

LA OBLIGATORIEDAD DE LAS LEYES CIVILES EN CONCIENCIA

(Conclusión)

72. Reanudamos nuestra tarea para cumplir lo prometido en las últimas páginas del artículo interrumpido en el número de septiembre de 1946, a saber: cuáles son las leyes actuales que obligan en conciencia, sobre todo *directamente*, que es lo que me propongo determinar en esta última parte de mi trabajo.

73. Ya indiqué en el número 71 que los moralistas suelen dar normas para establecer en concreto qué leyes obligan y cuáles no, unas veces en general y otras descendiendo a casos particulares. Consignaré primero sus doctrinas y después expondré mi humilde sentir acerca de cada clase de normas jurídicas, fijándome preferente y casi exclusivamente en nuestro derecho patrio.

NORMAS DE LOS MORALISTAS

74. *Reglas generales.*—En cuanto a las reglas generales de los autores de Moral, es de advertir que son muy pocos en ellas, que los más se circunscriben a repetir las que otros han formulado y que son excepción los que se lanzan a sentar premisas nuevas.

Además de la afirmación común de que las leyes civiles, si son justas, obligan en conciencia, convienen en que ligan *moral y jurídicamente* las siguientes:

I. a) Las sentencias judiciales justas, sobre todo si han pasado a ser cosa juzgada e inapelable y las leyes que imponen tal obligación, por exigirlo así el bien común para el goce tranquilo y seguro de los derechos, para la paz social y la prosperidad pública y privada.

b) Las leyes que el legislador expresa o implícitamente declara que atañen a ambos fueros.

c) Las que declaran, determinan y completan, en lo que es necesario, el derecho divino natural y positivo, definiendo claramente los derechos y

obligaciones incluidos en aquél de un modo oscuro, genérico, remoto, algún tanto indeterminado, y, por consiguiente, que el mismo Dios, cuyo ministro y vicario, para completar el orden social, es el legislador; la misma razón natural y el bien común exigen que se declaren, especifiquen, individualicen, concreten y determinen en lo posible, como son, verbigracia, las que estatuyen los modos y títulos de adquirir, conservar, ejercer y transmitir la propiedad; la usufructuaria acerca de los bienes de los hijos menores y de los frutos percibidos de buena fe; de la pertenencia de las cosas halladas, adquiridas en venta pública, en mercado y feria; la porción hereditaria; el disfrute de los inventos literarios, artísticos, científicos, industriales, etc.; las relaciones entre el capital y el trabajo; los procedimientos judiciales y los medios de prueba y definición de las controversias, etc.

d) Las que el mismo bien común, para su eficaz y segura y conveniente consecución, requiera que estén investidas de semejante fuerza obligatoria, cuando sin ella no se pueda obtener de este modo.

e) Aquellas en cuya obligatoriedad concuerden teólogos y moralistas o el sentir unánime del pueblo o de los timoratos.

II. Muchos consideran como obligatorias también en conciencia:

a) Las que confirman o sancionen las divinas naturales o positivas, verbigracia, NOLDIN-SCHMITT, MERKELBACH, VERMEERSCH, COLLI-LANZI, MARC (1), contra los cuales opina el P. RODRIGO que tal sanción o confirmación no impone nueva obligación positiva, sino que sólo urge la obligación natural o positiva de aquellas leyes, pues la confirmación o sanción impuesta a éstas no hace más que constituir a sus violadores en reos de la pena temporal, con lo que ya se obtiene suficientemente el fin intentado: tienen un mismo objeto formal (2).

b) Pero el mismo P. RODRIGO, con otros, da por *morales* las leyes que sancionan ciertos actos como fomentadores de vicios; las que castigan ciertos delitos, a fin de refrenar graves aberraciones, y, en general, cualquiera ley dada directamente para reprimir estas aberraciones, a no ser que su materia caiga ya bajo la ley natural (3).

(1) NOLDIN-SCHMITT, *Summa Theol. Moral.*, ed. 25 (Lipsiae, 1938), pág. 342; VERMEERSCH, *Theol. Moral.*, ed. 3 (Romae, 1933), n. 174, a); MERKELBACH, *Summa Theol. Moral.*, t. I (Paris, 1931), n. 287; COLLI-LANZI, *Theol. Moral. Universa.*, vol. I (Romae, 1926), n. 268; MARC, *Institutiones Morales Alphonstanae*, ed. 15 (Romae, 1917), n. 183.

(2) RODRIGO, *Praelectiones Theol. Moral. Comillenses*, t. II (Burgos, 1944), n. 247.

(3) DAMEN, *Theol. Moral.*, t. I (Buscoducci, 1919), n. 160.

75. *Leyes penales.*—Con respecto a las leyes penales, se acentúa entre los moralistas modernos la tendencia a que deben abundar más en los últimos tiempos. No es despreciable la lista que nos ofrece JANSSEN (4) de autores americanos y europeos, a la cual pueden añadirse otros posteriores, como COLLI-LANZI (5) y el mismo P. RODRIGO (6).

Comúnmente se admite su existencia entre las leyes actuales, y todos aducen más o menos *caracteres* para discernirlas, conviniendo unánimemente en la mayor parte de ellos, cuales son, por ejemplo:

1.º La declaración expresa o implícita del legislador, que nunca o casi nunca se da.

2.º La costumbre, que por tales las interpreta.

3.º El sentir unánime o de la mayor parte de los doctos y timoratos.

Todos y cada uno de éstos, si se verifican, son criterios ciertos e indudables.

