí, por consiguiente, una diferencia de edades completamente distinta a la del derecho español.

Al contrario de lo que ocurre en Portugal, donde las diferencias de criterio entre los padres son resueltas por el Juez, en Italia, más robustecida la autoridad del varón, basta que éste preste el consentimiento, aunque la madre le niegue o esté disconforme con él, siguiéndose un sistema análogo al de la Ley francesa de 10 de marzo de 1913 (artículo 158), por cuanto la discrepancia entre los progenitores equivale a conformidad, por lo menos cuando se trata del matrimonio de hijos naturales.

Contraído el matrimonio sin licencia surge una acción de nulidad a favor de las personas que según los casos deberían haber otorgado aquélla; acción concedida igualmente por el artículo 182 del Código Civil francés, siendo negada cuando aparece aprobado el acto expresa o tácitamente, entendiéndose por tal el transcurso de un año desde que tuvieron conocimiento del repetido matrimonio (artículo 183), o seis meses, según el artículo 109 del italiano.

La materia es interesante, pero traída aquí al socaire de otra distinta, suspendemos todo comentario, prometiéndoselos al lector en otro folleto que tratará de «La voluntad como base del matrimonio».

Duodécimo: *Asistencia del Juez Municipal y de los testigos. Matrimonio secreto.*

Es éste otro requisito más exigido para la validez del matrimonio civil, así como para el canónico lo es la asistencia del párroco propio, según veremos, y fuera de los casos de excepción, por cuyo motivo le traemos a estudio en estas líneas, ya que en defecto de tales requisitos ni existe contrato ni Sacramento, produciéndose las mismas consecuencias que si se tratara de un impedimento propiamente dicho.

La historia de este requisito está relacionada con la evolución que han experimentado las solemnidades y formalidades que deben acompañar al enlace, especialmente por la trascendencia que la familia ejerce desde el punto de vista del derecho público. De aquí que la sociedad esté interesada en constatar la existencia del vínculo, a fin de imponer a los cónyuges los deberes que les corresponden tanto entre ellos como con relación a la prole que puedan tener.

Para determinar el valor de la asistencia al acto del Juez Municipal es preciso diferenciar el matrimonio civil del canónico. El primero surgió como consecuencia de la Ley de 18 de junio de 1870, cuya promulgación se hizo el 16 de agosto, entrando en vigencia en la primera quincena del mes de septiembre: el día primero para la Península y el 15 para las Islas adyacentes.

Sufrió la Ley los vaivenes y alternativas de las luchas políticas, tan frecuentes en aquel período de nuestra historia, y así, por Decreto de 22 de enero de 1875, al que sirvió de complemento otro de febrero del mismo año, juntamente con la Instrucción del 19 y la R. O. del 27, se autoriza el matrimonio civil como forma única de casamiento y se vuelve a los preceptos antiguos (Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1864; Decretos de 22 de Junio de 1822 y 7 de enero de 1837), aunque disponiendo la intervención de un funcionario civil en la práctica del matrimonio canónico, con lo cual se preparó el advenimiento del sistema que ha concluído por prevalecer.

Poniendo término a las discusiones promovidas alrededor de este tema, la Base 3.^a de la Ley de Bases de 2 de mayo de 1888, admite la coexistencia de las dos formas de matrimonio (el canónico y el civil), hallándose redactada aquella Base de manera análoga al vigente artículo 42 del Código.

Matrimonio civil.

Como es natural, cuando el casamiento es de esta última clase el Juez representa un papel substantivo, puesto que ante él ha de ser contraído, dando fé de su celebración y procediendo a la inscripción del mismo en el Registro, según las normas de los artículos 86 y siguientes del Código. Se comprende que no puede prescindirse de su presencia, porque encarna la autoridad pública destinada a solemnizar y autentizar el acto, y en su ausencia no hay matrimonio, como preceptúan igualmente el artículo 94 del Código italiano y el 191 del francés, si bien este último se limita a conceder una acción de nulidad, pero los tratadistas, como Colin et Capitant, son más severos en la aplicación de la Ley y declaran inexistentes tales uniones.

Las mismas facultades están atribuídas a los Cónsules y Vicecónsules cuando se trate de matrimonios contraídos por españoles en el extranjero, siendo nulos los que se celebren ante las autoridades civiles del país en cuestión, conforme dispusieron las sentencias de 1.^o de mayo de 1919 y 26 de abril de 1929. Y si se trata de matrimonio contraído a bordo y en peligro de muerte, los Contadores de los buques de guerra o los Capitanes de los mercantes harán las funciones de Juez municipal.

Matrimonio canónico.

Siendo canónico el matrimonio, también la autoridad civil tiene su intervención, tendente en su mayor parte a evitar los matrimonios clandestinos, ya condenados por nuestra legislación histórica y repudiados por el Concilio de Trento y el Capítulo I, Título VII, Libro III del Codex Iuris.

El precepto se halla consignado en el artículo 77 de nuestro Código y representa la transacción, como hemos dicho, entre las dos teorías antagónicas que examinamos, limitada la intervención del Juez a efectos de que pueda anotar el matrimonio en los Libros del Registro, por cuyo motivo se considera como un simple trámite administrativo, conforme dispone la Sentencia de 15 de febrero de 1928, siendo de advertir que su cumplimiento no afecta a la validez del matrimonio sino a las consecuencias civiles que el mismo deba producir, las cuales habrán de computarse desde el día de la inscripción del acto en el Registro, aunque la referida Sentencia de 15 de febrero de 1928 dice otra cosa, afirmando que esos efectos se producen desde la fecha del matrimonio, lo que nos parece opuesto a la letra y al espíritu de la Ley, confirmada a su vez por la Sentencia de 26 de abril de 1929, acaso demasiado severa en otros particulares.

Sobre esta materia deben tenerse presentes: la Sentencia de 3 de marzo de 1892, en la que se dice que la omisión de la inscripción en el Registro solo perjudica a los interesados, permaneciendo válido el acto no obstante la ausencia de tal formalidad; la de 26 de febrero de 1896, por la que se aclara que la omisión de las formalidades civiles previstas para el matrimonio canónico no le atribuyen el carácter de secreto ni perjudican más derechos que los de aquéllos que las infringieron; las Resoluciones de 13 de diciembre de 1903 y 12 de junio de 1904, en las que se dispone que las facultades del Juez municipal se limitan a recibir el aviso de los cónyuges y concurrir a la celebración del matrimonio canónico, a fin de levantar el acta oportuna; y la Resolución de 1.º de agosto de 1906, donde se dice que en la celebración del matrimonio canónico el Juez municipal no representa otro papel que el de testigo del mismo.

Finalmente, lo expuesto ha de relacionarse con lo que se dispone por el mismo Código Civil para los llamados matrimonios secretos o de conciencia, de los que nos ocuparemos en párrafo aparte.

Matrimonios secretos.

Constituye este tipo de matrimonio una excepción dentro de las prácticas del Derecho tanto canónico como civil, puesto que ambas potestades están interesadas en obtener la máxima publicidad del acto, según el criterio sustentado desde la época del Concilio de Trento. A tales efectos, en el Capítulo I de la Sesión XXIV se declaran nulos los matrimonios que no se celebren ante Párroco propio y dos testigos.

La legislación medieval ratifica el contenido de aquella disposición, que aparecen en nuestros Códigos desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima.

De tal manera, la Ley I, Título I, Libro III de dicho Fuero, consigna que «el casamiento se haga concejaramente, é non a furto, de guisa que si fuere menester se pueda probar por muchos». El Código de Partidas reitera esta exigencia en su Ley V, Título II de la Partida IV, consignando que «debe facerse manifestamente, porque se pueda probar, e non encubierto»; y, por último, la Ley V, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación, correspondiente a la Ley 49 de Toro, prohíbe en forma terminante los llamados matrimonios clandestinos, castigando a los cónyuges y a cuantas personas intervengan en el acto con la confiscación de sus bienes, teniéndose por motivo bastante para que los padres puedan desheredar a sus hijos.

El matrimonio secreto o de conciencia no es propiamente un matrimonio clandestino, cuya nulidad sería terminante, sino el mismo matrimonio general, aunque reducido en sus formalidades.

En todo caso, se precisa la asistencia de dos testigos que firmen el acta juntamente con los desposados, y, desde luego, la bendición del Sacerdote (cánones 1.104 y siguientes), pues de la presencia de éste solo podrá prescindirse en las hipótesis previstas por el Canon 1.098, según veremos al tratar del Derecho Canónico.

La autorización para contraer este género de matrimonio la encontramos en la Bula de Benedicto XIV, titulada «Santis vobis», dada en 1741, estando permitido únicamente en los casos en que

medie causa grave y urgente, conforme establecen los Cánones 1.004 y 1.107 del Corpus. Por vía de ejemplo se cita la hipótesis de que los cónyuges vivan ya en concubinato, siendo tenidos públicamente por casados.

El Obispado llevará un libro secreto al que se trasladarán las actas de estos matrimonios, respecto a los cuales quedan dispensados los cónyuges de toda formalidad (artículo 79), no siendo necesarios, por consiguiente, ni el anuncio al Juzgado ni la asistencia del Juez al acto, al que se le niegan efectos civiles mientras la partida sacramental no se inscriba en el Registro, salvo que los interesados remitan a la Dirección General para su anotación una copia de la referida partida.

La nota permanecerá secreta, y solo más adelante y a instancia de los cónyuges se dará traslado al Juzgado municipal correspondiente, pues, mientras, debe permanecer secreto el matrimonio, de acuerdo con la Sentencia de 25 de mayo de 1928. Esto no obstante, la misma Sentencia admite la posibilidad de quebrantar el secreto por el Prelado diocesano, cuando nazca prole sin que los padres le atribuyan la condición jurídica que le corresponda.

DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS

¿A quién corresponde en cada caso denunciar la existencia de impedimentos entre los futuros esposos, y cómo debe formularse esta denuncia?

Tratándose de matrimonio civil hallamos respuesta a estas preguntas en los artículos 98 y concordantes del Código, donde se dice que: «Todos aquéllos a cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio, están obligados a denunciar cualquier impedimento que les conste».

Según los párrafos siguientes la denuncia se pasará al Ministerio Fiscal, quien, encontrando fundamento para ello, formalizará su oposición al futuro enlace. Solo los particulares que tengan interés en impedir el matrimonio pueden formalizar por sí mismos la oposición de referencia, sustanciándose ésta, lo mismo en uno que en

otro caso, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento para la tramitación de los incidentes, cuya regulación se encuentra en los artículos 749, 840, 846 y 887 y sucesivos de la mencionada Ley.

Completando el precepto del Código Civil reproducido tenemos el artículo 89 del mismo Cuerpo legal, en el que se ordena al Juez municipal correspondiente, o sea al del domicilio de los futuros cónyuges, conforme a los artículos 86 y 88, que fijen edictos o proclamas por espacio de quince días, anunciando al público la pretensión de los interesados con todas sus circunstancias personales y las de sus padres (artículo 86), y requiriendo a los que tengan noticia de algún impedimento para que le denuncien. Las mismas disposiciones se encuentran en los artículos 70 y siguientes del italiano y en los 192 y concordantes del francés.

Los edictos de referencia se mandarán a los Jueces municipales de los pueblos en que hubiesen residido los contrayentes en los dos últimos años, con encargo de que los fijen en el local de su audiencia pública por espacio de quince días, y de que, transcurridos que sean, los devuelvan al Juez remitente con nota de lo que resulte.

Cuando se trate de militares, los últimos edictos pueden ser substituídos por una certificación de soltería expedida por el Jefe del Cuerpo armado a que pertenezcan (artículo 90). Y si fueran extranjeros y no llevasen dos años de residencia en España, acreditarán que en el país donde tuvieron su residencia durante aquel tiempo se ha hecho, en la forma prevista por sus leyes, la publicación del matrimonio que intentan contraer (artículo 91.)

Alegados los impedimentos y hecha la sustanciación y depuración de los mismos según las reglas de la Ley de Enjuiciamiento a que hemos hecho referencia, la sentencia que recaiga puede reconocer la existencia de aquéllos, en cuyo caso se suspenderá la celebración del proyectado matrimonio, o pueden declararse falsos o inexistentes, en cuya hipótesis el denunciante quedará sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios causados, a tenor de lo previsto en el artículo 99 del Código.



Acción de nulidad

Más puede ocurrir igualmente que no obstante la publicación del matrimonio que se piensa contraer haya éste permanecido ignorado para quienes debían denunciar los impedimentos que se oponían a su celebración, como puede suceder que esos impedimentos sean de tal naturaleza que consistan precisamente en la imposibilidad de denunciarles, según sucede en los casos de raptó, miedo, coacción, etcétera, etcétera.

Se autoriza entonces por el Código la acción de nulidad, aplicable a la totalidad de los casos que quedan enumerados, con excepción de los correspondientes a la viuda o a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo y que hayan contraído segundas nupcias antes de transcurrir el término legal, o a los menores o mayores de edad que se casaren sin el concurso de la licencia o consejo. La acción de referencia aparece otorgada por el artículo 102 del Código a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona que tenga interés en ella.

Se exceptúan: 1.º Los casos de raptó, error, fuerza o miedo, en los cuales la acción sólo podrá ser ejercitada por el cónyuge que los hubiese sufrido, teniendo en cuenta, además, que según la doctrina del Derecho canónico el varón nunca se considera raptado; y 2.º En los de impotencia, en que la acción sólo corresponde a los cónyuges y a las personas que tengan interés en la nulidad.

Efectos de la nulidad.

Sobre esta materia hemos de distinguir según se trate de matrimonios canónicos o civiles. Los efectos de este tipo, aun siendo canónica la unión, solamente pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios, conforme preceptúa el artículo 67 del Código en relación con el 82; pero el conocimiento de la demanda principal corresponde a las respectivas Autoridades, de acuerdo con la distinta naturaleza del matrimonio cuya nulidad se pretenda. Lo establece así el artículo 80 del referido Código, cuyos precedentes se hallan en el Canon XII de la Sesión XXIV del Concilio de Tren-

to y en el artículo 2.º del Decreto de 6 de diciembre de 1868. En el mismo sentido se hallan redactadas la Ley VII, Título I, Libro III del Fuero Real y la VII, Título X de la Partida IV.

De todas formas, aun incoada la demanda de nulidad o divorcio ante un Tribunal eclesiástico, únicamente compete al civil dictar las medidas referidas en el artículo 68 del Código, conforme aparece dispuesto en el 81.

Estas medidas se refieren a la separación de los cónyuges, al depósito de la mujer, al cuidado de los hijos, a la fijación de alimentos y a la adopción de las medidas necesarias para evitar que el marido, si fuere el culpable de nulidad o divorcio, pueda perjudicar a la esposa en la administración de sus bienes.

Sin embargo, sobre esta materia debe tenerse presente la doctrina que se contiene en los cánones 1.128 y siguientes del Corpus. En principio, en efecto, los cónyuges están obligados a vivir juntos, por ser éste un requisito indispensable para la procreación; pero en caso de adulterio en que no medie consentimiento o perdón, (Canon 1.129), el cónyuge inocente puede interrumpir la vida en común por su propia iniciativa y sin necesidad de que exista Sentencia u otro género de mandamiento de autoridad competente.

El conflicto puede surgir en estos casos por aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1942, en el supuesto de que uno de los cónyuges, casado canónicamente, se niegue a cumplir sus deberes de convivencia y mutuo auxilio en tanto no se haya formalizada la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio en su caso.

La legislación civil niega efectos a la canónica en este punto, y el Derecho Canónico, por su parte, hace caso omiso del Código, porque parece que no obstante la conveniencia y hasta el propósito de llegar a un acuerdo, las dos legislaciones se manifiestan dispares y con defensa de su propio fuero.

Así puede darse el fenómeno de matrimonios civiles válidos que sean nulos para la Iglesia y recíprocamente, como puede ocurrir que esta misma nulidad, aun aceptada por el Derecho civil, no

produzca efectos de tal clase por no haberse pedido la aplicación de la Sentencia eclesiástica ante los Tribunales ordinarios, de conformidad con lo que previene el artículo 82 del Código.

Por tales motivos ha de tenerse en cuenta muy singularmente la distinta naturaleza del matrimonio contraído, pues cuando es mixto (y esa es su calificación en nuestro derecho) se establece una interferencia entre ambas potestades, la canónica y la civil, que nos obligan constantemente a la consulta para poder emitir juicio seguro sobre el tema que sometan a nuestro dictamen.



Dictada la Sentencia de nulidad se procederá a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 70 y siguientes del Código respecto al cuidado de los hijos y a la administración de los bienes, los que se repartirán como en el caso de disolución por muerte, con la salvedad de que el cónyuge que hubiera procedido de mala fé, si es que ésta no fuese compensada, perderá su derecho a los gananciales.

Respecto a las personas de los esposos nada dice el Código, pero es indudable que el matrimonio nulo se considera inexistente (salvo los efectos civiles que produce con relación al inocente y a sus hijos), por cuyo motivo se encontrarán aquéllos en circunstancias de libertad para contraer nuevas nupcias, toda vez que las primeras no tuvieron existencia legal.

Nada tiene de extraño que el Código no se ocupe de este medio de disolución en el artículo 52, porque en este artículo se habla de matrimonio, y en los casos de nulidad falta el presupuesto inicial, ya que el matrimonio no existe.

En el Derecho canónico el problema aparece tratado en los cánones 1.133 y siguientes, y se relaciona con la convalidación del vínculo, de que vamos a ocuparnos; pero antes dedicaremos unas líneas a la legislación promulgada por el Gobierno Nacional en su deseo de resolver los problemas creados por virtud de la Ley republicana de 2 de marzo de 1932.

Ley de 12 de marzo 1932 y conflictos a que dió lugar.

Esta Ley, que introdujo el divorcio vincular en España de acuerdo con lo previsto en su artículo once, originó, como consecuencia de los nuevos matrimonios contraídos a su amparo sin estar legítimamente disueltos los anteriores, una serie de inextricables situaciones de hecho y de derecho, aún agravadas al negar la República efectos civiles a los enlaces canónicos que se contrajesen bajo el imperio de su legislación, conforme preceptuaron la Ley de 28 de junio de 1932 y la Orden publicada el 22 del mismo y año.

Para rectificar tal estado de cosas se dictaron al advenimiento del Gobierno Nacional: la Ley de 12 de marzo de 1938, por la que se deroga la del matrimonio civil, anteriormente citada, a la que se califica como «una de las agresiones más alevosas cometidas contra los sentimientos católicos de los españoles», y se conceden efectos civiles a los matrimonios de esta última clase celebrados durante la vigencia de la República, siempre que las partidas Sacramentales se inscriban en el Registro en el plazo señalado por dicha Ley (60 días); plazo ampliado por las Ordenes de 22 de abril y 9 de septiembre de 1939, así como por las de 9 y 31 de diciembre del 40; y la Orden de 22 de marzo de 1938, por la que se declara que el artículo 42 del Código impone terminantemente el matrimonio canónico a cuantos profesen esta Religión, hallándose ratificado tal criterio por la Orden de 10 de marzo de 1941, donde se determinan los requisitos que deben concurrir para que quede acreditada la acatolicidad de los cónyuges que intenten contraer otro tipo de matrimonio.

En otro orden de cuestiones, o para la resolución de las planteadas al rectificar la legislación republicana, se dictó la Ley de 23 de septiembre de 1939, por cuya virtud se decreta la nulidad:

1.º De las Sentencias firmes de divorcio dictadas por los Tribunales civiles sobre matrimonios canónicos, declarándose dicha nulidad a instancia de los interesados, hayan éstos o no contraído nuevo matrimonio; y

2.º De los matrimonios civiles celebrados por personas casadas antes canónicamente, pudiendo decretarse igualmente su invalidez a petición de las partes y sin más fundamento que su deseo de restablecer la vida moral.