No ofrecen, en cambio, la misma seguridad otros que suelen indicarse, como los siguientes:

1.º Cuando el fin de la ley puede conseguirse suficientemente con sólo el temor de caer en la pena, si el legislador no declara otra cosa (7).

2.º Si la materia de la ley es meramente política, de poca importancia, y es poco conducente al fomento de buenas costumbres (8).

Por fin, son mucho menos de fiar los demás, que traen casi todos, verbigracia, las palabras de la ley o el modo de estar redactada, la indagación de la mente del legislador, la desproporción de la pena, etc. (9).

77. *Ejemplos.*—He aquí los ejemplos, que casi todos presentan, de leyes *meramente penales*: las ordenaciones de *orden meramente externo*, como llevar la derecha o la izquierda al ir en tal o cuál dirección; ir por las aceras y no por medio de las calles o plazas; no llevar armas; las leyes de *casa y pesca*, de cortar leña en los montes del municipio o del pueblo; las de *pastos en terrenos comunales*; las de *aduanas o consumos*, a no ser en ciertas circunstancias; las de *contrabando, monopolio* de ciertas materias, como el tabaco, petróleo, fabricaciones, etc.; las de *juegos prohibidos*, si no es que ya sean de suyo ilícitos; las de *impuestos por transmisión de bienes o derechos*, inscripciones en el Registro, etc. Pero ya se deja com-

(4) *Ius pontificium*, 1924, pág. 200.

(5) L. c.

(6) N. 246.

(7) NOLDIN-SCHMITT, n. 164; MERKELBACH, l. c.; ARREGUI-ZALBA, *Compend. de Theol. Moral.* (Elbaio, 1945), n. 275; SEBASTIANI, *Compend. Theol. Moral.*, ed. 8 (Romae, 1925), n. 29; BUCCE-
RONTI, *Institut. Theol. Moral.*, vol. I (Romae, 1914), n. 228; COLLI-LANZI, n. 272.

(8) BUCCE-
RONTI, l. c.; AERTNYS, l. c.; HARMIGNIE, *Ordonnances humaines et obligation de conscience*, *Revue neo-Scholastique de Philosophie*, 1930, pág. 322.

(9) HARMIGNIE, JANSSEN, RODRIGO, n. 247.

prender, aun a simple vista, que en muchos casos la regla general falla y hay que admitir no pocas excepciones.

78. *Leyes tributarias.*—Son muy discutidas las *leyes tributarias*, sosteniendo unos que todas son *meramente penales*; otros, que son *morales*; otros, que son *penales* las que imponen tributos *indirectos*, y *morales* las que establecen los *directos*; sin convenir no pocos en cuáles sean éstos y aquéllos, aunque todos convienen en que si los tributos son justos, necesarios o convenientes y no superfluos, las leyes que los preceptúan obligan moralmente.

Tanta o mayor disención hay acerca de las leyes del *servicio militar*, a no ser en tiempo de guerra, cuando reúnan todas las cualidades de leyes justas.

79. Como las leyes penales caen dentro de las odiosas, y éstas son de estricta interpretación, en caso de duda es sentir común que se han de reputar como revestidas del mínimo de obligación y, al menos muchas veces, como meramente penales.

80. *Leyes que regulan los actos jurídicos.*—Si ahora pasamos a las leyes que regulan los actos jurídicos, es frecuente distinguir: 1.º, las que no les prestan asistencia, por negarles acción, v. gr., las del Código civil (artículos 43-44 y 1.798-1.801); 2.º, las meramente prohibitivas sin otra sanción, que aquí no nos interesan; 3.º, las inhabilitantes y declarantes rescindibles ciertos actos válidos; 4.º, las irritantes, ora por sancionar como nulos los actos contrarios a sí mismas, ora por exigir para la validez del negocio determinadas formas, solemnidades o condiciones (10).

81. 1.º *Las que niegan asistencia a los actos jurídicos* obligan en conciencia, aun antes de la sentencia del juez, cuando el derecho, cuya acción se niega, es creado y concedido por la ley; o cuando se manifiesta la voluntad del legislador de denegar el derecho en pena de alguna culpa o negligencia o por bien de la paz (11).

Empero, no producen tal obligación ni después de dada sentencia judicial, cuando el derecho compete a su titular en virtud de otras leyes superiores, si no concurren las circunstancias apuntadas (12).

2.º *Las inhabilitantes* privan de toda eficacia la actividad del inhabilitado, en cuanto a los actos que pretenden impedir, por razón de buenas costumbres, o para precaver y evitar eficazmente algún peligro; y yo añadiría, siempre que conste ciertamente que se quiere a todo trance despojar

(10) NOLDIN-SCHMITT, I. C.; ARREGUI-ZALBA, I. C.; BUCCERONI, n. 223.

(11) ARREGUI-ZALBA, n. 275; RODRIGO, n. 368, 2.º

(12) ARREGUI-ZALBA, I. C.

de dicha eficacia la actividad de los súbditos dentro de los límites de la potestad legislativa (13); o cuando la ley se reduce a sancionar o a reproducir las leyes divinas o canónicas que producen la ineficacia en cuestión.

Por el contrario, si las leyes han sido dictadas por razón del estado o condición personal en la sociedad, no invalidan éstas los actos válidos, según la ley natural si no lo expresan claramente o fueren totalmente inútiles, sin invalidarlos; tales son las que anulan los actos por incapacidad de uno de los contrayentes, menores de edad, de la mujer casada, etc.