Al propio tiempo se reconoce plena eficacia jurídica a las Sentencias dictadas sobre nulidad de matrimonio o divorcio por los Tribunales Eclesiásticos, y se ratifica el Decreto de 2 de marzo de 1938 respecto a la práctica de las diligencias preliminares o preventivas que establecen los artículos 68 y 69 del Código.

Con todo esto se vuelve al sistema general de Derecho contenido en nuestro primer Cuerpo de Leyes, quedando cerrado el paréntesis abierto por la legislación que se dictó en el período de la República.

Ahora, respecto a los efectos jurídicos que produce la declaración de nulidad de los matrimonios que los cónyuges repitieron o de los celebrados por personas sobre las que pesaba algún impedimento legal, rige, como hemos dicho al comienzo de este trabajo, el principio de la buena fé; y así, la Ley de 12 de marzo de 1938 establece que los matrimonios de los «ordenados in sacris o de los profesos en una Orden religiosa», no dispensados canónicamente, determinarán todas sus consecuencias respecto al cónyuge inocente y a sus hijos, criterio que aparece extendido por la Ley de 23 de septiembre a los demás casos, por cuanto establece que «los hijos gozarán de la condición jurídica que tuviesen al pronunciarse la disolución del vínculo».



Tras este inciso proseguiremos el estudio general de la materia, pasando a tratar de la

CONVALIDACION

Conviene aclarar, en efecto, que el matrimonio civil se convalida si los esposos viven juntos durante seis meses después de haberse desvanecido el error, cesado la violencia o concluída la causa

del miedo, o si recobrada la libertad por la persona robada no hubiese ésta interpuesto su demanda durante dicho plazo. Llamamos nuevamente la atención del lector sobre el precepto del artículo 112 del Código italiano, que permite la convalidación del matrimonio del demente, cuando los esposos viven tres meses juntos después de haber sido revocada la interdicción.

También ha de tenerse en cuenta la posibilidad de dispensa para hacer desaparecer el impedimento, que, en principio, imposibilitaba la celebración del proyectado matrimonio.

Distingue en este sentido el Código Civil entre impedimentos cuya naturaleza es tal que levantan un obstáculo infranqueable entre los cónyuges, no pudiendo por nada ni por nadie ser revocados, e impedimentos que crean dificultades accidentales que la ley puede remover a instancia de parte (artículo 85).

Es ésta una clasificación análoga a la establecida por el Derecho canónico, donde también existen impedimentos dirimentes que anulan el matrimonio, e impedientes, que integran una prohibición de celebrarle, pero que dan el enlace, una vez celebrado, por perfecto, no obstante la interdicción legal.

De esta última especie no hay en el Código Civil más impedimento propiamente dicho que el previsto en el número 1.º del artículo 83 (matrimonio de impúberes), pues en todos los demás casos o la dispensa se obtiene como requisito previo o el matrimonio cae bajo la sanción de nulidad impuesta por el artículo 101.

Tal es la verdadera hermenéutica de la ley, aunque no encontramos dificultad alguna para aplicar igual criterio al matrimonio contraído por el raptor con la robada, así como a los que se celebren mediando error, fuerza o coacción, pues no pudiendo ser pedida la nulidad, según hemos visto, más que por el cónyuge raptado o por el que sufrió los vicios del consentimiento, bastará que éste no interponga su demanda para que el matrimonio prevalezca y se repute válido.

Esta teoría aparece sancionada de modo expreso por la Ley XV, Título II de la Partida IV, si bien esta disposición exige que el cón-

yuge favorecido por la acción de nulidad del vínculo «otorge éste», es decir, preste su consentimiento aun después de consumado el acto.

Es lo que se llama en Derecho canónico «revalidación del matrimonio», por cuya virtud, contraído aquél mediando un impedimento dirimente, se requiere una vez cesado o dispensado el mismo, que preste de nuevo su autorización el cónyuge que le conocía, aunque en principio le hayan prestado los dos y ninguno de ellos se haya retractado posteriormente (Canon 1.113).

Sobre este particular volveremos a insistir al estudiar los impedimentos en el Derecho canónico.

IMPEDIMENTOS POR EL DERECHO CANONICO

La analogía entre el Corpus y el Código Civil que hemos venido señalando, es más perfecta cuando se observa que de los impedimentos que uno y otro establecen algunos tienen carácter de absolutos y los demás pueden ser objeto de liberación o redención.

Al primer grupo pertenecen:

1.º *La impubertad.*

En canónico, sin embargo, prevalecía el matrimonio caso de que hubiera mediado ayuntamiento, según el Capítulo VI de las Decretales de Gregorio IX. «De sponis impb». En la actualidad rige el canon 1.067, que exige la edad de 16 y 14 años cumplidos, según los sexos, pero recomendando en su párrafo segundo se procure retrasar lo más posible la fecha del matrimonio.

2.º *La enajenación mental.*

Ya hemos expresado las razones y reseñado las leyes que tratan de esta materia.

3.º *La impotencia.*

Se hallan sus precedentes en las Leyes III y VII, Título VIII de la Partida cuarta, confirmadas por el Canon 1.068, sea la impotencia

de ambos o de uno solo de los cónyuges, absoluta o relativa, patente u oculta, pero siempre anterior al vínculo conyugal.

En cambio, la impotencia consiguiente y la antecedente temporal no dirimen el vínculo; en el primer caso, porque aquél tuvo su validez en un momento, y, por consiguiente, debe ser respetado para lo sucesivo; y en el segundo, porque siendo corregible el defecto, basta que esto se haga para que el matrimonio pueda satisfacer el fin para el cual se instituyó: la procreación.

Torrubiano opina que cuando la impotencia es absoluta y antecedente por parte de ambos cónyuges debe ser permitido el matrimonio; pero fundamenta esta opinión en motivos sentimentales, no jurídicos, razonando que no es justo impedir a quienes así se encuentran el auxilio que supone el matrimonio mediante la vida en común de los esposos.

Conviene no confundir la esterilidad con la impotencia, puesto que aquélla no impide el vínculo conyugal, aunque prácticamente queden defraudados los fines específicos del matrimonio. Así lo establece el número 3.º del artículo 1.068 del Códex, advirtiendo el número anterior que cuando la impotencia es dudosa, vale el matrimonio.

Sobre la actitud de nuestro Derecho positivo en relación a esta materia ya hemos consignado los antecedentes del Fuero Juzgo y la Jurisprudencia, contraria, de nuestro Tribunal Supremo.

4.º *Los votos solemnes de castidad.*

Sin perjuicio de las leyes civiles que reprodujimos oportunamente, se ocupan de esta materia el Capítulo IX, Sesión XXIV del Concilio de Trento, y actualmente el Canon 1.058.

Abarca este impedimento el orden sagrado del presbiteriado, el diaconado y el subdiaconado en la Iglesia de occidente, y el presbiteriado y diaconado en la griega. Lo mismo sucede con los votos solemnes, e incluso con los *votos simples* de los profesos en la Compañía de Jesús (C. 1.073).

La prohibición es considerada de Derecho eclesiástico, y, por lo tanto, dispensable, como ha hecho algunas veces la Iglesia, aunque hoy los preceptos sobre la materia son terminantes (Canon 1.072). Algunos autores suponen que la primera Epístola de San Pablo a Timoteo (Romanos III, 2 y 12) autorizaba el matrimonio de los eclesiásticos.

Cronológicamente la prohibición empieza a ser recogida por el Canon XXXIII del Concilio de Elvira, celebrado el año 305, siendo ratificada por el Canon I del Concilio Neo-Cesarense, del año 314, y vuelta a confirmar por el Canon III del Concilio de Roma, reuniendo el año 402.

El concilio Mecón, celebrado el año 581, llevó su preocupación contra las mujeres a términos tan absolutos que prohibió toda convivencia con ellas a los eclesiásticos, salvo que se tratase de abuelas, madre o hermanas y la convivencia fuese indispensable; criterio que reitera el Concilio de Metz (año 888) y halla su legislador en el Papa Alejandro III, quien, en 1159, declara incompatible el estado conyugal con los beneficios eclesiásticos. Fué lo mismo que preceptuó en 1563 el Concilio de Trento en su Sesión XXIV, al declarar anatema la presunción de que el estado matrimonial fuese preferible al de virginidad o celibato.

5.º *El vínculo matrimonial anterior.*

Sobre este impedimento están contextes todas nuestras leyes históricas (excepción hecha de la del Fuero, más arriba reseñada), imponiéndose por su virtud el principio de monogamia absoluta establecido por el Canon II del Concilio de Trento y ratificado por el 1.069 del Corpus.

Pero existen casos especiales en los que, aún disuelto el matrimonio anterior, que parece ser el único obstáculo que se opone a la celebración de otro nuevo, éste no puede realizarse mientras no conste claramente la nulidad o disolución del primer vínculo; y aun otros casos en que declarada la disolución oficialmente y celebrado nuevo matrimonio, el primero recobra su fuerza, como

ocurre en el caso de supuesta muerte, si es que el cónyuge vuelve a aparecer.

Sabemos, en efecto, que la ausencia no produce de por sí la disolución del vínculo, según la Iglesia, aunque las legislaciones positivas han establecido diversos criterios sobre el particular. Sin embargo, cuando esa ausencia lleva implícita la presunción de muerte, la situación cambia, porque la muerte pone por antonomasia fin al matrimonio.

A tales propósitos obedecen las Instrucciones dadas en 1868 por el Santo Oficio, en las que se aconseja proceder con la mayor cautela en tan delicado asunto, exigiendo certificado de defunción o declaración de testigos, incluso de referencia, apelando a la prensa, etc., pero, en todo caso, adquiriendo convencimiento material, o al menos moral, de que la persona de que se trata ha muerto.

No obstante esto, resulta claro que si el cónyuge a quien se supuso difunto vuelve a comparecer, su matrimonio prevalecerá por encima del celebrado por el otro cónyuge en su ausencia, contrariamente a lo que hemos visto ocurría en la legislación de algunos Estados.

6.º *El parentesco en línea directa por consanguinidad o afinidad legítima o natural.*

Quedan señalados los antecedentes de esta disposición, que hallamos confirmada por el Concilio de Trento, Capítulo VIII de su Sesión XXIV, y en la actualidad por el Canon 1.076.

7.º *El parentesco en línea colateral o por consanguinidad legítima hasta el tercer grado.*

Desde el punto de vista del Derecho canónico este impedimento ha experimentado una gran evolución, pues, sin llegar a la promiscuidad de sexos, admiten los canonistas que en los orígenes del mundo hubo de estar permitido el matrimonio entre hermanos, ya que en otro caso hubiese sido imposible la perpetuación

de la especie sobre la base de una primera y única pareja procreadora. Algo hemos dicho antes de ahora sobre la evolución histórica de este impedimento, pero hemos de procurar completarlo.

En el Génesis (Capítulo XX), vemos a Abraham casado con su sobrina carnal Sahara, y en el Libro Números (Capítulo XXVI) a Anran, padre de Moisés, contraer matrimonio con su tía Jacobat, hija de Leví, abuelo a su vez de Anran.

Moisés, en el Capítulo XVIII del Levítico, prohíbe el matrimonio entre padres e hijos y abuelos y nietos, así como entre hermanos y entre tía paterna y sobrino, pero no entre tío y sobrina, como acredita el vr. XIII del Capítulo I. En cambio, autoriza y aún recomienda el matrimonio entre los demás parientes colaterales, atendiendo a la conservación de la pureza de la raza.

El mismo criterio mantuvo la Iglesia en sus primeros siglos, no resultando prohibidos los matrimonios en segundo grado colateral, o sea entre primos carnales, conforme nos enseña el Capítulo XVI, Libro XV «De civitate», de San Agustín; pero sí los celebrados entre tío y sobrina, contrariamente al criterio que hemos visto sostenido por el Levítico. Lo expuesto se deduce de la ley de Teodosio, «De incestis nupciis», Libro III, Título XIII.

La materia no quedó entonces completamente definida, y desde el siglo VII en adelante fué objeto de grandes reformas, prohibiéndose primero el matrimonio entre parientes del séptimo grado, conforme acreditan una carta de Gregorio II a Bonifacio, escrita el año 731, y el Senado de Worms, de 1888, con las excepciones correspondientes a ingleses y germanos, quienes podían casarse hasta el cuarto grado de parentesco entre sí. Este sistema fué el que prevaleció con carácter general en el Concilio de Letrán, celebrado en 1215 bajo la dirección de Inocencio III, en cuyo sentido está redactado el Canon 50 de aquella reunión.

El Códex vigente ha dado un paso más, y solo prohíbe el matrimonio hasta el tercer grado. Pero en realidad, *por derecho natural únicamente es inválido el matrimonio entre padres e hijos, pues respecto a*

los demás puede, y así ha ocurrido algunas veces, otorgarse dispensa.

8.º *El parentesco entre el padre o la madre adoptante con el adoptado entre éste el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.*

Se sigue aquí el mismo criterio que en el Derecho civil, al cual se adaptará la legislación canónica de cada pueblo. Cabe su dispensa, por no ser impedimento de derecho natural. (Canon 1.059).

9.º *La sentencia que condene a los futuros esposos como adúlteros.*

En todo caso, el adulterio ha de ser verdadero, estando uno de los culpables, cuando menos, casado; *formal*, esto es, que se conozca por los protagonistas el delito que cometen (requisito semejante al que exige nuestra legislación para condenar al que yace con mujer casada), y consumado.

Más aún; se requiere que la promesa de matrimonio que medie entre los adúlteros sea mutua, o lo que es lo mismo, dada y aceptada por ambos culpables, teniendo lugar la promesa y el adulterio dentro de un mismo matrimonio legítimo, de tal forma, que si uno de los cónyuges adultera sin prometer nada y después enviuda y se casa con tercera persona, y durante este nuevo matrimonio contrae la promesa, pero sin adúlterar, este matrimonio es válido. En cambio, cuando la promesa y el adulterio son simultáneos, surge el impedimento entre los interesados.

Se permite la dispensa (Canon 1.040), aunque no si medió conyugicidio, de acuerdo con el núm. 2.º del Canon 1.080.

10.º *La Sentencia que les condene como autores o como autor y cómplice de la muerte de cualquiera de los esposos.*

Se requiere en el derecho canónico que el parricidio quede consumado, no bastando se causen heridas graves, salvo que como consecuencia de ellas se ocasione la muerte, la que, por otra parte, debe ser producida como medio para celebrar el nuevo ma-

rimonio. Hemos visto el sistema que el derecho positivo tiene adoptado sobre este particular.

Cuando existe sólo parricidio y no va acompañado de adulterio, es preciso que medie acuerdo entre los autores del delito y que uno de ellos, por lo menos, lo haya ejecutado para contraer el matrimonio que proyectó.

Además, para incurrir en este impedimento es preciso se trate de bautizados, pues no siéndolo a la fecha del delito, y sí después, pueden casarse sin impedimento alguno.

Fuera de estos casos, mediando la maquinación de conyugicio a que se refiere el número 3.º del Canon 1.080, el impedimento es indispensable, incluso cuando uno de los culpables fué ajeno a ese propósito.

11.º *El error en la persona o la coacción o miedo graves que vicien el consentimiento.*

En este sentido están redactados el Capítulo VI de las Decretales y los Cánones 1.083 y siguientes, si bien el matrimonio se convalida caso de que los interesados no reclamen contra él. (Canon 1.093).

Se considera que también el error en las cualidades de la persona pueda ser causa de nulidad del matrimonio canónico, si es que aquellas cualidades están tan íntimamente ligadas al sujeto que puede decirse afectan a la substancia o identidad del mismo.

A su vez, y para que el miedo invalide el matrimonio, se requiere que sea grave y que mediante él se fuerce a alegir el vínculo como única solución para librarse del peligro que amenaza al interesado.

Se duda si este impedimento es de derecho natural o de derecho positivo, considerando que el miedo, por grave que sea, nunca anula completamente la libertad, quedándole al interesado la facultad de escoger entre el matrimonio o el mal que tema se le pueda producir. En este último concepto, que es el admitido por

los canonistas, el indicado defecto no entraña la nulidad intrínseca del matrimonio.

12.º *El rapto.*

Con referencia al matrimonio civil quedan ya reseñados los preceptos que regulan la situación anormal de la raptada. El Capítulo VI de la Sesión XXIV del Concilio de Trento confirma las mismas reglas, y el Canon 1.074 del Corpus preceptúa que es nulo el matrimonio mientras la raptada esté en poder del raptor, pero no si aquélla recobra la libertad y consiente el enlace.

En esta materia ha de advertirse, como ya hicimos antes de ahora, que tanto la legislación positiva como la eclesiástica se refieren en este impedimento a la mujer, no al varón, a quién nunca se supone raptado, pues el propósito que llevó al legislador a dictar aquellos preceptos ha sido el de proteger la debilidad del sexo, lo que no ocurre tratándose de hombres.

Para calificar el rapto es preciso que exista retención violenta de la mujer, realizada contra su voluntad y con propósito de obligarla a contraer matrimonio. La legislación civil es en esta materia más exigente que la canónica, puesto que según hemos visto aquel tipo de matrimonio se declara nulo aun cuando el rapto se haya verificado por seducción, o con consentimiento de la raptada.

13.º *La falta de Párroco propio y de testigos.*

Así lo establece el Capítulo I de la tan repetida Sesión XXIV del Concilio de Trento y la Declaración de 28 de agosto de 1854. Sin embargo, debe tenerse presente lo dispuesto en el Canon 1.098 del Códex, que concede validez al matrimonio contraído ante dos testigos sin intervención de Sacerdote, siempre que no exista impedimento alguno dirimente y no se encuentre religioso que pueda asistir al acto. Se funda esta excepción en que, como sabemos, los propios cónyuges son los ministros del Sacramento, quedando autorizado para el caso de peligro de muerte, y aún fuera de este peligro («et etiam extra mortis periculum...»), si bien el canon 1.101

recomienda «se cuide de que los esposos reciban la solemne bendición», que solo en Misa puede dárseles.

EFFECTOS DE LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES. — NULIDAD DEL MATRIMONIO

Cuando concurra alguno de los impedimentos expuestos y no se obtuvo para ellos dispensa de los que son disculpables, el matrimonio es nulo, no produciéndose efecto alguno respecto a las personas o bienes de los cónyuges ni de sus descendientes. La unión de aquéllos se considera como libre, no como Sacramento ni siquiera como contrato, y los hijos habidos de tal coyunda tienen la consideración de ilegítimos, sin otro derecho que el de pedir alimentos en los casos previstos en el artículo 130 del Código.

DISPENSA DE IMPEDIMENTOS

En cambio, pueden ser objeto de dispensa, y, por consiguiente, se puede contraer matrimonio aún concurriendo cualquiera de los impedimentos que vamos a señalar.

Derecho civil.—Por el Derecho civil:

- 1.º Los parientes colaterales en tercero y cuarto grado de consanguinidad.
- 2.º Los colaterales por afinidad legítima en cualquier grado.
- 3.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural en cualquier grado.
- 4.º Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, aún subsistiendo la adopción.

La dispensa, mediando causa justa, será otorgada por el Gobierno (artículo 85 del Código), por más que la ley de 28 de julio de 1932 autorizaba al Juez para concederla. Al mismo Gobierno corresponde dispensar a la viuda o a la mujer cuyo matrimonio haya sido declarado nulo para que contraiga nuevas nupcias antes de transcurrir el plazo legal.

Derecho canónico.—Por el Derecho canónico:

1.º Los parientes colaterales en todos los grados, excepto en el segundo, o sea cuando se trate de hermanos, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo V de la Sesión XXIV del Concilio de Trento y en el Canon 1.077. Sin embargo, ya hemos dicho que por derecho natural no es impedimento absoluto el segundo grado, puesto que en otro caso no podría haber dispensado la Iglesia de él, según resulta del Canon 1.043.

2.º Los parientes colaterales por afinidad en todos los grados, conforme nos enseña Lama Arenal.