Asimismo no quitan la validez en el fuero interno a los actos cuando alguno de sus elementos esenciales adolecen de un vicio; v. gr., error, dolo, miedo, que puede dar lugar a la rescisión, no a la invalidez, mientras no vicien la misma esencia del elemento que infectan (14).

3.° *Las rescisorias*, que declaran rescindibles ciertos negocios jurídicos, no los privan de eficacia en tanto no se profiera sentencia rescisoria firme a instancia de las partes interesadas, o de oficio por interés del bien público. Esto lo lleva en sí mismo la naturaleza de dichas leyes, y así lo enseñan los autores.

4.° *Las irritantes*, que sancionan como nulos los actos puestos en contra de sí mismas, como el artículo 4.° del Código civil y otros esparcidos por él, según todos los autores, tienen eficacia en ambos fueros *después de sentencia declaratoria*; según algunos, tienen igual eficacia *antes de dicha sentencia*; según otros, sólo despojan al acto de su valor *civil*, no del *natural*; otros recurren a la distinción de la finalidad de la ley; si el fin inmediato de ésta es el bien común, producirá ambos efectos *antes de sentencia alguna*; pero si inmediatamente intenta fines privados, solamente destituirá al acto de su valor *moral, después de la declaración judicial* (15).

Esto último sostiene el P. RODRIGO, quien opina con no pocos, que si no consta manifiestamente por la misma fórmula legal o por la materia el fin pretendido, no se ha de considerar irritatoria, *ipso iure*, sin posterior declaración autoritativa.

5.° *Las que prescriben para la validez del negocio determinadas formas, solemnidades o condiciones*. Igual incertidumbre reina acerca de éstas.

Todos reconocen en el legislador potestad competente para esterilizar *ipso iure* los actos en que no se observen; pero, cuando se plantea la cues-

(13) BUCCERONI, I. C.; VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis* (Romae, 1930), n. 159; RODRIGO, n. 368, 3.º b).

(14) FERRERES-FUSTER, *Epítome de Theol. Mor.* (Barcelona, 1944), n. 340 sgs.; RODRIGO, n. 368, 3.º; VERMEERSCH, I. C.

(15) RODRIGO, n. 368, 3.º, y 368, 3.º, a).

ción de si *de hecho* ha querido usar de la referida potestad, se dividen los pareceres.

Suelen distinguir las formas, solemnidades, condiciones *esenciales* de las que no lo son; siendo las primeras requisito *sine quo non* para la validez. Mas la dificultad está en definir cuáles son las *esenciales* y cuáles las meramente *accidentales*, por falta de regla clara y cierta que las clasifique.

Parece, sin embargo, que prepondera entre los autores la sentencia de que las leyes, que establecen semejantes formas, solemnidades o condiciones, cuando no consta con toda certidumbre que las imponen para la validez de los actos, obligan sólo en el fuero externo, y no en el interno, *antes de la sentencia judicial*; pues las leyes de esa clase, como coartan los derechos dados por la ley natural, son de estricta interpretación (16).

82. Estas son, a grandes rasgos, las principales reglas generales de los moralistas acerca de la obligatoriedad en conciencia de las leyes. No es mi designio registrar aquí las particulares, porque sería menester ir recorriendo cada una de las materias de la Moral en sus diversos casos peculiares a que descienden, pues es entonces cuando suelen indicar la especial obligación.

83. Los tratados que más abundan son quizá los que versan en torno a las *leyes penales*; pero se observa en casi todos ellos que se ciñen casi por completo a estudiar las teorías generales en el orden especulativo, sin bajarse apenas a considerar la obligación de las tales en sus circunstancias concretas; si se exceptúan los que no admiten la existencia y posibilidad de las puramente penales, pues en su estimación toda ley, por el hecho de serlo, no puede menos de ligar en ambos fueros (17).

84. *Leyes sociales y económicas*.—En cambio apenas si los autores modernos han principiado a darse cuenta de las leyes sociales y económicas, y no añaden casi nada a lo que enseñan los antiguos respecto de las *administrativas*. Más o menos se toca la cuestión de su obligatoriedad en los abundantes artículos y obras de sociología y justicia social (18).

(16) NOLDIN-SCHITT, pág. 342; BUGGERONI, t. II, n. 469, 2; VERMEERSCH, l. c.; COLLILANZI, l. c.; FERRERES, l. c.; MULLER-SEIPEL, *Theol. Mor.*, ed. 16 (Ratisbonae, 1923), l. 1, pág. 239; ARREGUI-ZALBA, n. 367; TANQUEREY, *Synopsis Theol. Mor.*, t. III, ed. 6.^a (Romae, 1921), n. 619, V y VI.

(17) LINSENMANN, KOCH, GILLET, RENARD, BRISBOIS, JANSSEN, pág. 121; LÓPEZ, RODRIGO, pág. 254; ARROYO, *Obligación de las leyes civiles*, en "Ilustración del Clero", t. 35 (1932), pág. 10 y sgs.; HARMIGNIE, LEDRUS, AZPIAZU, etc.

(18) URDANOZ, *En pro del verdadero concepto de la justicia social*, "Ciencia tomista", t. 68, 1944, pág. 200 y sgs.; ELORDUY, *La justicia social y las ganancias extraordinarias*, "Razón y Fe", 1940, pág. 336 y sgs.; FERN. REGATILLO, en "Sal Terrae", y la copiosa bibliografía del P. AZPIAZU, *La moral del hombre de negocios* (Madrid), págs. 37 y 38.

Con motivo de las leyes de *tasas*, el P. ARROYO ha defendido su fuerza de obligar en conciencia (19); el P. AZPIAZU, en su benemérita y utilísima obra *La Moral del hombre de negocios* (20), agrupa las leyes civiles en seis categorías principales: leyes civiles y mercantiles, leyes penales, sociales, económicas, administrativas y fiscales; va recorriendo grupo por grupo y anotando en trazos generales el valor obligatorio de las comprendidas en cada uno.

En nuestra patria apenas sé de más tratados dignos de especial mención; fuera uno de los conocidos es el de *Nouvelle Revue Theologique* (21), en que se examina la obligatoriedad de la ley en general, en las más principales clases de leyes y en especiales materias de la legislación belga y francesa.

Pasemos, pues, a hacer un recuento sumario de las normas jurídicas más importantes de nuestros Códigos, en la imposibilidad de descender a más detalles.

XI

DIFICULTADES PARA CONCRETAR LA OBLIGATORIEDAD DE LAS LEYES ACTUALES

85. *Distinción. Cuestión social.*—Hay que distinguir entre las leyes contenidas en los Códigos anteriores y las dictadas en los últimos años o que salgan ahora.

Las que abarcan los Códigos civil, de comercio, penal, de enjuiciamiento civil y criminal, la ley hipotecaria, etc., no se hallan envueltas en tanta incertidumbre, por ser más conocidas, más atentamente consideradas por los moralistas, más discutidas y cualificadas y por haber sido ya recibidas y aceptadas por la comunidad e interpretadas, en cuanto a su fuerza restrictiva, por los jurisperitos, la jurisprudencia y el uso.

Pero no sucede otro tanto con las de la segunda clase. Está todo el mundo en un estado de transición social, en el final de una época, que acaba, y en el alborar de otra, que comienza; no hay, por consiguiente, aquella estabilidad social de los tiempos anteriores.

(19) *Obligaciones de las leyes civiles*, "Ilustración del Clero", t. 35, 1942, pág. 8 y ss.; *Obligación en conc. de la ley de tasas*, pág. 96 y ss., t. 36, 1943, pág. 95 y ss.

(20) "Razón y fe" (Madrid, 1944), pág. 543.

(21) *Nouvelle Revue Theologique*, t. 15, 1883, pág. 532-551; 602-634; t. 16, 1884, págs. 16-22; 74 ss.; 267-292; 386-404; 471-486; 625-651.

La interdependencia de las naciones va aumentando cada día, lo que da ocasión a que no pocas leyes no sean más que ordenaciones transitorias, temporales; por la necesidad de defender la independencia, la economía y los demás bienes internos, nacionales; o por el bien común internacional, que está en constante evolución y transformación.

Los principios y regímenes liberales, con el consiguiente desarrollo industrial y el empleo desordenado de la maquinaria, crearon la llamada *cuestión social*; agravada con el incremento pavoroso del proletariado, y que ha hecho resaltar el así dicho *derecho al trabajo*, que estaba, es verdad, en germen desde que hubo obreros, pero en el que no se había reparado bastante, hasta que la fuerza de las circunstancias hizo sentir de modo patente su necesidad, el cual está en plena elaboración, sin haber terminado aún de deducir todas sus consecuencias, ni de deslindar sus contornos, por la incertidumbre en que fluctúa todavía *la justicia social*; de aquí las vacilaciones en definir la fuerza de tantas instituciones y disposiciones sociales.

86. *Funciones de la propiedad*.—Este problema de clases y la multiplicación, en progresión en cierto modo geométrica, del género humano ha hecho fijar también la atención en los aspectos y *funciones de la propiedad*: las *privadas*, que eran casi las únicas que antes se consideraban y tenían en cuenta, y las *sociales* y *estatales*, ahora en tanto relieve, y que por variar a su vez casi continuamente con los imperativos del bien común, es aventuradísimo dictaminar adónde llegan los derechos privados y a cuánto se extiende la órbita de los comunes, pudiendo afirmarse sin temor a equivocarnos que los antiguos en su tiempo calificarían de injustas algunas leyes que en el nuestro son justísimas.

87. *Derecho económico*.—Otra rama del Derecho, que está ahora poco más que en pañales, es la del *Derecho económico*, que tiene un campo vastísimo y todavía muy indeterminado; por lo cual no puede menos de haber en él mucho de tanteo, de donde proviene la imposibilidad de juzgarlo con acierto, siendo esto dado a poquísimos políticos, técnicos y economistas, que están al corriente de la trama económica nacional e internacional, estando muy expuesto a equivocarse quien no tenga la visión de todos los problemas en esta lucha autártica de intereses opuestos entre los Estados.

88. *Leyes económicas fiscales*.—Especial dificultad ofrecen en su tanto las leyes *económico-fiscales*, a causa de las innumerables circunstancias, en que hay que reparar para no faltar en ellas a la justicia social, legal y distributiva, siendo también de contadísimos hacer un dictamen acertado sobre su validez y licitud.

89. *Corrientes doctrinales, falta de conciencia moral.*—Otra especial suerte de obstáculos, que se oponen a la recta ponderación de la fuerza moral jurídica de las leyes actuales, tiene orígenes de índole asimismo moral.

De esta clase son las *corrientes doctrinales* de los políticos, jurisperitos, profesores y magistrados, que no creen en la moral o prescinden de ella, las cuales han hecho mella, como se ha indicado ya, en varios moralistas, lo que contribuye al menos a la desorientación de muchos y a hacerlos vacilar en lo que antes se tenía por cierto y contestado.