3.º Los parientes por afinidad espiritual procedente de bautismo, aunque no de confirmación, pues ésta no engendra impedimento alguno. (Canon 1.079, en relación con los 762, 763, 768 y 797).

Además, el Corpus ha restringido la aplicación de los antiguos preceptos, que hoy solo rigen entre el bautizante, el bautizado y el padrino, no siendo aplicables a los padres del segundo.

4.º Los obligados por voto de pública honestidad derivada de esponsales válidos o impedidos por matrimonio rato, haya sido o no consumado.

Su dispensa era excepcional en la antigua disciplina, hoy modificada por el vigente Códex.

No integra este impedimento el concubinato antes del bautismo, ni el matrimonio civil, a no ser que éste tenga caracteres de publicidad.

5.º Los ligados por vínculo de adopción, incluso el padre con la hija adoptiva o la madre con su hijo.

En estos casos será preciso concorra la dispensa civil además de la canónica, pues de lo contrario los contrayentes incurren en la pena de arresto mayor, de acuerdo con el artículo 491 del Código Penal.

Como hemos dicho, no existirá este impedimento en lo canónico allí donde no lo haya para lo civil, puesto que la primera legislación se adapta a la última.



6.º Las personas sobre quienes pese alguno de los impedimentos siguientes:

a) Los esponsales, conforme al Capítulo III, Sesión XXIV del Concilio de Trento y al Canon 1.017. En el derecho positivo se halla recogida esta doctrina por la ley X, Título II, Libro III del Fuero Real y por las leyes VIII, IX y XII, Título I de la Partida cuarta.

El Concilio de Trento dejó limitado el impedimento al grado primero; pero, en todo caso, duraba perpetuamente aún cuando los esponsales fuesen declarados nulós, salvo que lo hubiesen sido por falta de consentimiento.

Entre nosotros, después de haberse adoptado estas reglas, se publicó por Carlos IV, en 10 de abril de 1803, un Decreto por el que se prohibió la admisión de demandas fundadas en esponsales privados, exigiendo el requisito de la escritura pública. Este criterio pasó al Derecho canónico a través del Decreto «Ne Temere», que, a su vez, fué modificado por el Corpus Iuris, puesto que en el referido Decreto, si se negaba valor a los esponsales privados se le concedía a los públicos, con obligación ineludible de casarse.

En la actualidad, el Código Civil español, lo mismo que el italiano, (artículo 54) y el Corpus, solo conceden derecho a una indemnización por incumplimiento de promesa, pudiendo reclamarse indistintamente ante los Tribunales civiles o eclesiásticos, según declaró la Comisión del Código Canónico en Resolución de 2 de junio de 1918.

b) El voto simple de castidad (Decreto, Capítulo VI, Título VI del Libro IV). El párrafo 2.º del Canon 1.058 dice que: «ningún voto simple de castidad anula el matrimonio, a no ser que la anulación haya sido establecida por prescripción especial de la Sede Apostólica». Tal ocurre con los religiosos de la Compañía de Jesús.

Según la doctrina canónica se crea en virtud del voto de referencia una interdicción moral, no jurídica, para el matrimonio y

más propiamente para la consumación del mismo, puesto que aun casado, mientras no se dé la cópula, la castidad perdura.

c) La disparidad relativa de cultos, conforme preceptuó la Bula matrimonial de Benedicto XIV y ratifican los Cánones 1.060 y 1.064.

Quando haya peligro de perversión para el cónyuge católico y para la prole el citado Canon 1.060 considera el impedimento de derecho divino, no eclesiástico, siendo, por consiguiente, irredimible.

d) La ignorancia de la doctrina cristiana, según el Ritual romano y el Con. del Cod., 23 de junio de 1918.

e) La falta de amonestaciones, como dispuso el Canon IV de la Sesión XXIV del Concilio de Trento y ordenan los Cánones 1.019 y siguientes del Corpus.

Esto no obstante, podrá prescindirse de ellas en caso de peligro de muerte si los interesados afirman bajo juramento que están bautizados y no les detiene ningún impedimento, no existiendo indicios en contra. También el Ordinario del lugar podrá dispensar con causa legítima la publicación de amonestaciones aún en Diócesis ajena (Canon 1.028), debiendo celebrarse el matrimonio dentro de los seis meses siguientes, conforme dispone el número 2.º del Canon 1.030.

f) El tiempo «clausum», o sea aquél en que están cerradas las velaciones. Pueden verse sobre el particular el Canon X de la Sesión XXIV del Concilio y los Cánones 1.108 y siguientes del Corpus, así como el Decreto de la Sagrada Congregación de Ritos de 14 de junio de 1918.

El tiempo prohibido abarca desde la primera dominica de Adviento hasta Navidad, ambas fechas inclusive, y desde el Miércoles de Ceniza hasta el Domingo de Resurrección, incluídas también estas dos festividades.

Pero cabe dispensa, conforme al párrafo 3.º del citado Canon 1.108, por los Ordinarios locales, siempre que concurra causa justa para ello, siquiera advirtiendo a los esposos que se abstengan de excesiva pompa.

g) El veto de la Iglesia. (Decreto de Gregorio IX y Cánones 1.038 y 1.039 del Códex). Pío IX estableció en el «Syllabus» la verdadera doctrina sobre el particular, atribuyendo a la Iglesia la suprema potestad de legislar en materia de impedimentos respecto a bautizados, puesto que los demás caen bajo la autoridad civil.

Conforme con estas bases, el Canon 1.039 establece que los Ordinarios locales pueden prohibir el matrimonio a los que de hecho moren en su territorio y aún a los que residan fuera de él si son súbditos suyos, siempre que para ello concurra causa legítima y mientras ésta perdure. Solo la Sede Apostólica puede añadir cláusula irritante al matrimonio prohibido.

El veto tiene, pues, carácter temporal, y transcurrido el tiempo o cesado el motivo por que se estableció, puede contraerse legítimamente matrimonio.

h) El impedimento nacido de viudez o nulidad de matrimonio.

El derecho canónico no establece en este sentido prescripciones análogas a las del derecho civil, limitándose a exigir (número 2.º del Canon 1.069) que conste ciertamente la nulidad o disolución del matrimonio anterior y a elogiar a la que llama «casta viuda», (Canon 1.142); pero las segundas o posteriores nupcias quedan permitidas sin sujeción a término alguno y sin otra limitación que la de impedir que la mujer pueda recibir dos veces la bendición nupcial, de acuerdo con el Canon 1.143.

Lo mismo ocurre con los hijos de familia, sin distinción entre mayores y menores, respecto a los cuales, como hemos visto, el derecho canónico no exige el consentimiento o consejo de los padres, advirtiendo únicamente el Canon 1.034 que el párroco les exhortará a interesar el mismo, no asistiendo en otro caso el matrimonio sin consultar al Ordinario del lugar.

DENUNCIA Y DISPENSA DE IMPEDIMENTOS CANONICOS

Antes de proceder a la celebración del matrimonio, dice el Canon 1.019, que en esta materia coincide con lo previsto para el caso por la legislación civil, deberá constar que nada se opone a la validez y licitud de la unión que se proyecta.

A tales efectos, el Canon 1.023 ordena la publicación de amonestaciones (salvo los casos de dispensa) durante tres domingos consecutivos o días de precepto de la Iglesia, leyéndose en la Misa mayor o en otros actos a los que asista el pueblo en gran número, y pudiendo ser substituídas, a tenor del Canon siguiente, por un anuncio fijado en las puertas de la Iglesia por espacio de ocho días entre los que se cuenten dos festivos de precepto.

Las amonestaciones serán hechas por el Párroco propio, y si alguno de los contrayentes hubiese residido fuera del lugar durante seis meses después de la pubertad, el Párroco expondrá el asunto al Ordinario, el cual exigirá que las amonestaciones se publiquen también allí o se practiquen las diligencias que considere necesarias.

El Canon 1.027 se limita a declarar la obligación de los fieles de denunciar al Párroco o al Ordinario los impedimentos que se opongan a la celebración del matrimonio; pero contra el silencio no existe más que una sanción moral, sin fuerza coercitiva externa, como es lógico. Por lo demás, dicho silencio entraña grave falta, no pudiendo excusarse de romperle por razones de parentesco o de secreto natural, aunque sí de secreto profesional, según estiman los canonistas.

Tampoco se encuentra sanción jurídica en el derecho positivo, en el que la oposición constituye una facultad mejor que un deber, por cuyo motivo la legislación y los tratadistas omiten señalar las consecuencias que pudiera acarrear el matrimonio para el que dejó celebrarle con conocimiento de los impedimentos que le prohibían; y el Código civil francés, más minucioso en esta materia que el nuestro, determina las personas a quienes corresponde la

denuncia según un sistema que está proclamando el carácter de derecho que tiene dicha facultad, llamada precisamente, «derecho» por el artículo 172.

Esto entraña una sensible diferencia entre la legislación canónica y el derecho común.

Lo natural sería que también en este último existiera alguna penalidad para el que silenció el impedimento, respecto a lo cual encontramos algún atisbo en el artículo 183 del Código civil francés, e incluso en la teoría referente a los casos de error, fuerza, miedo, etc., etc.; pero, en general, el asunto está considerado por el Derecho como una prerrogativa del denunciante, quien podrá obrar según le acomode, no obstante la transcendencia pública del matrimonio y los trastornos que habrán de seguirse de la declaración de una nulidad que el mismo produjo o contribuyó a producir con su inhibición.



Réstanos hablar de la dispensa de impedimentos, en los casos en que éstos son dispensables.

Para ello volveremos a distinguir entre impedimentos impedientes, que constituyen una causa ilícita para la celebración del matrimonio, pero que una vez celebrado no producen su nulidad, y dirimentes, que son, por lo contrario, los que además de prohibir el vínculo le anulan, si es que se ha establecido contra la interdicción de la Ley (Canon 1.037).

Los impedimentos canónicos pueden ser de derecho natural, en cuyo caso alcanzan a todos los hombres, estén o no bautizados; de derecho divino-positivo, limitados en su aplicación a las personas para quienes se dictaron, y de Derecho Eclesiástico, que son los que la Iglesia establece para sus súbditos, de acuerdo con la facultad que a la misma compete para legislar sobre esta materia, según el Canon III del Concilio de Trento y el «Syllabus» de Pío IX.

Todo esto, sin perjuicio de los llamados impedimentos civiles que las autoridades del mismo nombre pueden crear y que son aceptados o no por la Iglesia, según los casos. Como impedimento típico de esta clase tenemos la adopción, que en unos países se considera como impedimento y en otros no.

Para la dispensa se distingue entre impedimentos de grado mayor y menor, conforme preceptúa la Constitución «Sepienti Consilio», promulgada por Pío X en 1908, teniendo en cuenta la reforma que en tal sentido estableció el Corpus Iuris, donde se reducen buen número de los impedimentos considerados antes de grado mayor.

El Canon 1.042 del Corpus los define de modo indirecto o por exclusión, determinando expresamente los menores y añadiendo en su último párrafo que «son de grado mayor todos los demás».

Son menores: la consanguinidad en tercer grado colateral; la afinidad en grado segundo en la misma línea; la honestidad pública en grado segundo; el parentesco espiritual, y el crimen de adulterio con promesa o intento de matrimonio.

AUTORIDAD DE QUIEN DEBE PEDIRSE LA DISPENSA CANÓNICA Y ALCANCE DE LA MISMA

En principio, la dispensa de impedimentos solo corresponde a la Santa Sede, salvo que por derecho común eclesiástico o por especial indulto se conceda ese privilegio a otra autoridad. Tal ocurre en España, donde las dispensas públicas para los grados tercero con cuarto y cuarto solamente, pueden ser interesadas de la Nunciatura establecida en Madrid.

Así mismo, debe tenerse presente lo establecido por el Corpus para los casos de peligro de muerte, en los cuales puede dispensar el Ordinario del lugar, de idéntica forma que el Párroco o el Sacerdote que asistan al acto, e incluso el confesor, aunque éste únicamente en el fuero interno.

Alcance.

La dispensa alcanza a todos los impedimentos que procedan del Derecho eclesiástico, igual sean simples que múltiples, públicos que privados, con excepción de los que procedan del presbiterado y de la afinidad en línea recta, conforme a las reglas dictadas para el caso por León XIII en 1888, cuya confirmación se encuentra en los Cánones 1.043 y siguientes, donde se extienden a las hipótesis en que no existiendo peligro de muerte el matrimonio no pueda aplazarse por estar todo dispuesto para él o temerse grave peligro del aplazamiento.

La solicitud de dispensa ha de fundarse en causa legítima, cuya enumeración está hecha con gran amplitud de criterio (legitimación de la prole, indigencia de la mujer, conveniencia de evitar el escándalo, necesidad de conseguir la armonía de las familias, etcétera, etcétera); pero el impedimento que quiera redimirse debe ser señalado con toda exactitud en la instancia, porque el error en que se incurra anula la dispensa.

La solicitud se dirigirá por medio del Obispo a la Santa Sede, como queda dicho, elevándose a la Sagrada Penitenciaría o a la Sagrada Congregación de ritos, según se trate de impedimentos ocultos o no. Cuando el impedimento es doble, se pedirá primeramente la dispensa del oculto y luego la del otro.

A la Congregación del Santo Oficio compete la dispensa de los impedimentos calificados de disparidad de cultos y religión mixta.

Dichas dispensas, cuando procedan, son otorgadas gratuitamente, como ya dispuso el Concilio de Trento; pero es práctica remunerarlas por medio de limosna de la que están exentos los pobres, de acuerdo con la Bula dada por Benedicto XIV en 1754, reiterada por Decreto de la Sagrada Penitenciaría de 20 de enero de 1904.

CONVALIDACION DEL MATRIMONIO CANONICO EN QUE HUBO IMPEDIMENTOS

Hemos hablado anteriormente de la convalidación del matrimonio civil, con algunas alusiones al canónico. Veamos ahora especialmente lo que ocurre en éste.

La doctrina del Derecho canónico es bastante distinta a la del civil sobre el mismo punto.

Lo primero será distinguir la clase de impedimento que medió, pues si es de Derecho natural o divino el matrimonio no puede ser convalidado. Tal acontece con los celebrados en línea directa hasta el infinito.

Por lo contrario, si el impedimento es de Derecho positivo o eclesiástico, puede convalidarse el matrimonio, ya por haber cesado aquél o ya por haberse obtenido dispensa para el mismo (Canon 1.133); pero se precisa la *renovación del consentimiento*, por lo menos de parte de quien conocía el obstáculo, aunque los dos cónyuges hayan prestado su aprobación en momento oportuno sin retirarla más tarde (párrafo 2.º del Canon 1.133). Esto ha de entenderse con la excepción que supone la titulada «sanación en raíz», regulada por los Cánones 1.138 y siguientes, cuando en el caso medie dispensa de la ley que exige la precitada renovación.

Esta renovación es un nuevo acto de voluntad, pero sus particularidades varían según las circunstancias. Si una de las partes no consintió bastará que consienta posteriormente, siempre que la otra persevere en su actitud de origen; y según sea interna o externa la reserva de voluntad que se hizo en su día, así habrá de ser la nueva manifestación volitiva que se haga.

De la misma forma; si el impedimento es público, pública debe ser la renovación del consentimiento, y si privado u oculto, basta que los interesados ratifiquen de la misma manera el propósito que expusieron antes de la convalidación.

Es de esencia advertir que en el Derecho canónico no existe la

renovación tácita, como ocurre en el civil. Así, el Canon 1.067 declara inválido el matrimonio contraído por menores de 14 y 16 años respectivamente, sin que exista reserva alguna para los casos en que la mujer viva con su marido un día después de haber llegado a la pubertad o conciba antes de ese plazo o de haber entablado su reclamación. Y en cuanto al rapto, tampoco es suficiente que la raptada recobre su libertad, sino que es preciso sea depositada en lugar libre y seguro y vuelva a prestar su consentimiento (Canon 1.074). Mejor dicho, que preste el consentimiento por primera vez, ya que el anterior no produjo efecto alguno.

Lo mismo acontece con el error, el miedo o la fuerza, respecto a cuyos defectos no está admitida la convalidación tácita (Cánones 1.083 y 1.087), contrariamente a lo que preceptúa nuestro Código civil (artículo 102), en relación con el 181 del francés y los 108 y siguientes del Código italiano.

Sin embargo, sobre este particular debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Canon 1.093, del que nos ocupamos en lugar oportuno.

La convalidación o revalidación otorga efectos al matrimonio desde el momento en que es obtenida la gracia (número 2º del Canon 1.138), y no antes, ya que una cosa no puede ser nula y válida al mismo tiempo, y declarada la ilicitud del acto tal como se celebró, es natural que la Iglesia no le conceda efecto alguno. Pero si se hace por subsanación de raíz, solo otorgable por la Santa Sede (Canon 1.141), esos efectos se retrotraen al momento mismo en que se celebró el matrimonio, salvo que se declare expresamente otra cosa en la concesión (número 2.º del Canon 1.137), siendo necesario para ello que no exista impedimento de Derecho natural o divino y que concorra el consentimiento de ambos esposos, pues en otro caso no cabe la subsanación que nos ocupa, de acuerdo con lo prevenido en el n.º 2.º del Canon 1.139 y en el Canon 1.040.

Y nada más sobre la materia, respecto a la cual hemos procurado reunir y ordenar con el mayor método posible (el lector nos dirá si lo hemos conseguido) cuanto sobre ella se ha dictado de interés hasta el día de hoy.



PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO DEL TRABAJO

POR

VICTOR FERNANDEZ GONZALEZ

INTRODUCCION

I.—La Cuestión Social y el Derecho

El maquinismo y el industrialismo moderno dieron lugar a la llamada «cuestión social», caracterizada por la aparición del proletariado, ya que como dice A. Gallart en su *Derecho Español del Trabajo* (1), la revolución traída por la máquina de vapor no ha sido otra que la concentración. En torno al motor se han concentrado los instrumentos de trabajo—estableciéndose las fábricas que desplazaron a los antiguos talleres artesanos o familiares—y, en torno a éstas, se agruparon los obreros, naciendo de la concentración de los trabajadores la conciencia de clase, que provocó la aparición de un espíritu colectivo desconocido hasta entonces que habría de inspirar en buena parte la Política Social.

La presencia del proletariado como clase social produjo lógica-

(1) Editorial Labor S. A., pág. 18, 1936.

mente repercusión en el campo jurídico marcando en la Historia del Derecho—que no es otra cosa de una de las categorías de las normas reguladoras de la conducta social—, un período caracterizado por el predominio de la legislación del trabajo que se desarrolló rápidamente; de una parte, por la tendencia cada vez más manifiesta a la extensión e intensificación de la acción del Estado a pesar de los dogmas del liberalismo doctrinario que si en un principio pudo imponer posiciones abstencionistas, postulando un mínimo de gobierno bajo la inspiración ideal del llamado «Estado Gendarme», pronto se vió obligado a rectificar dicha dirección, bajo las más diversas corrientes intervencionistas. Por otra parte, fué causa del desarrollo y progreso de la legislación de trabajo, la necesidad de amparar a los obreros con el fin de remediar la triste condición a que los había reducido el capitalismo industrial en su primera época, después de haber sido destruidas las organizaciones gremiales al conjuro de la libertad liberal, ya que si los trabajadores no aceptaban «libremente» las condiciones de trabajo que se les ofrecían por los propietarios de los instrumentos de producción, condiciones que muchas veces por lo duras e inhumanas venían a constituir un yugo que difería bien poco del de los esclavos de la antigüedad, como dice León XIII en la encíclica «Rerum Novarum», (1) no tenían otra solución que morir de hambre, pero eso sí, rodeados de la máxima «dignidad liberal», en expresión mordaz de José Antonio Primo de Rivera en el discurso fundacional de Falange Española, en el Teatro de la Comedia de Madrid (1).