La degeneración, embotamiento y extinción de la *conciencia y sentimiento moral* en todas las clases sociales, en que más impèra el agoísmo y la avaricia; con el consiguiente endurecimiento del corazón y la desaparición de la caridad y demás virtudes sociales, constituye otro género de obstáculos, de los que proviene el desprecio, la conculcación de las leyes y el estraperlo en todo; y como en abundantísimos casos hay argumentos no del todo infundados para creer en la connivencia de las autoridades y gobernantes, al menos subalternos, no faltan motivos para poner en duda que en el legislador haya habido voluntad bastante seria de imponer vínculos obligatorios; o si la hubo en un principio, que no haya condescendido después con el pueblo, que los rompe y echa de sí.

90. *Multiplicidad de leyes.*—Por fin acrecienta la dificultad el sinnúmero de leyes que integran el cuerpo legal, pues es imposible conocerlas todas, averiguar cuáles son las que están en vigor, investigar y deducir el derecho líquido en las antinomias, que forzosamente han de abundar en tanta multiplicidad, y esclarecer el sentido auténtico de cada una. De ahí el desconocimiento en los más, que proceden prácticamente, como si no existiesen; lo dificultoso de exigir su observancia y lo expuesto que es el medir su fuerza imperativa.

Con tamaños óbices en nuestro camino todos comprenderán lo aventurado de nuestra empresa, cuya arduidad más de una vez ha suscitado en el ánimo la tentación de desistir de ella; y en el empeño de llevarla adelante, no será extraño que vacilemos, tropecemos y aun sucumbamos de vez en cuando. Y sin más, damos comienzo a nuestro examen.

XII

OBLIGATORIEDAD EN CONCIENCIA DE LAS LEYES CIVILES ESTRICTAMENTE DICHAS

91. *Estado de la cuestión.*—Entiendo aquí por leyes civiles no las que proceden del poder civil en contraposición a las canónicas, sino las de

derecho privado provenientes de la potestad laical, en cuanto se contraponen a las de *derecho público* (político, administrativo, económico, penal, etcétera, esto es, las que ordinariamente nuestros civilistas denominan *derecho civil*, y que en su mayor parte están consignadas en el Código civil, y las que están fuera, y éste las reconoce por tales, como son, v. gr., la ley hipotecaria, de aguas, de minas, del registro civil, de la propiedad intelectual y de otras sin número, que pueden verse en la nota de MEDINA MARAÑÓN primera al artículo 1.976, y que forman quizá más de una tercera parte de las que el Código contiene; por eso advierto que éste no encierra más que una parte de las normas civiles.

Tampoco incluyo entre ellas las de *Derecho comercial*, no porque no pertenezcan al civil, sino porque componen dentro de las civiles una clase especial, diferenciada por la intención de lucro en los actos, que moderan: la que no se revela, al menos de una manera tan marcada, en los regidos por aquéllas; y porque en su mayoría también han sido reunidas en el *Código de Comercio*, del que algo hemos de decir después.

Pero antes de empezar me creo en el deber de advertir que mi juicio se ceñirá a señalar el valor moral obligatorio de las normas jurídicas, tal cual están redactadas en el cuerpo legal aludido, pasando por alto el valor técnico, científico, el acierto y oportunidad de algunas de sus instituciones (22), de su imperfección o perfección, orden del contenido, tendencia, etcétera; criticado tal vez con demasiada dureza y no sin pasión por los más; y defendido, a mi parecer, con más justicia por los menos (23).

92. *Leyes en materia eclesiástica*.—Esto advertido, comienzo por descartar algunas leyes inválidas por falta de competencia en el legislador, y que sólo pueden tener fuerza de obligar si explícita o implícitamente son aceptadas y recibidas por la Iglesia, de cuyo género son las formuladas en los artículos 43 al 51, 1.333, 3.º, el artículo 8.º, según la interpretación de la Real orden de 25 de julio de 1907, declarando que la Iglesia está sujeta a las prescripciones municipales sobre la licencia para construcción y reparación de edificios.

Pues nadie negará hoy al Estado suficiente competencia para encauzar con ordenaciones justas los esponsales y matrimonios de sus súbditos no bautizados; pero los esponsales y matrimonios de los bautizado están fuera de su alcance, a excepción de sus efectos civiles.

(22) COMAS, *La revisión al Código Civil*, t. 1, pág. 108 ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. 2, ed. Mad. 1899 desde la pág. 519 ss.; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. 1, 3.ª ed. (Valladolid, 1925), pág. 143, etc. Véase CASTRO BRAVO, *Derecho civil de España*, t. 1 (Valladolid), págs. 172-174.

(23) CÁRDENAS, *Introducción a los Comentarios al Código civil español*, por D. JOSÉ MANRESA, 6.ª ed., corregida y aumentada por D. Santiago Chaimorffo (Madrid, 1943); SÁNCHEZ BRAVO, l. c.