Frente a este mal de gravedad extraordinaria, no podía intentarse otra terapéutica, si de veras se quería evitar las consecuencias antisociales a que la miseria y la desesperación conducen a los hombres, que la de la Ley—fórmula de Paz y de Armonía—, pero esta Ley no podía ser la ley común encuadrada en los Códigos Civiles,

(1) Texto recogido en la Obra «Doctrina Social Católica», A. Martín Artajo y M. Cuervo. Ed. Labor, 2.^a edición, pág. 44.

«Devocionario de la Falange». Ed. Nacional 1942, pág. 11.

ya que no en balde en la propia Patria de la Gran Revolución—en frase de sus panegiristas— la legislación napoleónica, como escribe Bonnet en «Le Droit en retard sur les faits», ignora a los obreros, dedicando un tercio de sus disposiciones al régimen de la propiedad territorial; análogamente nuestro Código Civil de 1889 no puede ser más pobre, y lo que es peor, más injusto en la regulación jurídica del contrato de arrendamiento de servicios de criados y trabajadores asalariados, a que se refiere el Cap. III, Tít. VI de su libro IV, siguiendo el patrón quirritario de la «locatio conductio operarum» romana, por lo que han podido exclamar algunos autores (1) que los Códigos Civiles se han hecho para los ricos.

De ahí, que en la generalidad de los países hayan surgido al lado de los Códigos Civiles, que suelen ser esencialmente Códigos de la Propiedad y—acaso de la Familia—, los Códigos de Trabajo, aunque quizás esta denominación no convenga en buena técnica jurídica a bastantes cuerpos legales que bajo este nombre constituyen más bien recopilaciones (2) de disposiciones legales referidas tan solo a aquellas Instituciones que se juzgan de mayor estabilidad relativa, dentro de la extraordinaria movilidad de esta rama del Derecho; este carácter tiene el Código de Trabajo español del 23 de agosto de 1926 (Código Aunós), todavía vigente en parte.

La razón principal por la que a nuestro modesto juicio, las disposiciones legales relativas al trabajo no pueden ser comprendidas en capítulos especiales de los Códigos Civil, Mercantil, Procesal, etcétera, ya que a todas estas materias se refieren, radica no solamente en que esta rama jurídica todavía en formación, experimenta muy frecuentes cambios y transformaciones, sino en la dificultad

(1) Menger, Gierke, Alas.

(2) Criterio recogido por De Buén, en el prólogo al Código de Trabajo comentado por Alarcón—Manuales Reus 1927.—La crítica a la codificación conjunta de las leyes de trabajo la hace García Ormachea en «Curso sobre Accidentes de Trabajo», Madrid, 1935, págs. 19-21, sustentando criterio favorable Cabrera Claver en «El procedimiento de Trabajo en la nueva Ley procesal Civil italiana...» Rev. L. y Jurisp. Ag. 1943, pág. 123 n.

de lograr ordenamientos legales de la necesaria homogeneidad, toda vez que los principios fundamentales del Derecho común, Político, Civil, Procesal, etc., de raigambre tradicional como la igualdad ante la Ley, el principio dispositivo en el proceso civil... están esencialmente modificados en este Derecho, reconociéndose superioridad jurídica al trabajador en relación con el empresario para compensar las desigualdades económicas que entre ellos existen, privilegio de fuero, e intervención activa del Magistrado en los litigios laborales, reunión de facultades de diversos órdenes en un mismo organismo etc., lo que explica que no hayan podido alcanzar virtualidad los diversos proyectos de reforma del régimen jurídico del contrato de arrendamiento de servicios en nuestro Código Civil, que habría de inspirarse en los mencionados postulados, sin que pueda considerarse rectificadas esta orientación por el novísimo Código Civil italiano de 1942 que dedica un libro al «Trabajo» (1) toda vez que solo comprende prescripciones de carácter general inspiradas en la «Carta di Lavoro» de 1927 y las normas fundamentales del régimen de las relaciones de trabajo sin perjuicio de la aplicación de los preceptos reglamentarios y corporativos. En dicho libro se observa la aparición de la «equidad» como verdadera fuente del Derecho de Trabajo, junto a las normas corporativas, contratos colectivos y usos. Se advierte asimismo que en el libro de referencia se emplean alternativamente las expresiones «relación de trabajo» y «contrato de trabajo», siendo esta segunda acepción más limitada, pero mucho más concreta que la primera (2).

II.—El Derecho del Trabajo, Derecho especial

El Derecho del Trabajo, cuya nota más peculiar es la protección de los trabajadores, nace como dice muy bien D. José Castán

(1) Traducción publicada en la «Revista de Trabajo», agosto de 1942.

(2) Las Nuevas Doctrinas sobre el Contrato de Trabajo, Pérez Botija, Madrid, 1942.

Del contrato a la relación de Trabajo, A. Polo, Rev. D.^o Privado, enero-febrero 1941.

Tobeñas (1), mediante un proceso de desdoblamiento o partenogénesis del Derecho Común. El propio autor lo define como «conjunto de normas que disciplinan las relaciones jurídicas que tienen por objeto el trabajo y las que regulan la actividad del Estado en el orden a la tutela de los trabajadores».

En la doctrina italiana, se define por un distinguido tratadista (2) diciendo, que es un «ordenamiento jurídico individual y autónomo que tiene por objeto disciplinar las relaciones contractuales entreadores de trabajo y prestadores de obra.»

Muchos nombres se han propuesto para la designación de esta rama del Derecho: Derecho Social, Derecho Obrero, *Derecho Sindical* y Corporativo, pero nosotros entendemos con Castán que la denominación más exacta es la de Derecho del Trabajo (3), o (Derecho Laboral (4), aceptando el neologismo que el uso ha consagrado).

El nombre de Derecho Social lo siguen muchos autores Graniizo-Rothvoss (5), García Oviedo (6), y se justifica porque esta rama jurídica viene a resolver la llamada «cuestión social», por tanto, se dice, si «social» es su contenido, social ha de ser el Derecho creado para su resolución; sin embargo, se estima, que esta acepción peca de anfibológica y propende al confusionismo, ya que todo derecho implica en sentido objetivo, un orden de regulación de la conducta social. Algún autor ha dicho, Riva Sanseverino (7), que la diferencia esencial entre la legislación social es aquella parte del ordenamiento jurídico que se refiere a la acción asistencial en favor de los trabajadores, en particular, en materia de previsión; tutela

(1) Hacia un nuevo Derecho Civil. Ed. Reus S. A., Madrid, 1933.

(2) Riva Sanseverino, Nuevo Digesto Italiano, Vol. IV, pág. 99.

(3) Castán. Obra citada, pág. 19, igual, Hueck y Nipperdez. Lehrbuch des Arbeitsrechts, Berlín 1931, pág. 78.

(4) Alfonso Madrid. Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1936.

(5) Tratado Elemental de Derecho Social, 1934, pág. 5.

(6) Derecho Social, Madrid, 1932.

(7) Estudio citado.

al trabajador en cuanto hombre, en cambio el Derecho del Trabajo, tutela al trabajador en cuanto tal, en sus relaciones contractuales con el dador de trabajo o empresario.

La denominación de Derecho obrero, se justifica porque tuvo su origen en las exigencias del obrerismo, sin embargo, dado su carácter expansivo, esta calificación no comprende las demás categorías profesionales a que actualmente se hace referencia en los textos legales: empleados, técnicos, etc.

Tampoco es aceptable la denominación de «Derecho Sindical y Corporativo» definido por Zanobini (1), como «la parte del ordenamiento jurídico concerniente a la organización y a la acción del Estado y de las asociaciones públicas en orden al mejor desarrollo de la potencia económica nacional». Mira por consiguiente el Derecho público del Trabajo, haciendo abstracción del Derecho privado. Análogo carácter muestran las «Instituciones del Derecho Sindical y Corporativo» de Virgilio Feroci (2).

Es también susceptible de crítica desfavorable la expresión «Legislación industrial» aceptada por la literatura jurídica francesa (3), desde que en el año de 1905 se incorporó con este nombre al plan de estudios de la Licenciatura en Derecho, no solamente, porque esta rama jurídica es algo más que un conjunto de textos legales publicados en el «Boletín Oficial», sino también porque el calificativo «industrial» excluye la regulación del trabajo asalariado mercantil y agrícola, y comprende, por otra parte, la regulación de ciertos aspectos de la vida de la industria que nada tienen que ver con la regulación de Trabajo y con la condición de los trabajadores (4).

El Derecho del Trabajo no es una rama jurídica que no origine discrepancias entre los interesados, toda vez que ha dado lugar a

(1) Diritto Sindical e Corporativo, 1935.

(2) Traducción con notas de Ruíz Manent. Ed. Reus S. A., Madrid, 1942.

(3) Paul Pío, Scelle, «Precis de Législation Industrielle», París, 1927. pág. 1.

(4) Gallat Folch. Obra citada, pág. 13.

una jurisdicción especial. De ahí, la importancia del estudio de su naturaleza jurídica en lo que no hemos de hacer mucho hincapié en este estudio y que ha constituido el objeto de muy interesantes trabajos doctrinales (1), siendo esta rama del derecho tan representativa de nuestro tiempo como lo fué el Derecho Mercantil en la época liberal, y a este respecto, expresa Mossa (2) «que la materia jurídica del Trabajo es más claramente distinta y más manifiestamente contrapuesta al Derecho Civil común que lo ha podido ser la del Derecho Mercantil», siendo perfectamente válido en cuanto a esta disciplina jurídica, lo que ha escrito Alvarez Manzano del Derecho Mercantil: «Esto no más, significa la independencia de esta rama jurídica, su especialidad; porque es especial es distinta, por que es distinta cabe su separación», pero bien entendido, que en definitiva como ha dicho un gran mercantilista también, Rocco, «la autonomía de una ciencia no debe confundirse con su independencia o aislamiento».

Derecho especial es para Barassi (3), el que se basa en uno de estos dos supuestos: a), que se aplique a categorías determinadas de personas; b), que constituya una «lex specialis» con normas y principios diversos de los principios generales que informan el Derecho Común.

El Derecho del Trabajo, se ha dicho, es un derecho especial común a los trabajadores, sin que esto signifique que todas las normas de trabajo se aplique a todos los trabajadores. Es un Derecho especial relativo a los trabajadores porque a ellos afecta exclusivamente, puesto que si también se aplica a los empresarios es por la necesidad de satisfacer la protección jurídica dispensada al trabajador, y si en un principio se aplicaba tan solo a los trabajadores dependientes, actualmente, por la fuerza expansiva que le caracte-

(1) Pérez Botija, «Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo». Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1943.

(2) «Il Diritto del Lavoro», Sassari. 1923, pág. 7.

(3) Diritto del Lavoro. T. 1.º, 1935, págs. 74 y sig.



riza, como dice Paul Pic (1), extiende su influjo a ciertas categorías de productores autónomos (2).

El Derecho del Trabajo contiene normas que tienen su origen en el Derecho privado—C. Civil y de Comercio y disposiciones complementarias—; en el Derecho público—a), Intervencionismo administrativo; b), Potestad sancionadora del Estado; c), las que se derivan de las relaciones internacionales; d), las normas de Derecho procesal común que se aplican o aplicaron a las relaciones de trabajo—y normas de origen propio e independiente, creación de Tribunales Industriales (1908) Organización Corporativa Nacional (1926).—Sin embargo, esto no autoriza para sustentar la tesis de que constituye un puesto intermedio entre el Derecho público y privado—Castán—, ni a considerarlo como un «*tertium genus*», cuya fórmula podrá ser cómoda pero nada resuelve, sino que debe reputarse Derecho especial sin que por ello las normas jurídicas que contiene hayan de tener necesariamente una naturaleza especial.

Por lo que respecta a los principios que informan esta rama del Derecho, se puede decir, que algunos tienen carácter autónomo, esto es, aparecen por primera vez en el Derecho del Trabajo; por ejemplo: el principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador, el principio de protección o tutela reiteradamente recogido en la jurisprudencia, o los otros principios más recientes de hermandad y colaboración entre los distintos factores personales que intervienen en la producción. Hay algunos principios que aunque parecen adoptar forma original, pudieran quizás tener puntos de contacto con los de instituciones ya desarrolladas en otros campos jurídicos; así el principio de responsabilidad objetiva (3) en la

(1) Tratado Elemental de Legislación Industrial, 6.^a ed., París, 1931.

(2) Ley del Seguro de enfermedad del 14 de diciembre de 1942; Reglamento de Seguros Sociales en la Agricultura del 26 de mayo 1943.

(3) Principio superado por el de la «compensación social del accidente». Doctrina expuesta en el Congreso de Medicina y Seguridad del Trabajo celebrado en Bilbao en agosto de 1943. Rf. «Boletín Instituto Nacional Previsión», números 7, 8 de 1943.

indemnización de los accidentes de trabajo que se presenta como una reparación de la incapacidad profesional del accidentado y de la incapacidad económica de su familia, teniendo este segundo aspecto, al parecer, cierta semejanza con las «pensiones alimenticias» del Derecho de familia. El mismo principio de irrenunciabilidad de derechos, que es propio y peculiar del Derecho del Trabajo, quizás tenga algunos antecedentes en Derecho Civil—irrenunciabilidad del derecho a alimentos, art. 151 del C. C. irrenunciabilidad de la legítima futura, art. 816 del propio Cuerpo legal—, pero así como en el Derecho Civil, la admisión de la renuncia de los derechos es la regla general y la irrenunciabilidad excepción, en el Derecho del Trabajo, casi puede afirmarse, que la irrenunciabilidad no tiene ninguna excepción.

Pero además de estos principios peculiares del Derecho del Trabajo, existen otros derivados del Derecho Civil aplicables en cuanto no estén en posición con aquellos; del Derecho Administrativo en sus diversas manifestaciones; del Procesal, aunque a este respecto, el Derecho laboral, precisamente porque los conflictos del trabajo se sustrajeron de la jurisdicción común encomendándolos a una jurisdicción especial, ha venido a aportar savia nueva con ideas e instituciones propias a los principios clásicos de la jurisdicción común; del mismo Derecho penal, como el de que la disminución dolosa del rendimiento debe ser objeto de sanción (1) adecuada; del Derecho internacional, con la aplicación del estatuto territorial con determinadas excepciones e incluso del mismo Derecho Fiscal en orden a las desgravaciones de determinados impuestos.

De lo expuesto, resulta perfectamente justificado el carácter del Derecho del Trabajo como Derecho especial, comprendiéndose dentro de esta rama jurídica, normas de Derecho privado y de Derecho público que da lugar a la posibilidad de distinguir un Derecho privado y un Derecho público del Trabajo, aceptando el cri-

(1) Decreto de sanciones del 5 de enero de 1939 y los capítulos relativos a dicha materia en las Reglamentaciones de Trabajo.

terio subjetivista que hoy prevalece en buena parte de los tratadistas—Castán—, respecto de esta clasificación tradicional del Derecho en sentido objetivo.

III.—La realización anormal del Derecho. Noción del Derecho Procesal del Trabajo

Existe una realización normal del Derecho y una situación anormal del mismo, que se produce cuando el estado de hecho no concuerda con el orden jurídico. Estas palabras de Windscheid, citado por Silva Melero (1), dan la clave para avizorar en toda su anchura el horizonte donde el proceso va a moverse. Por medio de él va a vivir el Derecho en toda su plenitud, el estatismo de la norma material estereotipada en los Códigos o latiendo consuetudinariamente, se transformará en vida dinámica y por medio del Proceso volverán a marchar paralelos el estado de hecho y la norma jurídica: El Derecho es la Paz, el paralelismo y equilibrio entre norma y vida; cuando se rompe y quebranta, el Proceso es la vía que canaliza la aplicación del remedio que restablecerá la salud circunstancialmente perdida, una especie de terapéutica para que el Derecho se realice y cumpla, cuando roto el equilibrio normal, se olvida y conculca.

El proceso se deriva etimológicamente de «procedo» y lo define Traviesas (2), como una serie de actos tendentes a un resultado, cuya finalidad es la justa composición de un conflicto, considerándose institución de carácter público, acepción ésta, distinta de la de procedimiento, según Carnelutti en su «Sistema», ya que el proceso es la suma de los actos que se efectúan para la composición de la «litis», y el procedimiento es la sucesión y el orden de su conclusión.

El proceso es una realidad, un fenómeno histórico, como dice

(1) «Notas para el Estudio de la evolución del Derecho Procesal». Oviedo, 1943.

(2) «Revista de Derecho Privado», n.º 32.

Beceña (1), constituye la materia prima del Derecho procesal, ya que el proceso como fenómeno repetido desde que aparece como institución pública puede ser objeto de estudios jurídicos.

Como el Derecho del Trabajo no es una rama jurídica tan sencilla que al aplicarla no se produzcan discrepancias y controversias cuya composición ha de efectuarse mediante el proceso laboral, que constituye el objeto de una disciplina jurídica especial: El Derecho Procesal del Trabajo cuya autonomía en lo que respecta a su tratamiento científico defendió con sustanciales razones Jaeger, uno de los procesalistas que más han trabajado esta especialidad (2). La autonomía didáctica de nuestra disciplina está reconocida en el vigente plan de estudios de las Escuelas Sociales, de conformidad con lo prevenido en el Reglamento de 29 de diciembre de 1941.

El estudio del proceso laboral, escribe el propio Jaeger, después de la unificación de los múltiples órganos jurisdiccionales entre los que anteriormente se distribuían los litigios individuales de trabajo, y la sustitución de un único tipo de procedimiento, del todo nuevo, a los varios correspondientes a dichos órganos, ha de hacerse de modo profundo cuyo estudio ofrece un particular interés a los fines de reforma del proceso civil desde hace tantos años deseada. Estas palabras de Jaeger, escritas en 1936, son de perfecta aplicación a nuestra Patria, desde que por el Decreto de 13 de mayo de 1938 se creó la Magistratura de Trabajo, en cumplimiento de la Declaración VIII del Fuero de Trabajo, cuyo decreto inició la etapa moderna de nuestro Derecho Procesal del Trabajo, mediante la unificación de las jurisdicciones de los Jurados Mixtos y de los Tribunales Industriales—suprimiéndose ambos organismos—por estar inspirados en principios contrarios a los que infor-

(1) Explicaciones de cátedra publicadas por Enciso y Perales, Lit. E. Nieto, Madrid, pág. 13.

(2) L' autonomia del diritto processale del Lavoro. Segundo Congreso de Estudios Sindicales y Corporativos de Ferrera. V. Atti del Secondo Convegno, Roma, Tip. Sinato, 1932, I, págs. 47-66.

man el Movimiento Nacional según expresa el preámbulo del citado Decreto de 1938.

La opinión antes transcrita, de que el estudio del proceso laboral ofrece un extraordinario interés, no solo en sí mismo, sino en cuanto puede servir a modo de orientación de la reforma del proceso civil, tan anhelada, cuyos trabajos se han encomendado a una Ponencia del seno de la Comisión Asesora del Ministerio de Justicia (1), concuerda con la tendencia de la moderna ciencia procesal que con la proclamación de su carácter público, la vindicación de su sustantividad e independencia, la manumisión plena de su pasado ritual—respondiendo a la evolución experimentada por esta Ciencia, desde Savigni, que subordinaba el Proceso al Derecho, hasta Binder que otorga prioridad a aquel sobre éste—, ha llevado a los autores no ya a la diferenciación entre el Derecho procesal y el sustantivo, sino a tratar de unificar los principios generales del proceso independientemente de sus diversas ramas. En verdad, dice Silva Melero, en el trabajo ya citado, que todo Proceso antes de especificarse en alguna de sus ramas, implica un conjunto de actos tendentes al desenvolvimiento de la actividad de sujetos determinados a los fines de obtener un pronunciamiento jurisdiccional, y que las características propias que distinguen cada tipo de proceso en particular, son consecuencia de las relaciones que no forman parte de su objetivo privativo y si bien es cierto, que no se debe de perder de vista esta diferencia, es también exacto, que sus características singulares las típicamente procesales, son comunes a todas las diferentes formas de proceso; sin perjuicio de ésto, el propio Profesor estima, coincidiendo con un insigne procesalista (2) que pese a la unificación de la teoría general del proceso, no se decide a mantener la tesis de una unificación total de las distintas ramas procesales.