La Iglesia acepta de muy buen grado las prescripciones y sanciones civiles, que confirman sus preceptos canónicos, siendo incontables las exhortaciones a los príncipes católicos para que éstos las corroborasen con sus estatutos y prestasen el auxilio del brazo secular para su cumplimiento (24); y aconsejando a sus ministros que procuren que los contrayentes, en orden a los efectos civiles, guarden las prescripciones civiles, que conducen a conservar el orden moral (25). Mas entiéndase bien: semejantes prescripciones civiles carecen de valor por sí mismas, y solamente toman su fuerza de la aceptación de la Iglesia, la cual es evidente que se la tiene que rehusar, cuando las disposiciones seculares están en abierta oposición con alguna de las suyas; y es muy de creer que se la niegue cuando la potestad civil se adelanta a legislar sin contar con su beneplácito en materias en que lo necesita. Basta solamente comparar los artículos aducidos con los cánones 1.035, 1.038 y 1.039, bien entendidos. Nadie mejor que muchos párrocos podrían hablar aquí de este asunto tan espinoso.

Tampoco dice muy bien con el respeto y consideración debida a la Iglesia el párrafo segundo del artículo 53 y el 327, la cual, sin cortapisa ninguna, admite la fuerza probatoria de los instrumentos públicos (cánones 1.812-1.816).

Ni debía tampoco ser una disposición unilateral el artículo 81, muy en armonía con los 51 y 125-152 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, respecto del matrimonio de los bautizados. Ni el 747, si el testador dispone de sus bienes válidamente según el derecho natural y eclesiástico para causas verdaderamente pías, pues contraría al canon 1.513, 1.514, que son expresión del Derecho antiguo.

Mucho menos debería serlo el 752, sin más aditamentos, aunque su disposición tenga tan larga y continuada tradición jurídica, desde el Derecho imperial romano. Lo mismo debe concluirse del 785, número 4.º, si las instrucciones se refieren a disponer de los bienes para causas pías, y en este mismo supuesto, del 794. No aparece igualmente la completa conformidad del 793 en su párrafo primero con el Derecho eclesiástico, canon 1.142.

Respecto al artículo 956 y siguientes era muy conforme a la equidad la ley 12, título 2, libro IV del *Fuero Juzgo*, que determinaba heredasen de los clérigos las iglesias a que pertenecían, y de los religiosos y religiosas sus respectivas casas.

(24) Véanse las Decretales de los Papas en *Collectio canonum Ecclesiae hispanae* (Matri- ti, 1808), después de la pág. 580, y también en MIGNÉ, P. L., t. 84.

(25) "Fontes C. I. C.", t. 4, pág. 388.

El artículo 1.260 vale en todo lo que respecta al juramento de los no bautizados; pero es ineficaz en cuanto *directa, principal e inmediatamente* cae sobre el de los bautizados, prohibiéndolo en *sí mismo*; no, si *directa, principal e inmediatamente* versa sobre el acto, al que se añade; prohibiéndolo, anulándolo, etc. Es de desear su concordancia con los cánones.

93. *Sinceridad de nuestros legisladores civiles*.—Descontadas estas pocas leyes, habrá tal vez algunas otras de cuya justicia cabrá discutir; pero en general es enteramente aplicable a nuestro Código civil el juicio de SABETTI-BARRET (26) acerca de las leyes italianas. No cuadran a nuestros legisladores las sospechas, que algunos moralistas arriba aducidos hacen recaer sobre los legisladores modernos. Los nuestros estarían, quizá, más o menos inficionados del virus liberal, pero no eran ateos ni incrédulos, no separaban la moral del derecho. Basta leer los artículos para convencerse del espíritu que los informa. Ni hay tampoco fundamento bastante para creer que no aspiraban seria y sinceramente al bien común, ni intentaban conseguirlo por los medios más eficaces y seguros, entre los cuales es el primero la obligatoriedad en conciencia, ni que, por consiguiente, prescindieran de ella o que la excluyeran positivamente, de lo cual estaban mucho más lejos.

Obraron como los legisladores anteriores a ellos, en quienes se reconocía la intención de dotar al cuerpo social de genuinas normas, consideradas hasta entonces como verdaderas leyes. Ni inducen a lo contrario la jurisprudencia de nuestros tribunales, ni las doctrinas de nuestros mejores moralistas, ni el proceder de nuestro pueblo, que ha seguido rigiéndose por estas leyes, como se había regido por las que las habían precedido, y que son en su mayor parte las actuales, como no podía menos de ser, y es otra razón más, porque si antes eran obligatorias, ¿qué razón hay para que no lo sigan siendo?

94. *Obligatoriedad general*.—Estos argumentos nos autorizan para afirmar que no solamente tienen fuerza en el fuero interno aquellas leyes del Código civil que todos los moralistas enseñan que obligan *antes de sentencia judicial y después de ella*, como se indicó arriba, sino en general, de un modo u otro, todas las demás.

Digo *de un modo o de otro*, porque no todas ellas son de una misma forma o constriñen de una misma manera: unas son *absolutas* y obligan absolutamente; otras, *hipotéticas*, que urgen nada más que cuando subsiste la hipótesis; unas, *directa*; otras, *indirectamente*; unas, a los *miembros*

(26) O. c., n. 114.

de la comunidad con quienes rezan; otras, a los *tribunales, magistrados, oficiales y demás empleados públicos*; las hay que no dejan lugar a la libre disposición de los particulares en determinadas materias; las hay que se imponen únicamente a falta de aquélla; abundan las que producen efectos obligatorios para con los afectados directamente; y no escasean las que los causan con su observancia o inobservancia en favor o en perjuicio de tercero; las hay sin sanción penal o afectante al patrimonio económico o jurídico; y las hay, a su vez, reforzadas con esas responsabilidades respectivas.