(1) Discurso pronunciado por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia D. Eduardo Aunós, en la constitución de dicha Comisión Asesora.

(2) Chioventa-Saggi del Diritto processuale Civile. Vol. II, 1938.

Por eso ofrece especial interés el estudio de las cuestiones relativas al proceso laboral en particular, y a este respecto nos complace en repetir las frases que emplea Martínez Bernal (1) en un estudio publicado en la «Revista de Trabajo», que parangonando a Chiovenda, para el que el terreno es tan vasto que todo estudioso de buena voluntad, cualesquiera que sean sus fuerzas puede darnos su obra con fruto siempre, y aunque las muestras son insignificantes; nos decidimos a tratar de algunas cuestiones relativas a los principios fundamentales del proceso del Trabajo.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO DEL TRABAJO

I.—Consideraciones generales

D. Jerónimo González Martínez, en sus «Principios Hipotecarios» (2), dice que modernamente ha surgido una tendencia o método científico caracterizado por el estudio de las más diversas disciplinas, jurídicas y no jurídicas, tomando como base el examen de sus principios fundamentales, que constituyen algo así como la estructura esencial de la rama científica a que el estudio se refiera, siendo todos los demás conceptos y cuestiones que la disciplina comprenda, a modo de desarrollo o complemento de sus principios cardinales; y el propio maestro de derecho inmobiliario añade, que sin embargo no pueden determinarse apriorísticamente, cuales sean esos principios, que todos los estudiosos hubieran de admitir unánimemente, ya que el pasar o no un determinado concepto a la categoría de principio, depende en buena parte, de la impresión que haya causado en el ánimo del investigador y de la extensión que presentase a sus ojos.

Esto explica perfectamente que la generalidad de los tratadistas

(1) El Proceso en materia de Trabajo y la intervención en él de elementos representativos del interés sindical. «Rev. de Trabajo», n.º 23.

(2) Págs. 12 y 13.

de derecho procesal, admitan y estudien los principios (1) fundamentales del Proceso, aunque sin embargo no estén siempre de acuerdo en la enumeración de los mismos, toda vez que además de las razones a que antes hemos aludido, es preciso tener en cuenta la orientación técnica de la legislación procesal y el sistema político que la inspire.

Como dice Silva Melero (2), el progreso de la ciencia procesal, la proclamación de su carácter público, la vindicación de su sustantividad e independencia, la manumisión plena de su pasado ritual ha llevado a los autores no ya a la diferenciación entre Derecho Procesal y Derecho Sustantivo, sino a tratar de unificar los principios generales del procedimiento en sus diversas ramas.

De ahí que en Italia, el Código Procesal de 28 de octubre de 1940 regule el proceso de trabajo, dedicando los artículos 409 al 428 al régimen de las controversias colectivas y los 429 al 458 a las individuales consiguiendo informar con sus propias características—inmediación, oralidad, oficialidad, elasticidad, etc.—todo el sistema de la nueva Ley procesal cuyos principios fueron expuestos por Jaeger (3).

En su virtud, examinaremos los principios del Proceso del Trabajo, atendiendo al espíritu protector y a la acentuación del interés público del Derecho laboral sustantivo, para cuya efectividad se establece precisamente; por lo que el Proceso de trabajo es más sencillo y rápido que el ordinario, y también a diferencia de éste; gratuito; por cuyas razones sustentaba Prieto Castro (4), la opinión, de que el procedimiento de trabajo aunque tenga dispersas

(1) Inicia el sistema de los principios Robert Wyness Millar, «Illinois Law Review», 1923. Vol. XVIII, págs. 1-36-94-117-150-168. «The Formative Principles of Civil Procedure» y lo recege en su obra «A History of Continental Civil Procedure». Londres, 1928, págs. 3 al 81.

(2) Estudio citado.

(3) Corso di diritto processuale del Lavoro. Padua, 1933.

(4) «Notas preliminares para una reforma de la Justicia». Rev. de la Universidad de Zaragoza n.º abril-mayo-Junio de 1939. Punto 9.º.

las disposiciones que lo regulan, es más perfecto que el ordinario y concretamente no padece los tres defectos principales del último: el formalismo, la lentitud y la carestía.

Pérez Botija en su «Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo» (1), dice, «que el Derecho Procesal laboral que se basa en los principios clásicos de la jurisdicción común, aporta savia nueva con ideas e instituciones propias, conservando reminiscencias de las antiguas jurisdicciones profesionales—Tribunales de Comercio—y de la propia jurisdicción penal «Decreto de responsabilidad de los trabajadores de 5 de enero de 1939, pero en lo demás, en la mecánica del proceso se advierte una influencia bien marcada del régimen del juicio verbal».

(Continuará)

(1) Ed. Instituto de Estud. Políticos, Madrid, 1943, pág. 44.



TRABAJOS DE SEMINARIO DE LA CATE-
DRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO



INTERVENCION DE LOS TRIBUNALES MILITARES EN LA REPRESION DE LOS DELITOS EN MATERIA DE ABASTOS (1)

POR

FERNANDO VALDES VILLABELLA

Las infracciones en materia de abastos se clasifican en dos categorías. Aquéllas que constituyen simples contravenciones a las normas administrativas que sobre esta materia se han dictado, y las que constituyen verdaderos delitos y como tales son considerados y penados. (2)

Las Fiscalías de Tasas entienden en la responsabilidad de tipo gubernativo que proviene de las simples contravenciones, y en los actos delictuosos se limitan a imponer la sanción que corresponde a la responsabilidad civil que de los mismos se deriva, restando la

(1) En este estudio queremos concretarnos a lo que ya su título indica, es decir a la intervención de la jurisdicción castrense en materia de delitos de abastos. No tenemos, por tanto, en cuenta las disposiciones últimas que modifican la cuestión.

(2) Leyes de 26 de octubre de 1939 y de 24 de junio y 16 de octubre de 1941.

(3) Art. 1.º O. C. de 21 de mayo de 1941; Art. 36 Reg. de 11 de octubre de 1940 y Art. 6.º L. de 16 de octubre de 1941.

responsabilidad criminal que exigirán los Tribunales Militares.

Por consiguiente, tenemos:

1.º Los Organos Militares no intervienen en aquellas simples contravenciones que no constituyen delito.

2.º En las contravenciones consideradas como delitos, la sanción a que da lugar la responsabilidad civil de las mismas no corresponde a los Tribunales Militares.

3.º LOS TRIBUNALES MILITARES EXIGEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DERIVADA DE LOS DELITOS EN MATERIA DE ABASTOS.

ORGANOS DE LA JURISDICCION MILITAR

Los órganos que integran la jurisdicción militar son la Autoridad Judicial, el Juzgado Instructor y el Consejo de Guerra. Al primero corresponde la propulsión del procedimiento y censura de la resolución, al segundo la tramitación de la causa y al tercero la resolución. Esto de una manera escueta y general.

AUTORIDAD JUDICIAL

Según el art. 27 del Código de Justicia Militar, la autoridad judicial corresponde a los Capitanes Generales de cada Región. Dice así dicho artículo: «Los Capitanes Generales de distrito ejercen la jurisdicción de guerra en el territorio y fuerzas de su mando, incluso las de la Casa Real».

De su competencia es ordenar la instrucción del procedimiento, hacer los nombramientos de Jueces instructores y de Secretarios, elevar el procedimiento a plenario o acordar su sobreseimiento y designar el Consejo de guerra acordando su resolución. Todo ello se deduce de la lectura del artículo 28 del Código de Justicia Militar: «Corresponde al Capitán General de distrito: 1.º Ordenar la formación de causas... 2.º Nombrar los Jueces instructores y Secretarios... 5.º Decretar el sobreseimiento o la elevación a plenario de las sumarias... 6.º Aprobar la sentencia del Consejo de

guerra ordinario en que no se imponga la pena capital o alguna de las perpetuas».

JUZGADO INSTRUCTOR

Conforme al artículo 28 del Código de Justicia Militar, el Juzgado instructor se compone del Juez instructor y del Secretario, nombrados ambos—según se señaló anteriormente—por el Capitán General de la Región. (1)

«El Juez instructor es el encargado de la formación de las actuaciones judiciales» (artículo 133 del C. J. M.) y «El Secretario es el encargado de extender y autorizar las actuaciones judiciales» (artículo 141 C. J. M.)

En cuanto a las causas por delitos en materia de abastos y penados en la Ley de 16 de octubre de 1941, dispone el artículo 5.º de la misma, (reiterado por la Orden de 24 de octubre), la constitución de Juzgados militares especiales. Dice así el citado artículo: «Con objeto de que la tramitación de expedientes por parte de la autoridad militar como consecuencia del tanto de culpa que las Fiscalías de Tasas pasen, se haga con la máxima rapidez, en cada Capitanía General se creará un Juzgado militar exclusivamente dedicado al conocimiento de estos delitos, con ausencia de todo otro cometido y en íntima relación con las Fiscalías Provinciales correspondientes para la debida colaboración en el trabajo común».

CONSEJO DE GUERRA

La constitución del Consejo de guerra ordinario, bien sea de plaza o de cuerpo, y la de los extraordinarios de oficiales generales o aquéllos de plazas o fortalezas sitiadas o bloqueadas, está regulada por el Código de Justicia militar en el Título IV de su Tratado I (artículos 41 al 65).

En los delitos de especulación ilícita el Consejo que se consti-

(1) Todo ello teniendo en cuenta las facultades que el artículo 37 del C. J. M., concede a los gobernadores militares y otros mandos.

tuirá es el ordinario de plaza. Así se dispone en el artículo 44 del C. de J. M. «El Consejo de guerra de plaza conoce:... 2.º De las que se sigan contra personas extrañas al Ejército, que deban ser juzgadas por la jurisdicción de guerra...» (artículo 44).

Se exceptúa —lógico es— las excepciones en que los procesados sean jefes u oficiales del Ejército, individuos de la clase de tropa que tengan la Cruz de San Fernando, funcionarios de las carreras judicial y fiscal u otras autoridades. Todo ello en conformidad con el mismo artículo 44 y el 53, ambos del C. de J. M.

El artículo 41 del C. de J. M. dice: «El Consejo de guerra ordinario... se compondrá: De un presidente, de las clases de coronel o teniente coronel. De cinco vocales, de la clase de capitán. De un vocal ponente, asimilado a capitán, y en su defecto a comandante del Cuerpo Jurídico Militar, que asistirá en todos los casos, siendo su falta de asistencia causa de nulidad, y que será designado por la autoridad judicial a propuesta del Auditor». La Ley de 12 de julio de 1940, faltando otros jefes u oficiales, autoriza la constitución del Consejo de guerra con un presidente con grado de jefe, tres oficiales de cuerpos armados y un oficial perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar.

DELITOS Y PENAS

Basándonos en la legislación existente, vamos a examinar los diferentes delitos que en ella se señalan y las penas con que son castigados. Prefiriendo el orden alfabético, al cronológico de la legislación, agruparemos los delitos y penas conforme al mismo.

ACAPARAMIENTO

De él se habla en el artículo 1.º de la Ley 26 de octubre de 1939, en el mismo artículo de la Ley de 24 de junio y en el 2.º de la Ley de 16 de octubre de 1941. En la primera Ley la figura del delito de acaparamiento no era diferenciada del de ocultación; en la de 24 de junio de 1941 ya se habla de acaparamiento y de ocul-

tación de mercancías y, por último, en la de 16 de octubre del mismo año ya se diferencian—o por lo menos se pretende diferenciar—los delitos de acaparamiento y de ocultación. Dice así su artículo 2.º: «Ha de entenderse por acaparamiento, a los fines de la presente Ley, la tenencia de mercancías anormal en cuanto a cantidad, e ilegal en cuanto a su almacenamiento, que permita, tanto la posibilidad de una venta clandestina a precio abusivo, cuanto la provocación de un alza de precio legal fundada en la escasez así producida».

Se considera, pues, como delito de acaparamiento, una tenencia de mercancías en cantidad anormal, hasta tal punto que ello sea capaz de producir un alza del precio legal, alza que se produce a causa de la escasez que provoca en el mercado tal acaparamiento. Para que se de este delito no es preciso ni la especulación con la mercancía ni, tan siquiera, el propósito o intención de hacerlo; basta la condición anterior, la posibilidad de una venta clandestina y que el almacenamiento—lógico es—sea ilegal. (1)

Penalidad.—El delito de acaparamiento se castiga: 1.º El simple acaparamiento. «Los que con fin de elevar los precios acapararen cualquier género de mercancías serán castigados con la pena de presidio mayor y multa del duplo al quintuplo del valor de los géneros acaparados» (artículo 1.º L. 26-X-1939). 2.º Conforme al artículo 3.º de la L. de 16 de octubre de 1941 en relación con el 13 de la L. de 30 de septiembre de 1940, cuando se trata del acaparamiento de artículos destinados a la alimentación humana o del ganado, sujetos a intervención o tasa, o a objetos de uso o consumo indispensables se aplicarán las penas que el Código de Justicia Militar establece para el delito de rebelión. (2) 3.º Según el artículo 13 de la Ley de 30 de septiembre de 1940 cuando el acaparamiento se efectúe en unión de elementos revolucionarios o en for-

(1) Más adelante hablaremos de la diferenciación entre acaparamiento y ocultación.

(2) El delito de rebelión se estudia en el Tit. VI del Trat. II del C. J. M.

ma que produzca vehementes indicios del intento de perturbar el orden de la economía, se castigará siempre, sea cual fuere la mercancía, como delito de rebelión.

DEFRAUDACIÓN

Se describe este delito en el art. 5.º de la Ley de 26 de Octubre de 1939: «Los que defraudaren al público con la fabricación o venta de géneros o mercancías falsificados o alterados en la calidad o cantidad.» Por consiguiente la defraudación puede versar, bien sobre la cantidad o también sobre la calidad de la mercancía, y es culpable de él el fabricante y el que defrauda con su venta. Ahora que lógico es pensar que el comerciante que recibe de una fábrica mercancía mal pesada o de mala calidad y que inconsciente de ello procede a su venta, no incurre en responsabilidad por falta de voluntad, elemento esencial al delito, si bien podría exigírsele responsabilidad por falta de cuidado, o sea a título culposo.

Penalidad.—El art. de la Ley de 26 de Octubre de 1939, dispone: «Los que defraudaren al público con la fabricación o venta de géneros o mercancías falsificados o alterados en calidad o cantidad serán castigados con la pena de multa de 500 a 10.000 pesetas, que se graduará apreciando el daño público causado. Si el daño público que se produjere fuere grave, la pena será de arresto mayor y multa de 10.000 a 25.000 pesetas. Los géneros falsificados o adulterados serán decomisados.»

Puede darse el caso—no raro—en que la defraudación, principalmente por la calidad y también por la cantidad (v. gr. productos médicos), constituya un delito contra la salud pública incurso en el art. 351 del Código Penal común; asimismo la falta de peso constituye delito de estafa conforme al apartado 3.º del art. 523 del Código Penal. No es de aplicación aquí, el principio: «non bis in idem» puesto que unas y otras disposiciones persiguen fin distinto (1).

(1) El «Servicio de Defensa contra el fraude y de ensayos y análisis agrícolas», tiene facultades para dictaminar si hay o no fraude o adulteración.

INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA DE MERCANCÍAS

Conforme al art. 13 de la Ley de 30 de Septiembre de 1940, constituye delito, cuya responsabilidad criminal es exigible ante el Tribunal Militar, la inutilización o destrucción voluntaria de mercancías.

Penalidad.—En el artículo citado anteriormente se señala, como sanción para este delito, la correspondiente al de rebelión militar.

Si bien este delito se halla comprendido en el art. 555 del Código Penal, en este caso es de aplicación el principio «non bis in idem», dado que el fin de ambas disposiciones es el mismo, y, por consiguiente, ha de aplicarse con preferencia la ley citada al Código Penal, dada su promulgación posterior, especialidad y agravante de las causas que motivaron tal ley.

MAQUINACIONES PARA ALTERAR LOS PRECIOS

«Los que con el fin de alterar los precios legítimos de las mercancías u otros efectos que fueren objeto de contratación espantaran rumores o usaren de cualquier otro artificio con el mismo propósito...» Así dice el art. 4.º de la Ley de 26 de Octubre de 1939, definiendo el delito que nos ocupa.

Penalidad.—Viene fijada en el art. 4.º de la Ley de 26 de Octubre de 1939, «.....serán castigados con la pena de arresto mayor en su grado medio al máximo y multa de 2.500 a 10.000 pesetas.» Esta pena parece fijarse—y así es—para el delito frustrado o tentativa, puesto que la misma Ley añade a continuación: «Si los precios llegaren a ser alterados, la pena será de presidio menor en toda su extensión y multa de 10.000 a 100.000 pesetas.»

En el párrafo siguiente del mismo artículo se prevé el caso en que las maquinaciones vayan dirigidas a aumentar los precios de las subsistencias, y entonces las penas señaladas se aplicarán en su grado máximo.

OCULTACIÓN

La Ley de 16 de Octubre de 1941 define este delito, diciendo: «Se entenderá,por ocultación, la sustracción a la venta o a las disponibilidades de los Organismos correspondientes, de las existencias, bien por falsa negativa de su tenencia o defecto de la declaración obligada, con posibilidad de especulación. Para que se dé este delito se precisa pues una posibilidad de especulación, sin que haga falta—al igual que en el acaparamiento—ni siquiera la intención de especular. Por otra parte, aunque se falte a requisitos de declaración, si los Organismos Oficiales, bien sea por Libros oficiales de movimiento de mercancías, pueden darse cuenta de las cantidades almacenadas, ello es suficiente para que desaparezca la figura delictiva de ocultación.

La diferencia entre acaparamiento y ocultación parece estribar en la diferencia en las cantidades—en el acaparamiento son mayores y capaces de cambiar los precios del mercado—, además otra nota diferencial nos viene dada por la frase «anormal en cuanto a la cantidad», requisito del acaparamiento y no de la ocultación; es decir, que si un señor, gran cosechero, no declara la producción incurrirá en delito de ocultación y no de acaparamiento puesto que la cantidad no es normal, distinto sería el caso de otro señor que no tiene fincas que va almacenando cantidades con que comercia hasta conseguir un gran «stock», en este caso es un almacenamiento de cantidad anormal.

Penalidad.—Se le asigna la misma penalidad que en el caso de acaparamiento.

SALIDA CLANDESTINA DE ARTÍCULOS INTERVENIDOS

«Se considerará comprendida en el artículo anterior—artículo que fija el tanto de culpa a la Autoridad Judicial Militar—toda salida clandestina de artículos intervenidos, por nuestras fronteras.» (Art. 3.º de la L. de 24 de Junio de 1941 y 4.º de la de 16 de Octubre del mismo año).

Indiscutiblemente que por fronteras se entiende todo límite del

territorio español y comprendiéndose, por lo tanto, la salida clandestina por vía marítima.

Penalidad.—Relacionando el citado artículo con el anterior a que alude se hará «aplicación de las penas que el Código de Justicia Militar establece para el delito de rebelión.» Ello no quita la responsabilidad por el delito de contrabando que es exigible por los Organos competentes.

VENTA ILEGAL

Según el artículo 1.º de la Ley de 16 de Octubre de 1941, se comete este delito con la «.....venta a precio abusivo o no autorizada de artículos destinados a la alimentación humana o del ganado, que por disposiciones del Gobierno sean sujetos a intervención o tasa, y de artículos de uso y consumo indispensables, comprendiendo en éstos: el carbón para usos domésticos, los medicamentos, los vestidos y calzado de uso general y los jabones y lejías.

De todo ello se deduce que hay venta ilegal cuando se elevan abusivamente los precios y cuando se venden sin autorización artículos intervenidos.

Penalidad.—«Los que, aún sin acaparamiento, elevaren abusivamente los precios legítimos de las mercancías serán castigados con la pena de arresto mayor en toda su extensión y la de multa del duplo al décuplo del valor de aquélla» (artículo 3.º L. 26 de octubre de 1939).

«Si... tuviera por fin o fuere de tal gravedad que perturbare el normal desarrollo de la economía nacional, se impondrá la pena inmediatamente superior en grado y la multa del quinto al décuplo del valor de las mercancías». (Ibid.)

«En caso de reincidencia se impondrá, además... la de inhabilitación, en sus grados mínimo y medio, para el ejercicio de la industria o comercio a que el culpable se dedicare y se decretará el cierre temporal o definitivo de sus establecimientos.» (Ibid.)

«Los géneros y mercancías serán en todo caso decomisados». (Ibid.)

Si la elevación de precios corresponde a subsistencias, en conformidad con el artículo 1.º de la L. de 16 de octubre de 1941 en relación con la L. de 30 de septiembre de 1940 y el artículo 4.º del D. de 31 de diciembre de 1941, el delito se castigará como constitutivo de rebelión.

El artículo 13 de la Ley de de 30 septiembre de 1940 pena como rebelión cuando este delito se realiza en conexión con elementos revolucionarios o de forma que produzca vehementes indicios del propósito de perturbar el orden o economía nacional.

Teniendo en cuenta el artículo 1.º de la L. de 16 de octubre de 1941—relacionado con la L. de 30 de septiembre de 1940—la venta no autorizada de artículos sometidos a intervención de Abastos se sanciona como rebelión.

OBSERVACIONES GENERALES

Pueden darse los delitos conexos, y en algún caso ya lo hemos indicado.

Son aplicables las disposiciones del Código Penal sobre tentativa y frustración, y en lo referente a cómplices y encubridores.

Son interesantes los artículos 6.º y 7.º de la Ley de 26 de octubre de 1939.

«Los que mediante el cierre injustificado de sus establecimientos industriales o comerciales, o por otros medios, contribuyeren a los fines sancionados por esta Ley serán castigados con las penas de arresto mayor a presidio menor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas. Cuando estos hechos se ejecutaren mediante coligaciones, o si los medios empleados causaren grave perturbación a la economía nacional, serán castigados con la pena de presidio mayor y multa de 25.000 a 100.000 pesetas, la de inhabilitación para el ejercicio de su industria o comercio y el cierre temporal o definitivo de sus establecimientos» (artículo 6.º)

«Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Código Penal común, relativas a la complicidad y al encubrimiento, serán

castigados, al arbitrio del Tribunal, con la pena de arresto mayor a presidio menor y multa de 500 a 25.000 pesetas, los que con ánimo de lucro o de perturbar la economía nacional cooperaren de cualquier manera a la ejecución de los delitos penados por esta Ley. Los Tribunales, para graduar la pena, tomarán en cuenta las circunstancias del culpable y los motivos y efectos del delito» (artículo 7.º)

En el artículo 8.º de la misma Ley se respeta el principio «*nullum crimen sine lege*», debiendo, en todo caso, los Tribunales competentes dar cuenta a la Presidencia del Consejo de Ministros de los actos de índole análoga que consideren dignos de ser sancionados y que en la actualidad no se hallen.

PROCEDIMIENTO

El procedimiento contra los delitos en materia de abastos, está regulado por el Código de Justicia Militar. El sumarísimo en los artículos 649 y siguientes, en relación con el ordinario de que se trata en los artículos 397 y siguientes.

Las diligencias se dividen en sumariales y de plenario; las primeras se verifican sin intervención del encartado y en las segundas se le permiten las pruebas que pueda alegar para su defensa.

En la investigación sumarial se une, a la orden de proceder, los antecedentes que haya enviado la Fiscalía de Tasas (O. 24 de octubre de 1941). En el período plenario se puede distinguir: estudio de autos, vista de la causa, fallo y aprobación. En cuanto a la ejecución de la sentencia se ocupa el C. de J. M. en su Título: «De la ejecución de las sentencias»; artículos 631 y siguientes. La pena de muerte, para su ejecución, precisa el «enterado» de S. E. el Jefe del Estado.

Es interesante la O. de 6 de diciembre de 1941, en que se dispone no poder concederse a los procesados por delito de acaparamiento, ocultación de mercancías y elevación abusiva de precios, libertad provisional ni prisión atenuada. Tampoco le son aplicables los beneficios concedidos a los sexagenarios en prisión, ni las disposiciones dictadas sobre redención de penas por el trabajo.



DOCTRINA DE JOVELLANOS SOBRE TRABAJO Y ABASTECIMIENTO

POR

JOSE MARIA VIRGOS ORTIZ

Esta interesante materia, que tan grandes problemas entraña en los tiempos porque atravesamos, fué tratada por el insigne Jovellanos.

El abastecimiento es factor íntimamente ligado a estos dos: trabajo y producción. Con el trabajo se produce, y lo que se produce se consume, siendo una de las materias a consumir la de la alimentación, que está ordenada y regulada por las leyes del abastecimiento.

Es el trabajo la participación del hombre en la producción, el esfuerzo encaminado al engrandecimiento, esfuerzo que se transforma de personal en colectivo, que siguiendo las más acertadas teorías se divide dando lugar a las especialidades que tanto mejor resultado dan cuanto mayor es la vocación personal. Es el trabajo quien despierta y pone en tensión las actividades y reservas de la Nación, y por consiguiente hay que librarlo de influencias antinacionales, y hay que encauzarlo dentro del bien general, de forma que ha de estar vigilado y subordinado al Estado, no para que éste valiéndose de su privilegiada situación lo avasalle, sino para obtener una mayor eficacia—requerida por el interés nacional—y evi-

tar que jueguen con el trabajo las negras conciencias que merecen el desprecio de todos.

El hombre ha de valerse de sus facultades para hacer frente a la vida; la frase divina «ganarás el pan con el sudor de tu frente», es el blasón de la dignidad humana y al mismo tiempo debe ser su orgullo, pues no se puede consentir la esterilidad de nadie toda vez que ello pugna con el sentimiento religioso y con el nacional. El trabajo, físico o intelectual, es el deber impuesto por Dios para el cumplimiento de los fines terrenales y también el barómetro de las naciones.

Jovellanos opina que el trabajo intelectual se ha de hacer no con miras egoistas sino pensando en el engrandecimiento de la Patria; no reteniendo los frutos obtenidos sino llevándolos a la práctica, y así dice «la patria no os apreciará nunca por lo que supiereis sino por lo que hicieris (1). Gran realidad que nos muestra a lo que estamos obligados; si es justo que juremos dar por nuestra Patria hasta la última gota de sangre, no lo es menos que a ella debemos ofrecer lo que tengamos y valgamos. Como se tiende al engrandecimiento, al más allá en todo, es preciso que todos cooperen, cada cual en su medida, con lo que posea, y no se puede perdonar que el que tenga conocimientos los deje de aplicar.

En lo que al trabajo físico se refiere, sucede otro tanto. Formando parte de una gran máquina, cada cual ha de cumplir su cometido con la mayor energía, con todas sus posibilidades y aptitudes, en orden al mejor desarrollo de la economía nacional como afirma el Fuero del Trabajo (I, 1).

También es el trabajo un mandato divino, reconociéndolo así Jovellanos: «la primera ley la dictó al hombre su omnipotente y misericordioso Criador, cuando, por decirlo así, le entregó el dominio de la tierra. Colocándole en ella y condenándole a vivir del

(1) Discurso sobre la necesidad de unir el estudio de la literatura a las ciencias. Obras de D. Melchor Gaspar de Jovellanos; tomo III, pág. 532. Edición Mellado. Madrid, 1845.

producto de su trabajo, al mismo tiempo que le dió el derecho de enseñorearla, le impuso el deber de cultivarla y le inspiró toda actividad y amor a la vida que eran necesarios para librar en su trabajo la seguridad de su subsistencia» (1). Y al ser un deber impuesto por Dios ha de cumplirse con la mayor exactitud y meticulosidad.

«El hombre debe vivir de los productos de su trabajo. Esta es la pena de la primera culpa; una pensión de la naturaleza humana; un decreto de la boca de su mismo Hacedor. De este principio se deriva el derecho que tiene todo hombre a trabajar para vivir; el derecho absoluto que abraza todas las ocupaciones útiles y tiene tanta extensión como el vivir y conservarse» (2).

Es, para el insigne asturiano, la libertad de trabajo algo intangible y he aquí su expresión: «poner límites a este derecho es defraudar la propiedad más sagrada del hombre, la más inherente a su ser, la más necesaria para su conservación»; y añade aún: «suponiendo al hombre en sociedad se debe respetar este derecho. Ninguno ha renunciado de su libertad natural sino aquella parte que es absolutamente necesaria para conservar el estado sin menoscabo de la propia conservación (3). Hemos de tener presente al glosar, que si hoy levantara la cabeza Jovellanos no defendería esta tesis de manera tan radical como en su época hizo. Es en efecto el trabajo un derecho y también un deber, pero hay que condicionarlo, es decir, que ha de ir paralelo a las aptitudes, habiendo de trabajar allí donde se dé un mayor rendimiento, donde se tengan más aptitudes y más vocación, donde el esfuerzo prestado pueda ser mayor; esta es la doctrina más conveniente: lograr conocer donde puede el in-

(1) Informe sobre la Ley Agraria. Obras de D. Melchor Gaspar de Jovellanos; tomo I, pág. 34. Edición Mellado. Madrid, 1845.

(2) Informe a la Junta General de Comercio y Moneda. Colección de obras en prosa y verso de Jovellanos. Tomo I, pág. 146. Imprenta de D. León Amarita. Madrid, 1830.

(3) Informe a la Junta General de Comercio y Moneda. Colección de obras en prosa y en verso. Tomo I, pág. 147. Imprenta Amarita.

divíduo desarrollar el máximum de sus facultades en consonancia con su inteligencia y fuerzas y evitar que se malgasten hombres desviados, por tantas causas, del lugar en el que pueden destacar.

Por lo tanto la iniciativa privada, individual, no se ha de estorbar ni de dificultar, todo lo contrario, ha de ser estimulada y fomentada por la gran importancia que tiene. Al tratar las ventajas que en el trabajo tiene la libertad, y los inconvenientes de los gremios, el gran pensador asturiano dice: «el ingenio al favor de la libertad, y estimulado del interés, observa, ensaya, inventa, imita, produce nuevas formas y crea finalmente objetos que al favor de la novedad se buscan y recompensan con gusto del consumidor. Los gremios... con su vigilancia amedrantan el ingenio y le retraen de estas útiles pero peligrosas tentativas» (1).

Esta actitud de protección, de amparo y de aliento es la que debe presidir las direcciones de las leyes; «donde quiera que las leyes protejan la propiedad de la tierra y del trabajo, se logrará la perfección y todos los bienes que estén pendientes de ella» (2). Protección sí, intervención no; la Carta del Lavoro (IX) permite la intervención del Estado en la producción económica solo cuando falte o sea insuficiente la iniciativa privada o cuando estén en juego intereses políticos del Estado, asumiendo esta intervención las formas de control, fomento y de gestión directa; entonces sí debe el Estado mezclarse, por así decir, puesto que la economía nacional lo requiere, pero mientras esto no suceda, ha de permanecer en actitud expectativa—más que expectativa, de visión espectabilísima—por la importancia tan vital que el trabajo tiene.

Las leyes que sobre esta materia se dicten «han de proteger el interés privado, mientras se contenga en los límites señalados por la justicia, solo debe salirse al paso cuando empiece a traspasar-

(1) Informe a la Junta General de Comercio y Moneda. Colección de obras en prosa y verso. Tomo I, pág. 151. Imprenta Amarita. Madrid, 1830.

(2) Informe sobre la Ley Agraria. Obras de Jovellanos. Tomo I, pág. 37. Edición Mellado. Madrid, 1845.

los» (1). La ley debe animar el interés de los agentes separando los obstáculos que puedan obstruir o entorpecer su acción y movimiento» (2). Jovellanos concede grandísimo valor al interés particular y no le falta razón; complaciendo este interés, dándole facilidades, se llega fácilmente al bien común, pero para arribar felizmente a este término es preciso alejar por completo toda suerte de partidismos, favoritismos y privilegios; las ventajas han de ser por igual para todos, y concediendo un libre margen de movimiento, con lo que no se pueda resentir en nada el interés personal, sino que encontrando un campo grande de acción cada vez se irá a más, el interés aspirará y logrará más, y entonces en este estado de prosperidad resultan beneficiados los particulares y la colectividad. «Las leyes en vez de proponerse y seguir constantemente un objeto solo y general, descendieron a proteger con preferencia aquellos ramos que prometían momentáneamente más utilidad. De aquí nacieron tantos sistemas de protección particular y exclusiva, tantas preferencias, tantos privilegios, tantas ordenanzas, que solo han servido para entorpecer la actividad y los progresos del cultivo» (3). Y es verdad, porque «el objeto de las leyes agrarias solo se puede dirigir a tres fines: extensión, perfección y utilidad del cultivo; y a los mismos también son conducidos naturalmente por su particular interés los agentes de la agricultura» (4), y como al existir privilegios y preferencias no se tiende a lo general sino a beneficiar en una determinada cosa a cierta persona o grupo de personas los coloca en una situación extraordinaria que hace perder el estímulo, nacer discordias, que apartan del sentido, a que se debe tender, a determinadas personas tentando a otras para que sigan ese camino tan fácil, y en definitiva reduce la buena voluntad que anima a los demás.

(1) Informe sobre la Ley Agraria. Tomo I, pág. 38. Edición Mellado.

(2) Informe sobre la Ley Agraria. Tomo I, pág. 33. Edición Mellado.

(3) Informe sobre la Ley Agraria. Tomo I, pág. 79. Edición Mellado.

(4) Informe sobre la Ley Agraria. Tomo I, pág. 39. Edición Mellado.

La ley ha de procurar no chocar con el interés individual pues de lo contrario se empieza ya torciendo la voluntad, factor muy importante, se reduce su campo de acción y les da el sentimiento de la rebelión. En las épocas de normalidad el interés particular va unido al general; cada cual aspira a ser más, agudiza su ingenio su anhelo el ascender el nivel cultural, de trabajo, de capital; en busca de esto indaga y se resuelve, y esto es lo que quiere y clama el interés nacional, esa subida de nivel, que si el particular pone todos los medios para lograrla, el Estado se la debe facilitar porque también es él beneficiado con ello. «Las leyes empezaron a pugnar con el interés personal, y la acción de este interés fué tanto menos viva y diligente cuanto menos libre en la elección de fines y en la ejecución de los medios que conducían a ella (1).

Una vez sentadas las bases, que con estilo convincente señala Jovellanos, entramos en el complicado organismo del trabajo. Consecuencia del aumento de la capacidad productora, del perfeccionamiento y mejor aprovechamiento, surge la división del trabajo; división que no admite dudas en cuanto a los resultados. La división implica el distribuir el trabajo complejo por materias, que en concatenación armónica tiene por objeto el lograr en las mejores condiciones de calidad y cantidad el producto. Ha de pasar, en este proceso evolutivo, por distintas manos, y en consecuencia cuanto mejores sean tanto mejor fruto darán. «El inmenso producto se debe todo a la buena división y población de sus suertes» (2).

Para conseguir la mejor especialización se ha creído que la solución estaba en el aprendizaje; Jovellanos se muestra contrario a ello por la igualdad de marcha que se lleva en los lugares destinados al efecto, con el consiguiente retardo para los más afortunados en ingenio; por la cantidad de tiempo que allí se está con perjui-

(1) Informe sobre la Ley Agraria. Obras de Jovellanos. Tomo I, pág. 37. Edición Mellado. Madrid, 1845.

(2) Informe sobre la Ley Agraria. Obras de Jovellanos. Tomo I pág. 67. Edición Mellado. Madrid, 1845.

cios en muchos órdenes. Sin embargo no deja de ser conveniente una previa orientación técnica, breve y elemental, que oriente las naturales dotes para que de esta manera nunca falle el apoyo necesario; ciertamente que las dificultades para su establecimiento son muy grandes, como todo plan de enseñanza, en los que hay que partir de la base del profesorado, sin el cual fracasa todo, y que contando con un buen plantel de profesores puede dar resultado o no el método.

De la colaboración disciplinada, regular y constante de cuantos elementos intervienen en ella, como son el empresario, el técnico y el obrero, cuyas funciones han de ser respetadas y exaltadas, así como sus derechos y prerrogativas inherentes a cada uno, surge la producción.

Y con el fin de mejorarla se han utilizado los gremios que Jovellanos ataca acaloradamente. Merman, en primer lugar la libertad, que para él es cosa sagrada; impiden la unión de la labranza con la industria; estorban su progreso, resistiendo ya a la creación de artes nuevas, ya a la división de las antiguas; clasifica por materias de producción, necesitándose una capacitación que dificulta mucho por los privilegios que obtienen los que tienen influencias, es perjudicial que para retroceder y emprender una nueva ruta tengan que efectuar estos estudios que truncan las ilusiones y esperanzas de quien a esa edad no puede detenerse.

La opinión del gran asturiano es de libertad, pero no absoluta sino mediante el siguiente procedimiento a seguir en las grandes ciudades, puesto que en los demás pueblos es conocido el vecindario por su padrón general y no se necesitan más reglas de policía que las comunes. Se habrán de formar matrículas generales de cada arte, en que figurarán los maestros con tienda u obrador público, oficiales sueltos, o aprendices. Esta matrícula se renovará todos los años, y en ella se harán constar las alteraciones sufridas. En aquellos lugares de excesivo número de individuos, la matrícula se puede hacer por cuarteles. El que sepa dos o más oficios se puede matricular en todos y ejercerlos todos sin ningún embarazo.

Con el fin de formar las matrículas existirá un síndico, que se nombrará por cada oficio con la condición «sine que non» de ser profesor del mismo, designado por el Ayuntamiento cada dos años, pudiendo ser reelegido para cuyo caso se precisa el consentimiento del interesado. A más de la matrícula, llevará las autorizaciones para abrir tiendas, las contratas de aprendizaje entre maestros y padres de los aprendices, la residencia de los que vienen de fuera, y en general lo relativo a la buena marcha de su función; han de velar también sobre la conducta de los artistas, serán los jueces de paz, cuidarán del buen orden. Las juntas de individuos de un mismo arte solamente se podrán efectuar a sabiendas del síndico, quien se lo comunicará a la justicia y ésta habrá de acceder a la licencia siempre que exista justa causa.

Donde hubiere establecida sociedad patriótica se nombrará para cada oficio un socio protector, a cuyo cargo correrá también promover el bien y el provecho del arte y de los que lo profesan. Informará al síndico de cualquier abuso que perjudique el arte, así como de todo lo que tienda a engrandecerlo, cosa que comunicará a su respectivo cuerpo; serán algo así como los fiscales de los síndicos y al mismo tiempo sus asesores y consejeros. Es su misión conservar el libre ejercicio de las artes, hacer cumplir las contratas celebradas por individuos de cada arte y dar conocimiento de todo lo que hagan a la sociedad de que son miembros.

La protección en las artes será en lo que se refiere a la enseñanza, fomento y socorro de los artistas. El aprendizaje, en las artes sencillas, será libre y mediante acuerdo de los padres o tutores de los jóvenes con los maestros; sin embargo como la industria no puede mejorarse en otras artes si no es con una enseñanza metódica, se establecerán a tal fin en cada capital dos especies de escuelas en que se enseñen los principios generales y particulares de las artes, que son más bien de perfeccionamiento; estima muy convenientes los premios otorgados a la aplicación y aprovechamiento para que se anime a los principiantes y acudan a estas escuelas

(que son libres) que celebran sus funciones en días y horas desocupadas.