Las expresiones *las leyes obligan* (aa. 1, 8, 9), *son obligatorias* (aa. 12, 43, 56, 57, 58, 77, 143 ss., 176, etc.), *deben contraer* (a. 42), *se prohíbe, está prohibido* (aa. 45, 47, 174) y otras análogas, ocurren a cada paso, y mientras no haya razón perentoria en contrario deben tomarse en su sentido obvio y natural, conforme a las reglas de la recta interpretación.

Esta afirmación, sin embargo, de las leyes del Código en bloque no excluye la discusión de cada una en particular, para definir en concreto qué clase de fuerza obligatoria le corresponde; pero como esto llenaría volúmenes, tenemos que contentarnos con sujetar a examen alguna que otra de las más principales por sus consecuencias jurídicas, para con los demás, o por alguna razón o dificultad especial que entrañen.

95. *Nulidad de los actos contrarios a la ley.*—Entre las de la primera clase resalta por su importancia el artículo 4.º, en su párrafo primero, que reza así: *Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en las leyes, salvos los casos en que la misma ley ordene su validez* (v. gr., los aa. 62, 102, 1.300, todos anulables).

Para cuya inteligencia es de notar que el Código, y más claramente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la doctrina de los juristas, clasifican los actos: *irritos*: a) en no existentes; b) nulos de pleno derecho; c) nulos o anulables; y d) rescindibles o no del todo firmes.

a) *No existentes* son aquellos a quienes faltan todos o algunos de los elementos esenciales. Estos no son actos írritos propiamente dichos, pues estos últimos constan de todos los elementos esenciales, según el Derecho natural, pero están privados de eficacia por ley positiva.

b) *Nulos de pleno derecho* son los que la ley hace ineficaces por ir contra ella o por no reunir las formas o solemnidades impuestas por la misma como esenciales o como condición *sine qua non*. Pueden ser írritos en sentido estricto.

c) *Nulos*, o mejor dicho *anulables*, son los que contienen todos los elementos esenciales conforme a la ley, pero adoleciendo todos o alguno de

éstos de algún vicio que desvirtúa su eficacia, sin despojarlos de toda su vida y valor.

d) *Rescindibles*, por último, son los que en sí son válidos y eficaces, pero pueden ser disueltos con justa causa por la autoridad competente.

Los primeros, como no existentes, no tienen ni figura de actos ni producen ningún efecto favorable a los que los ponen; no necesitan declaración y no dan acción; sólo es preciso demostrar que no se verifican en ellos los elementos componentes esenciales (aa. 1.261, 633, 1.629, 1.875, 1.321, 1.324, 1.310).

Los nulos de pleno derecho presentan la figura de actos con los componentes naturales; mas en lo demás se asimilan a los primeros; están desprovistos de espíritus vitales, de ellos no puede nacer ningún efecto favorable a su autor; no se convalidan con el tiempo y la prescripción; para revalidarlos se necesita poner de nuevo todos los elementos en conformidad con la disposición de la ley, con la forma, solemnidad o condición requeridas, o que la ley misma retire de ellos el impedimento que los esteriliza. Como *nulos de derecho pleno* no necesitan sentencia declaratoria de suyo, según el sentir de los autores modernos, a no ser que se vislumbre tal cual apariencia de *fumus iuris* en favor de alguno que pretenda hacerla valer, o cuyo desvanecimiento en forma autoritaria se requiera para fundamentar una acción o verse libre del peligro que amagara semejante sombra de derecho (aa. 4, 1.316, 1.317, 1.255, etc.).

Los anulables se sostienen como válidos hasta no recaer sobre ellos sentencia declaratoria con efecto retroactivo; contienen savia vital y fructifican; son capaces de convalidación, así por la ley o legítima autoridad como por la prescripción de la acción; o por la renuncia expresa o implícita de ésta por los interesados; o por la ratificación expresa o tácita hecha por los mismos, removidos los impedimentos, que los viciaban. Son muchísimos los artículos que se refieren a esta clase de actos, v. gr., 1.263-1.271, 1.300-1.314, 61, 62, 647, 649, 816, 1.259, 1.316, 1.317, 1.226, 1.393, etcétera, etc.

Los rescindibles no entrañan para nosotros peculiares dificultades (artículos 291, 1.469, 1.479, 1.486, § 2; 1.498, 1.483, 1.124, 1.503).

El artículo 4.º regula la segunda clase, o sea los *nulos de pleno derecho*.

96. *Extensión del artículo 4.º*—Se controvierte si hubiera sido más acertado establecer la regla contraria, y haber convertido en excepción la expresada en el artículo, como ha hecho el Código de Derecho canónico, canon 11 (27).

(27) DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, I, y MANRESA en los coment. al a. 4.

El precepto tiene profunda raigambre en el Derecho romano, en el civil antiguo y en el canónico, si bien parece que en nuestras clásicas colecciones no se hallaba formulado en una regla tan universal como la del artículo 4.º.

Saben muy bien los iniciados en los estudios jurídicos cómo la ley, para ser perfecta, necesitaba sancionar con la nulidad los actos puestos contra ella.

Algunos comentaristas sostienen que el término *ley* usado en el artículo se entiende exclusivamente de las leyes *prohibitivas* o *preceptivas* (28), no de las *permissivas* y *supletorias* (*dispositivas*); otros, que nada más abarca las dictadas en interés público, no en interés y favor de los particulares (29); pero, en general, otros, tomando el vocablo como está, sin distingos, lo aplican a las leyes de cualquiera índole (30).