En cuanto al fomento hay que empezar por animar la industria nacional proporcionándole una ventajosa concurrencia con la extranjera, a este efecto es loable el sistema de aduanas. En el mismo sentido han de establecerse los impuestos tras un perfecto conocimiento del estado de nuestra industria en todos sus ramos. Toda invención, o descubrimiento útil, o mejora hecha por un artista será recompensada para estímulo de los demás. Los establecimientos, de naturaleza difíciles y costosos en exceso serán ayudados útilmente pero nunca con privilegios exclusivos. Los descubrimientos extranjeros serán repartidos por el Gobierno entre los artistas mejores. Estima conveniente Jovellanos los pósitos o montes públicos donde se den a los artistas a reducido precio y bajo rédito, materiales o dinero; así como el establecimiento de lombardos donde se den las dos terceras partes del valor de la obra hasta que ésta se venda. Considera inútiles los socorros—la libertad es el mejor, según él—los hospicios, las casas de caridad, los montes-píos. Para las viudas opina que lo mejor es proporcionarles nuevo estado, y para los huérfanos enseñarles un arte; para los enfermos, viejos e impedidos del todo, mejor que hospitales el socorrerlos en sus casas. Las casas de trabajo en las que viejos, impedidos, mujeres y niños pueden ganar algún jornal con trabajo seguro proporcionado a sus fuerzas y bien recompensado, lo considera ideal.

Para una mejor seguridad pública, nadie podrá abrir tienda, taller u obrador público sin licencia del juez, intervenida por el síndico, sentada en su libro de toma de razón y anotada en las matrículas. Para obtenerlas hay que dirigirse al juez, quien oído los informes del síndico y otras personas sobre el arte, conducta, etc., se la otorgará gratis, sin necesidad de examen, fianzas, ni otros requisitos de esta índole. Para conceder el permiso se precisa: estar matriculado, tener 18 años siendo casado y 25 si no lo estuviere, recomienda la necesidad de saber leer y escribir así como el haber asistido con aprovechamiento durante algún tiempo a la escuela

particular de su arte, aunque esto lo somete a dudas. Las mujeres obtendrán la licencia reuniendo las circunstancias y formalidades anteriores, con la condición de que la que no sea casada deberá tener un oficial de buena habilidad y conducta para el manejo de la tienda, y para lo que no sea propio del sexo de la mujer. Las tiendas públicas se podrán abrir en cualquier distrito de la población sin sujeción a calle, barrio ni demarcación determinada.

En el supuesto de que algún artista ejecutare alguna obra defectuosamente o mal, la parte perjudicada le puede denunciar ante el síndico, quien examinará la obra, y resolverá cuando hay conformidad por ambas partes. De todas formas cabe siempre el recurso ante el juez, propio en estas lides internas. Las penas impuestas han de ser proporcionadas a la naturaleza del exceso. Las artes y profesiones que puedan cometer engaños de mayor envergadura, como son las que trabajan en oro, plata y piedras preciosas, podrán tener ordenanza particular, pero sin gremio.

Y por último, nos queda por examinar la cuestión de la supremacía de lo nacional sobre lo extranjero, que Jovellanos nos recalca en muchos pasajes de sus obras. «El primer objeto de la industria de una nación es surtirse a sí misma; el segundo, formar sobrantes para surtir a las colonias ultramarinas, y el tercero, multiplicar estos sobrantes, buscando su consumo en cualquiera parte del mundo». «La preferencia deberá ser general; esto es, concedida indistintamente a todos los nacionales respecto de todos los extranjeros» (1).

En primer lugar se ha de actuar con los productos nacionales; si no son suficientes, entonces se puede permitir la entrada, pero siempre teniendo en cuenta que no se reduzca y, no digamos, se agote el comercio nacional.

(1) Informe de la Junta de Comercio y Moneda sobre fomento de la marina mercante. Colección de obras de Jovellanos, Tomo I, pág. 121. Edición León Amarita, Madrid, 1830.

ABASTECIMIENTO

«Las tierras, como todas las cosas comerciabiles, reciben en su precio las alteraciones que son consiguientes a su escasez o abundancia, y valen mucho cuando se venden pocas, y poco cuando se venden muchas» (1).

He aquí la incógnita del abastecimiento: si hay poca producción existirá poca oferta, los precios subirán y entonces se presenta el problema de tan alto relieve; ¿cómo combatir la carestía? Dos son las soluciones: tasa o libertad, extremos opuestos radicalmente.

Pero antes de entrar a fondo en la cuestión habremos forzosamente de distinguir los períodos normales de los anormales. Cuando tras una mala cosecha escasean los productos, se podrá optar por uno u otro sistema; siendo lógico que suban los precios y de esta manera se evite la total ruina de los damnificados por los rigores de la naturaleza, «siendo los frutos de la tierra el producto inmediato del trabajo, y formando la única propiedad del colono, es visto cuán sagrada y cuán digna de protección debe ser a los ojos de la ley esta propiedad, que de una parte representa la mayor y más preciosa porción de los individuos del estado, y de otra la única recompensa de su sudor y sus fatigas» (2). Pero cuando en enconada lucha, o tras ella, la nación se encuentra con una deficiente producción, evidentemente alcanzan cifras exorbitantes los precios de los productos, y no queda otra solución que la de la tasa hasta que la completa normalidad reine y vuelvan a oscilar los precios dentro de los límites normales.

Jovellanos, siempre fundándose en la libertad, ataca abiertamente las tasas; les encuentra inconvenientes por todos los lados,

(1) Informe sobre la Ley Agraria. Pág. 103.

(2) Informe sobre la Ley Agraria. Obras en prosa y verso de Jovellanos. Tomo I, pág. 139. Edición Mellado. Madrid, 1845.

y culmina diciendo que «el privilegio de la tasa es injusto, antieconómico y antipolítico por su esencia» (1).

Es el origen de la tasa consecuencia del descuido con que las leyes han mirado la policía alimentaria de los pueblos. «abandonándola a la prudencia de los gobernadores, y la facilidad con que han sido aprobadas o toleradas sus ordenanzas municipales; puesto que las tasas y posturas de los comestibles no se derivan de ninguna ley general sino de alguno de estos principios» (2).

«Las leyes prohibitivas disminuyendo el número de los vendedores facilitaron el monopolio, y de éste nacieron la escasez aparente y el alto precio. Entonces se buscó su remedio y se inventó el de la tasa» (3).

Libertad de comercio, pide Jovellanos, y para llegar a esto se precisa el fomento de la agricultura, su protección y aumento, permitir la libre concurrencia, y ella se encargará de evitar altos precios y sus alteraciones sensibles. Porque la tasa fija un precio arbitrario, que será en perjuicio de los vendedores, con lo cual el número de éstos quedará sumamente reducido, intentarán en un principio quebrantar la tasa, y si ésto no lo pueden realizar, vendrá la alteración de la materia en su peso o en su medida. La tasa por otro lado nunca puede encontrar el punto preciso puesto que el Gobierno es imposible que siga las vicisitudes de los principios que fijan la justicia de los precios. Ordinariamente no solo los magistrados municipales sino también sus inmediatos subalternos caen en la injusticia porque dan todo su cuidado a las conveniencias de la población urbana prescindiendo de las del propietario de los frutos; de aquí nace la esclavitud en el tráfico de abastecimientos, to-

(1) Informe sobre la Ley Agraria. Obras de Jovellanos. Tomo I, pág. 92. Edición Mellado. Madrid, 1845.

(2) Informe sobre la Ley Agraria. Obras de Jovellanos. Tomo I, pág. 141. Edición Mellado, Madrid, 1845.

(3) Apuntes para una memoria que tenía proyectada el autor y no llegó a extenderla. Obras en prosa y verso de Jovellanos. Tomo I, pág. 198. Edición León Amartita. Madrid, 1830.

da vez que los manantiales de la abundancia no están en las plazas sino en los campos, que solo puede abrirlos la libertad y dirigirlos a los puntos donde les llama el interés. En consecuencia, si este interés se estorba y dificulta, determina el destierro de la abundancia y ya pueden adoptarse cuantas posturas se tomen, pues la carestía de los comestibles resulta de la falta de abundancia; de ella es de donde únicamente se puede esperar la baratura y solo la esperanza de lograr un interés puede excitar al cultivador para multiplicar sus frutos y traerlos al mercado.

La libertad es la base para ello. Las tasas y reglamentaciones desalientan el cultivo, la prohibición de comprar fuera de puertas, las de no vender sino a ciertas horas, en ciertos puestos, y bajo ciertas formas impuestas a los revendedores; las preferencias y tanteos en las compras concedidas a ciertos cuerpos y personas; y tantas otras providencias semejantes de que están llenos los reglamentos municipales, destierran la concurrencia y producen la carestía inevitablemente.

Con la libertad es imposible surja el monopolio, perjudicial en todos los sentidos, porque aun en el caso de que quieran ser monopolistas, queriéndolo ser todos no lo es ninguno. Precisamente hay que fomentar la concurrencia, y para ello nada como la libertad del comercio interior, el intercambio de unas provincias con otras. Y no solo el comercio interior, sino que cuando exista sobrante, las leyes deben permitir la libre exportación considerándola como un derecho de la propiedad de la tierra y del trabajo, y también como un estímulo del interés individual, que si por otro lado no puede vender sus productos a precio arbitrario, toma el partido de no cultivarlos.

Concluye su teoría Jovellanos diciendo que cuando el colono se halle en situación de multiplicar sus ganados y frutos; cuando pueda venderlos libremente al pie de su suerte, en el camino o en el mercado al primero que le saliere al paso; cuando todo el mundo pueda interponer su industria entre el colono y el consumidor; cuando la protección de esta libertad anime igualmente a los agen-

tes particulares e intermediarios de este tráfico; entonces los comestibles abundarán cuanto permita la situación coetánea del cultivo de cada territorio y del consumo de cada mercado. La tasa es contraria a la libertad, y por lo mismo al primer principio político, que aconseja dejar a los hombres la mayor libertad posible, a cuya sombra crecerán la industria, el comercio, la población y la riqueza.

Sienta el magno D. Gaspar Melchor Jovellanos su doctrina sobre el abastecimiento en el Informe sobre la Ley Agraria y en los «Apuntes para una memoria muy interesante que tenía proyectada el autor, y no llegó a extenderse».



CONFERENCIAS PRONUNCIADAS EN LISBOA Y OPORTO POR EL PROFESOR MASAVEU

Nos complace dar cuenta, como información de importancia para nuestros lectores, de la embajada científica de que ha sido portador recientemente en Portugal el Profesor de la Universidad de Madrid y de la Escuela de Estudios Penitenciarios D. Jaime Masaveu, antiguo alumno y docente en esta Universidad.

En efecto, el *Instituto de Alta Cultura* lusitano, equiparable en su rango, estructura y finalidades a nuestro *Consejo de Investigaciones Científicas* (1), cursó invitación oficial al Dr. Masaveu para pronunciar varias conferencias en los Centros Académicos Superiores de Lisboa, siendo el primer jurista español en quien ha recaído distinción tan significada.

Omitiendo en las presentes líneas los renovados homenajes de todos órdenes que la intelectualidad del país vecino ofreció el Profesor español, nos limitamos a recoger los principales guiones de sus conferencias.

La primera de ellas tuvo lugar el 16 del pasado noviembre en la Academia de Ciencias de Lisboa con este título: DINAMICA DE LA LEGISLACION PENAL

(1) Se subtítulo como «a entidade oficial de más alta categoría para o estabelecimento de relações culturais internacionais e para o progresso dos estudos científicos, literarios e artísticos».

EN FUNCION DE SUS DETERMINANTES BIOLOGICAS Y DOGMATICO-TECNICAS. Versó sobre los siguientes puntos fundamentales: 1.º Transformaciones de Derecho Público desde la Paz de Versalles; a) Derecho Político; b) Derecho Internacional; c) Derecho Penal. 2.º Estudio de la Dinámica Biológico Legislativa; a) Concepto para una sistematización propia; b) Tónica singular de determinadas legislaciones (Alemania—La U. R. S. S.—Italia—Dinamarca—Letonia—Otros Países); c) Referencia especial a España. 3.º La Dinámica dogmático-técnica y sus aspectos; a) Modernos Proyectos en Europa y América; b) Los Códigos Penales de los últimos lustros; c) Resumen.

La sesión, a la que se confirió caracteres de gran solemnidad, fué presidida por las siguientes ilustres personalidades de la ciencia portuguesa: Excelentísimos Sres. Profesores Dr. Acevedo-Neves, (Presidente de la Academia); G. Gordeiro Ramos, (Presidente del Instituto de Alta Cultura y ex-ministro de Educación Nacional), y Moses B. Amzalak (Vicerrector de la Universidad Técnica). Hizo la presentación del conferenciante, certera y documentadamente, el Profesor Acevedo-Neves. De ella entendemos oportuno reproducir aquí las palabras preliminares y las postreras:

«El Profesor Dr. Jaime Masaveu es una de las más ilustres personalidades del moderno Derecho Penal. Privilegiado talento, actividad excepcional, abnegado amor por la investigación y por el estudio, notables cualidades de conferenciante, escritor fecundo, criterio sólido y bien orientado, tales son las características esenciales de su vida, consagrada a la ciencia a que especialmente se dedicó» (1). «Antes de terminar deseo referir el particular significado de la visita del Profesor Masaveu. Su venida a esta casa y a nuestro país es una valiosísima contribución para el estrechamiento, que deseamos cada vez más íntimo, de las relaciones de sólida amistad y de cultura intelectual, entre España y Portugal, los dos países hermanos y amigos. España y Portugal comprenden, sienten y tornan cada vez más intenso el afecto que les une,—afecto de hermanos, repito—y el valor de su predominio en muy diversos aspectos de la civilización mundial» (2).

El 17 de noviembre pronunció D. Jaime Masaveu la segunda de sus conferen-

(1) «O prof. Dr. Jaime Masaveu e figura das mais ilustres de moderno direito penal. Privilegiado talento, actividade excepcional, dedicado amor pela investigacao e pelo estudo, notáveis qualidades de conferencista, escritor fecundo, criterio sólido e bem orientado, tais sao as características essenciais de sua vida, consagrada a ciencia a que especialmente se dedicou». (Texto original del Discurso de presentación).

(2) «Antes de terminar desejo referir o particular significado de visita do professor Masaveu. A vinda a esta casa e so nosso País e valiosíssima contribuição para o estreitamento, que desejamos cada vez mais íntimo, das relações de sólida amizade e da cultura intelectual entre a Espanha e Portugal, dois países irmãos e amigos. Espanha e Portugal compreendem, sentem e tornam cada vez mais intenso o afecto que os prende,—afecto de irmãos, repito,—e o valor de seu predominio em muy diversos aspectos da civilização mundial». (Original português del Discurso de presentación).

cias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, presidiendo el Excelentísimo Sr. Rector, Profesor Pinto Coelho, y tras haber sido presentado por el Profesor Rui Ulrich, ilustre Decano de la Facultad, quien encareció que la Universidad (y particularmente su Facultad de Derecho) se sentía muy honrada con las lecciones que el Profesor español iba a desarrollar en aquella casa.

Con el título de *La Heterodoxia del Derecho Penal en los Estados de signo totalitario*, afrontó éste la exposición de un tema de sugestivo interés, ciertamente, pero no exento de dificultades técnicas y políticas. Ya en la introducción se manifestó el absoluto rigor científico con que iba a tratarse tan delicada materia, analizándose seguidamente la filosofía del Derecho Penal clásico, llamado también liberal, y las rectificaciones a que ha dado lugar la evolución operada en los principios legislativos dentro de aquellos países en que los Gobiernos y las tradiciones liberales han venido cediendo para dejar paso a fórmulas políticas que inauguran nuevos sistemas gubernamentales y diversas concepciones respecto a la función y fines transcendentales del Estado, sin excluir la oportunidad de medios idóneos. Cerróse la disertación con un amplio estudio crítico de todos los aspectos señalados, circunscrito al área privativa del Derecho Penal.

Se celebró la tercera conferencia al siguiente día, en la Facultad de Medicina—Instituto de Medicina Legal—bajo la presidencia del Dr. Acevedo Neves, director del mismo y Rector de la Universidad Técnica. De acuerdo con el lugar se había elegido cuidadosamente el tema *Hacia una superación de las concepciones metafísica y naturalista, ante el problema de la delincuencia*. El conferenciante dedicó unas palabras de prólogo a subrayar el interés que, como criminalista, le había suscitado en todo tiempo la Medicina Legal.

Las relaciones frecuentes y complejas entre la Medicina Legal y el Derecho Penal y la Criminología, constituyeron el tema de esta erudita lección. Se arrancó del momento en que el delincuente es detenido por la Policía, hasta llegar, pasando por la totalidad de las etapas, a su comparecencia ante los Tribunales—con todo el cortejo de dificultades en la apreciación de las pericias médicas—y al internamiento o reclusión correspondiente al fallo, a través de las distintas modalidades de cumplimiento. Antes, había enfocado Masaveu, entre otros, los discutidos problemas de la herencia fisiológica, la constitución individual, la valoración de las tendencias, el matiz de los psiquismos y, en fin, cuantos factores intervienen en la posible integración de la *personalidad* del delincuente.

La Facultad de Ciencias de la Universidad de Oporto, por su parte, había invitado asimismo a D. Jaime Maseveu para que fuera su huésped en la *Sociedad Portuguesa de Antropología*, allí radicante. La conferencia de éste versó sobre una *Posible conjunción de los enfoques jurídicos y antropológico en el estudio del delito y del delincuente*. En ella se venía aprobar la conveniencia y posibilidad de una coordinación fecunda entre los puntos de vista distintos, y con frecuencia opuestos, de

juristas y antropólogos, al enfocarse el estudio de la delincuencia. El desarrollo del tema alcanzó gran extensión doctrinal e histórica, a partir del nacimiento del Derecho Penal sistematizado, hasta arribar a la enunciación de la tesis lombrosiana con el auge de la escuela positivista. Fueron luego examinadas las modernas teorías derivantes de la Biología criminal, exponiendo, por último, el disertante, sus originales y atrayentes concepciones, que facilitan la labor de una cooperación seria e intensa entre los estudiosos de la Antropología criminal y los del Derecho punitivo.



Nos complacemos en felicitar al Dr. Masaveu con la mayor cordialidad.

LA REDACCION



NOTAS BIBLIOGRAFICAS

EXCMO. SR. D. JOSÉ GASCÓN Y MARÍN.—**Discurso correspondiente a la apertura del curso académico 1944-1945.**—Publicaciones de la Universidad de Madrid.

Como inauguración del curso académico 1944-45 y con un hondo simbolismo ya que éste ha de ser el último de su actuación en la cátedra, D. José Gascón y Marín ha pronunciado un discurso con el título «La evolución de la ciencia jurídico administrativa española durante mi vida académica».

La simple indicación de dos fechas: 1891 y 1945, límites de esa «vida académica», muestran bien claramente como las horas del maestro han sido, significativamente, las del Derecho Administrativo de nuestra Patria en su período de madurez docente. Por eso este discurso, aparte del profundo sentido humano, que para nosotros es lo primero que posee, tiene también, en cuanto a lo científico, un inmenso valor documental por cuanto que nadie mejor que el profesor Gascón y Marín puede atestiguar el proceso de esta rama jurídica durante los últimos sesenta años.

Y así, hace partir su disertación de Santamaría de Paredes y las primeras ediciones del Diccionario de la Administración española, de D. Marcelo Martínez Alcubilla, piedras angulares, por distintos caminos, de la española ciencia de la Administración. Tras de ellos la obra de D. Adolfo Posada, Mellado, etc., y el recuerdo de los iniciadores: Javier de Burgos, Colmeiro, Oliván, Ortíz de Zúñiga, Silvela, Gómez de la Serna y Posada Herrera, cuyas ideas son analizadas breve pero cuidadosamente.

Después, el creciente progreso de nuestro Derecho Administrativo se abre a la influencia de los doctrinarios extranjeros y en tal sentido se estudian cronológicamente en el trabajo que comentamos los conceptos de mayor trascendencia de Orlando, Romagnosi, Santi Romano, Ranelletti, Presutti, Bruniati, Appendino, D' Alessio y Zanobini en Italia; Stein, Mohl, Otto Mayer, Fleiner, Merkl, Walter Jellinek, Koellreutter y Frank en Alemania; Duguít, Jèze, Berthelemy, Moreau, Hauriou y Bonnard en Francia; Goodnow en Norteamérica; Bielsa en Argentina y Caetano en Portugal. Mientras tanto en nuestra Patria va surgiendo, autóctona, la labor de Royo Villanova, Cuesta Martín, P. Güenechea, junto al propio Gascón y Marín y más posteriormente Fernández de Velasco, Jordana de Pozas, García Oviedo, Alvarez Gendín, Segismundo Royo, Domínguez Berrueta et-cétera, que en su mayoría continúan en la actualidad sus trabajos.

De todos ellos se sintetizan los perfiles particulares en cuanto se relaciona con el concepto del Derecho Administrativo, su distinción del Derecho Político, fines de la Administración, jurisdicción administrativa y contencioso administrativa, método, etc., etc., con lo que se logra una verdadera antología jurídico-administrativa cuyo valor e interés para el estudioso no precisa encomio. Pero por si esta labor fuera pequeña, el profesor Gascón y Marín ha agrupado, igualmente, las principales aportaciones monográficas de los tratadistas nacionales y extranjeros sobre las cuestiones del acto administrativo, descentralización, servicio público, concesiones administrativas, procedimiento, contratos públicos o administrativos expropiación forzosa y demás limitaciones del derecho de propiedad, responsabilidad de Administración, los Derechos municipal, corporativo, social y administrativo-internacional. Por otro lado ningún testigo de mayor excepción que el autor podía indicar la labor y proyectos realizados en las sesiones del Congreso e Instituto Internacional de Ciencias administrativas cuyas reuniones de Viena (1933) y Varsovia (1936) llegó a presidir. También se reseñan las actividades del Congreso Internacional de Ciudades, Instituto Internacional de Derecho público y nuestros Instituto de Estudios Políticos y de Estudios de Administración Local.

Sin embargo, a pesar de toda la importancia que fácilmente se deduce del esquema expuesto, nosotros, los universitarios españoles, valoramos con prelación a este trabajo jurídico su significación para la Historia de la Universidad. Por encima de todo este laborioso acopio de datos sobre la vida del Derecho nacional

está la significación personal del maestro Gascón y Marín en la Historia de la Universidad española. El mismo recuerda, como símbolo de su actuación docente, los nombres de dos de sus alumnos: José Antonio Primo de Rivera y José Calvo Sotelo.

De ahí que nuestra sensibilidad universitaria solo pueda ver, sobre todo, el ejemplo del artífice de la ciencia administrativa española que en el discurso de apertura de su último curso académico, al narrar el proceso formativo de esta rama jurídica no ha hecho, sencillamente, más que hablar de su propia vida al servicio de España.

A. F. S.

JOSE MARIA CORDERO TORRES.—**El Consejo de Estado (su trayectoria y perspectivas en España).**

El progresivo ritmo editorial del Instituto de Estudios políticos ha sabido responder con esta obra al interés que, por diversas circunstancias, se ha despertado recientemente en nuestra Patria hacia la antigua y abandonada institución nacional del Consejo de Estado. Fuera de pequeñas aportaciones, la actual constituye el primer trabajo completo y, sin embargo, ya puede calificarse como definitivo en su propósito.

No se trata de un libro de tesis, exposición de una posición doctrinal frente al Consejo. Su verdadero carácter es el de recopilación y en tal sentido resulta innegable que en el futuro cualquier estudio—incluso más personal y dialéctico que el presente—sobre este tema no podrá dejar de desaprovechar toda esta sistematización de datos que de un modo completísimo ha hecho el Sr. Cordero Torres.

Tal criterio preside, por igual, las dos grandes partes de la obra: la doctrinal y la referente a la legislación positiva. En esta, que comprende en extensión la mayor parte de las páginas, se han reunido todas las disposiciones referentes al primer órgano consultivo nacional desde la Novísima Recopilación hasta la ley Orgánica de 1944, inclusive. En ellas queda inserta la menor referencia a la institución pues ha sido lograda sin el menor sentido restrictivo.

En cuanto a la parte teórica de este libro también se ha pretendido como hemos dicho, dar cabida a toda indicación, tanto histórica como doctrinal. Así la obra nace del estudio de los Orígenes del Consejo de Estado español, que es ampliamente analizado desde la Edad Media al nuevo Estado. Son dieciocho capítu-

los en los que no solamente se recoge la tónica de cada época histórica para el Consejo de Estado sino también para los Consejos institucionales y menores.

Tras del estudio de la moderna doctrina española se recogen comparativamente los Consejos de Francia, Italia, Portugal, Inglaterra, considerados como modelos, completados con indicaciones sobre las particularidades de los restantes.

Queda agotado el tema con el análisis de la competencia, composición y funcionamiento de la institución, que con la misma tendencia lograda no deja abandonada ninguna omisión.

GARCIA ALVAREZ (SIXTO).—**La «O. I.» Persona jurídica mercantil de fisonomía unipersonal.**—TESIS DOCTORAL. MADRID, 1944, UN VOL. DE 158 PÁGS.

El autor de esta obra es un distinguido ex-alumno de la Universidad de Oviedo y comerciante de nuestra ciudad, que ilustra sus preocupaciones profesionales de traficante con el espíritu de investigación científica despertado en su mente por la vida académica. Ha unido así las especulaciones material e ideal. Y de esta conjunción de vocaciones económicas y jurídicas, derivase como primer fruto, su planteamiento de un problema muy importante, al doctorarse en Derecho: el tema de la responsabilidad limitada del comerciante individual, que tanto preocupa a quienes se dedican habitualmente a la industria mercantil.

Justo es reconocer que desarrolla su tesis citando nombres de maestros prestigiosos, en erudito florilegio, y que esboza una solución original, más o menos discutible, pero siempre interesante. Para juzgar con imparcialidad el libro de García Alvarez, es preciso situarse en el terreno por él mismo escogido. Porque al perder de vista el propósito que le anima, al salirse del círculo que previamente acota, podrían formularse comentarios injustos, por desorbitados. Del modo más explícito, declara en el «Proemio» que dedica su ensayo «a gentes del campo comercial»; lo que justifica que se detenga en explicar bastantes conceptos, generales y especiales, muy conocidos por los iniciados en este género de estudios. Por otra parte, tiene la modestia de brindar su idea «a juristas más doctos, que puedan darle forma, relieve, fisonomía propia...»

Según su pensamiento, la «Organización Industrial» sería un nuevo ente mercantil, con nombre comercial, seguido de las iniciales O. I., con personalidad jurídica, plena capacidad y patrimonio propio, independiente del patrimonio particular del individuo que lo crease. Surgiría por voluntad unilateral de su funda-

dor, declarada mediante un acto *ad solemnitatem*. Como base y garantía, contaría tal institución con sus estatutos, un patrimonio determinado afecto al fin comercial, capital mínimo totalmente desembolsado, escritura pública e inscripción en el Registro mercantil. La existencia de esa entidad—afirma—serviría de gran estímulo a la actividad del comerciante, que a veces no desarrolla por completo su capacidad de trabajo, absteniéndose de ciertas empresas ante el riesgo de comprometer la totalidad de sus bienes, cuya pérdida causaría la ruina propia y familiar.

Tal es, en escueta síntesis, la propuesta que contiene y analiza en sus elementos integrantes esta obra, que entre los hombres de negocios y de Derecho ha suscitado juicios apasionados y contradictorios. Según el nuestro, es indiscutible que la O. I. no puede tener cabida actualmente dentro del marco preciso del Derecho positivo español. Es un asunto *de lege ferenda*, y como tal, digno de un sereno examen, en el cual sean debidamente ponderados los posibles beneficios e inconvenientes de tan audaz iniciativa.

Sin poder, ni querer, entrar aquí en prolijos detalles sobre la materia, que serían inoportunos y extensos, nos limitamos a dar cuenta, muy complacidos, de esta estimable publicación y a felicitar cordialmente por ella a nuestro querido paisano.

E. L.



''REVISTA DE REVISTAS''

JUAN BENEYTO PEREZ.—«**La administración de los territorios europeos durante el predominio español!**».—REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL. NUM. 18, NOVIEMBRE-DICIEMBRE 1944.

Constituye, fundamentalmente, la primera aportación española directa a ese campo del estudio de la estructura administrativa de nuestro Imperio, hasta el momento no solamente virgen, sino dejado a merced de las parciales afirmaciones de los detractores de la labor hispana. Por ello, por esa significación de primer paso, no puede representar este trabajo—y tal es la ambición del autor—otra cosa que un guión para perfilar los problemas fundamentales del tema.

El artículo del profesor Beneyto parte de dos principios fundamentales: «de una parte la trascendencia de cualquier organización administrativa como estructura o forma de un modo de imperar y de otro, la necesidad de que la organización administrativa se encuentre vivificada por el elemento jurídico».

Tras ellos la aportación más interesante lo constituye la recopilación de la historiografía y fuentes, que es objeto de los capítulos IV y V, este último dedicado exclusivamente a la legislación positiva y divididos ambos tripartitamente en relación con Italia, Flandes y el Franco Condado. Todo lo relativo a las fuentes se desarrolla de un modo extensivo y detallado. De ahí queda subrayada la importancia significativa de primera piedra para futuros trabajos que indudablemente posee éste que comentamos.

Lo restante no puede tener cabida en un artículo de revista y por este motivo se percibe claramente apretado lo que se refiere a las Instituciones: Consejo de Italia, Virrey y Real Audiencia, con las correspondientes modalidades regionales, en lo relacionado con Italia; Consejo de Flandes, Gobernador, Consejos y Estados generales, por lo que respecta a los Países Bajos; y el Gobernador y Parlamento, del Franco Condado.



CRONICA UNIVERSITARIA

ACTOS Y FESTIVIDADES ACADEMICAS

LOS PATRONOS DE LAS FACULTADES DE DERECHO Y FILOSOFIA Y LETRAS

Han sido celebradas con la mayor solemnidad las festividades de San Raimundo de Peñafort y San Isidoro de Sevilla, Patronos, respectivamente, de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras.

La primera de dichas fiestas se conmemoró con una misa en la Capilla Universitaria, seguida de una conferencia por el profesor de la Facultad D. Nemesio Martínez Antuña que versó sobre el tema «Un gran teólogo y jurista español del siglo XIII: San Raimundo de Peñafort.»

Por su parte los alumnos de Filosofía y Letras celebraron en el día de su Patrono una excursión a León, en cuya ciudad fueron visitados los más importantes monumentos artísticos.

DIA DEL ESTUDIANTE CAIDO

El 9 de febrero se conmemoró el recuerdo de los Estudiantes Caídos, por cu-

yo descanso se celebró una misa de requiem en la Capilla Universitaria con asistencia del Claustro. A continuación se trasladó éste al Monumento del jardín de Isabel II ante el cual se colocaron varias coronas.

Seguidamente se celebró un acto en el Paraninfo en que tras la intervención del Delegado del S. E. U. en la Facultad de Derecho, pronunció un discurso el Magnífico y Excmo. Sr. Rector en el que puso de manifiesto las razones para mantener una esperanza constante en los destinos de España.

FIESTA DE SANTO TOMAS

La solemnidad del Angel de las Escuelas fué conmemorada con gran magnificencia en el presente curso. En la mañana el Excmo. y Rvdmo. Sr. Obispo de la Diócesis celebró una misa en la Capilla Universitaria, al terminar la cual pronunció una plática en la que expuso el ejemplo del Santo.

Durante el día se celebraron diversas competiciones deportivas en los campos del Colegio Mayor y en la noche tuvo lugar una velada literaria en la que intervinieron el alumno D. Luis Riera Posada en representación del S. E. U., el profesor y Secretario general D. Guillermo Estrada, que pronunció una conferencia sobre el tema «Santo Tomás y el siglo XIII» y el Rector, Dr. Alvarez Gendín, quien cerró el acto con unas palabras en las que analizó los conceptos de Derecho y Justicia.

Durante este acto efectuó su primera actuación el Coro Mixto Universitario, que dirige el Padre Apodaca, interpretando varias canciones litúrgicas.

En el magnífico escenario del Claustro de la Universidad, el Teatro Español Universitario, representó el entremés de Cervantes «La guarda cuidadosa».

FIESTA DEL LIBRO

El 23 de abril, con motivo de la Fiesta del Libro Español, se celebró en la Capilla una misa rezada en sufragio de los escritores fallecidos, a la que asistieron con el Claustro las autoridades provinciales y los colegiales de San Gregorio, ataviados con sus becas y manteos.

A continuación los asistentes se dirigieron a visitar las instalaciones de la Biblioteca Universitaria y seguidamente, bajo la presidencia del Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho, como Rector interino, se celebró un acto académico en el que tomaron parte, en representación del S. E. U. el alumno de la Facultad de Filosofía y Letras D. José María Martínez Cachero y el Ilmo. Sr. Vice-Decano de la misma Facultad D. Cristino Antonio Floriano Cumbreño, quien desarrolló el tema «Historia del Libro».

ACTIVIDADES DOCENTES

CONFERENCIAS DEL CURSO DE INVIERNO

Continuando la trayectoria señalada en años anteriores ha organizado la Universidad su Curso de Invierno para completar por medio de lecciones y cursillos monográficos la labor de Cátedra. En tal misión han cooperado junto a los Catedráticos y Profesores de nuestro Centro, importantes figuras de las Ciencias y las Letras españolas y prestigiosos Maestros de otras Universidades que han venido a mostrar a la nuestra sus últimos estudios.

EXAMENES DE ESTADO Y DE ALUMNOS LIBRES

En número notablemente creciente en relación con las pasadas convocatorias han acudido a la Universidad los alumnos que en ella habían de revalidar sus estudios de bachillerato y los libres de las tres Facultades. Toda esta concurrencia en aumento muestra, singularmente, la progresiva pujanza de nuestro Centro en su misión educadora.

PROMESA DE LOS NUEVOS LICENCIADOS

Con las tradicionales solemnidades se ha celebrado el acto de investidura de los nuevos Licenciados, dispuesto por la Ley de Ordenación Universitaria y que ya antes de ella se había iniciado en nuestra Universidad.

En la Capilla Universitaria y, con asistencia del Claustro y ante el Capellán de la misma, los nuevos graduados de las tres Facultades prestaron el juramento de defensa y permanencia en los ideales católicos en que fueron educados, siéndoles impuestas por las autoridades académicas las mucetas que representan su recién obtenida dignidad cultural.

EL VI CURSO DE VERANO

Han comenzado las tareas preparatorias de un nuevo Curso de Verano, con el decidido espíritu de mejorar los éxitos alcanzados por los anteriores. A tal fin ha celebrado una reunión la Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad, encargada, como siempre, de establecer las bases de estas actividades estivales habiéndose ya trazado las líneas generales oportunas.

OBRAS UNIVERSITARIAS

Continúan desarrollándose al ritmo proyectado las obras del Colegio Mayor Femenino de Santa Catalina que en breve, pues, se encontrará con plena capacidad para completar la formación de las estudiantes ovetenses. Al propio tiempo, y sin disminuir aquél, se han iniciado las de ampliación del Colegio Mayor de San Gregorio, incapaz ya de desarrollar su misión cerca de la totalidad de los universitarios.

Cedido por el Ministerio del Ejército al de Educación el edificio del antiguo convento de Santa Clara, han sido encargados los arquitectos señores Bustelo y Casariego de redactar el oportuno proyecto para la adaptación del mismo a albergue de la Facultad de Filosofía y Letras, entre otros Establecimientos docentes.

OTRAS ACTIVIDADES

Fiel a su misión maternal la Universidad da cabida en sí a las actividades de cuantas Entidades se dirijan, más o menos directamente, a la formación humana en cualquiera de sus múltiples aspectos. Prueba de ello son las siguientes notas:

EL INSTITUTO DE CULTURA RELIGIOSA SUPERIOR

Han sido inauguradas dentro de nuestras Aulas, las tareas del Instituto de Cultura Religiosa Superior, encaminado a lograr un progreso en la instrucción religiosa de la Diócesis. El acto inaugural se celebró en el Paraninfo con asistencia de las autoridades provinciales y locales y en ella pronunciaron discursos el Muy I. Sr. D. Eduardo Grossi, Catedrático de Religión de la Universidad, el Profesor de la misma y Director del nuevo Instituto M. I. Sr. D. Benjamín Ortíz Román y el Excmo. y Magnífico Sr. Rector.

ASAMBLEA DIOCESANA DE ACCION CATOLICA

También ha servido la Universidad de escenario de esta Asamblea cuya clausura adquirió gran solemnidad, celebrándose una misa en la Capilla Universitaria en la que pronunció una plática sobre la figura de San Juan el Excmo. y Reverendísimo Sr. Obispo de la Diócesis.

Por la tarde en el Paraninfo tuvo lugar la sesión de clausura en la que hicieron uso de la palabra D. Luis Riera, por la Junta Diocesana de Acción Católica; el Secretario general de la misma, D. Alberto Bonet y el Sr. Obispo Dr. D. Benjamín de Arriba Castro.

SEMANA DE ACCION CATOLICA OBRERA

Con gran concurrencia e interés se desarrollaron los trabajos de esta Asamblea, celebrada, igualmente, dentro de nuestro Centro. La importancia de las ponencias estudiadas quedó subrayada en el acto de clausura en el que intervinieron con D. Angel Herrera, el Secretario general de Acción Católica, D. Alberto Bonet y el Excmo. y Rvdmo. Sr. Obispo de la Diócesis, que cerró las actuaciones con una exposición de la aplicación práctica de lo estudiado.

CURSO DEL FRENTE DE JUVENTUDES PARA MAESTROS

Con asistencia de las autoridades provinciales y bajo la presidencia del Excmo. y Magnífico Sr. Rector tuvo lugar el día 1 de febrero la clausura de este Curso, en cuyo acto pronunciaron lecciones el Sr. Director de la Escuela Normal, el Inspector Nacional del Frente de Juventudes Sr. del Real, el Excmo. y Reverendísimo Sr. Obispo de la Diócesis y el Sr. Rector, Dr. Alvarez Gendín quien exhortó a los asistentes a la Unidad para el triunfo de la civilización cristiana y española de Occidente.

CONCIERTO DE LA ORQUESTA PROVINCIAL DE CAMARA

Patrocinado por la Facultad de Derecho tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad un concierto de la Orquesta provincial de Cámara de la Obra Sindical «Educación y Descanso», bajo la dirección del profesor de Música de la Universidad D. Angel Muñíz Toca y con la colaboración del insigne maestro Iniesta, pudiendo calificarse de extraordinaria la concurrencia de público.

EXPOSICIONES MANZANARES Y BOGGIO

Bajo el patrocinio de la Universidad, que les prestó cobijo, han sido abiertas las Exposiciones de retratos, originales de los alumnos de la misma señores Boggio y Manzanares, los cuales han obtenido un gran éxito de público y crítica.

NOMBRAMIENTOS Y DISTINCIONES

Ha sido nombrado Vice-Decano de la Facultad de Ciencias el lltmo. Sr. D. Antonio Espurz Sánchez, Catedrático de la misma.

Durante este semestre han ingresado en el Claustro ovetense, los Doctores

D. Ignacio de la Concha y D. Salvador Lizarrague, que dirigirán las tareas de las Cátedras de Historia y Filosofía del Derecho, respectivamente.

• • •

En un íntimo acto universitario ha sido impuesta por el Magnífico y Excelentísimo Sr. Rector al Oficial Mayor D. Bernardino Maside Berros la Cruz de Alfonso X el Sabio que le fué concedida por el Ministro de Educación Nacional como reconocimiento a la constante labor que viene desarrollando.