Los actos que irrita son los actos *jurídicos* de cualquiera clase, considerando esta palabra en su más larga acepción con sus consecuencias favorables al que obra en contra de la ley; no las punibles y onerosas, o las que benefician a terceros inocentes. De consiguiente, su trascendencia es inmensa en todo el campo de Derecho civil. Únicamente se exceptúan los actos que, aunque contrarios a lo que dispone la ley, la misma ley explícita o implícitamente ordena su validez (a. 4.º, § 2.º).

97. *Su eficacia.*—¿Cuál será, pues, su eficacia en ambos fueros? En el *externo*, desde luego es completa. Los actos que anula están desprovistos de todo reconocimiento y protección, nacen privados de acción; los magistrados, jueces, notarios, registradores, etc., deberán rechazarlos de plano y negarles toda suerte de autorización. Y como en el fuero civil la privación perpetua de acción a un derecho equivale a la negación del mismo, en esa esfera es como si no existiese.

En el fuero de la conciencia son asimismo enteramente ineficaces, como todos: *a)* después de sentencia declaratoria; *b)* cuando tales actos son ya de suyo inválidos por derecho natural o ilícitos perpetuamente; *c)* cuando traen toda su existencia del derecho civil; *d)* cuando el bien común, considerados todos los adjuntos, reclama la invalidez; y *e)* en los casos particulares en que explícita o implícitamente se revela la intención del legislador de despojarlos de valor moral.

(28) L. c.

(29) O. c., pág. 449, nota 2.

(30) SCAEVOLA, *Cód. civ. esp. comentado y concordado por Q. Mucius Scaevola*, t. 1, 3.ª ed. (Madrid, 1893), pág. 126 ss.; SÁNCHEZ BRAVO, o. c., pág. 449, 2.º; DE DIEGO, *Inst.*, I, pág. 132; CASTÁN, *Der. civ. españ. común y foral*, 5.ª ed., t. 2 (Madrid, 1942), pág. 633.

La dificultad está, cuando los actos, atendida la ley natural y los principios generales son válidos en sí y lo seguirían siendo si la ley positiva no los hiciese ineficaces. *¿Consta plenamente la intención del legislador de desproverlos en todo caso de eficacia en los dominios de la conciencia?*

Sin duda que puede hacerlo; pero si en realidad lo ha querido, yo no me atrevo a afirmarlo; por la paridad con las leyes, que prescriben ciertas formas o solemnidades para la validez de determinados negocios jurídicos, verbigracia, el testamento informe, ciertas donaciones, etc., porque en último término la invalidez por la inobservancia de ellas se reduce a la violación de este artículo.

El asunto no carece de importancia ni es una sutileza inútil, pues si conservan su valor en el ámbito de la conciencia, es dado aprovecharse de ellos mientras aquel a quien cumpla no invoque jurídicamente la insubsistencia.

98. *Leyes anulatorias.*—No carecen de menos momento las leyes, que regulan los actos, que el Código denomina *nulos*; la jurisprudencia, *anulables*; la doctrina, *nulos de nulidad relativa* y *anulables* también, y los moralistas, *rescindibles*, cuales son:

a) Los de los menores sin la autorización de las personas e instituciones a quienes están sometidos en el ejercicio de sus derechos; los de la mujer casada, sin la de su marido o del juez; la de los locos o dementes que no lo son de nacimiento ni de antes de haber alcanzado el uso de la razón, antes de haber sido declarados por tales judicialmente, y los de los no realizados en manifiesta locura; los de los sordomudos, que no saben leer ni escribir, pero que gozan del pleno uso de sus facultades mentales.

b) Los de los embriagados o que se hallen en estados anímicos semejantes a los anteriores, a los que hay que agregar los de los concursados no rehabilitados, que disponen de sus bienes (a. 1.263, 1.º y 2.º) (31). y los practicados en nombre de los menores sin la autorización legal (32); y por los de los pródigos o interdictos, declarada la prodigalidad e interdicción (a. 1.300, § 4.º, 221, 227, 228-30).

c) Aquellos cuyos elementos esenciales adolecen de un vicio que los invalida con arreglo a la ley (a. 1.300), cuales son los ejecutados con error, dolo, falsedad de la causa, intimidación o violencia, según lo declarado en los aa. 1.265-1.270. Dejando a la discusión de los sabios si entran también en esta categoría los nulos por la ilicitud de la causa o del objeto; a lo menos, cuando la prohibición, de donde la ilicitud proviene,

(31) MANRESA Y SCAEVOLA en los comentarios a estos aa.

(32) MEDINA MARRAÑÓN, a. 1.301, nota 3, § 2; S. T. 1 mayo 1912.

ha sido motivada principalmente por el bien e interés privado, como lo es la facultad de pedir la declaración de la nulidad de que venimos hablando, de sostener el negocio entablado.

Todos los cuales valen en conciencia, si reúnen los requisitos de la ley natural, mientras no se dé contra ellos sentencia declaratoria, con efectos naturalmente retroactivos, que alcanzan el mismo nacimiento del acto, declarándolo deshecho desde su origen, con todas las secuelas de él derivadas, en cuanto lo sufra la naturaleza de las cosas, conforme a los artículos 1.303-1.308 (33).

99. *Actos faltos de forma legal.*—Otra cuestión conexas con las precedentes es la de la *forma, solemnidad o condición* requeridas algunas veces por el Código para ciertos actos o contratos, a saber si ésta es necesaria para la validez y eficacia de los mismos. Punto éste muy discutido, según se indicó arriba, militando muchos y muy graves autores por la afirmativa, y otros no menos graves por la negativa.

Nuestro Código, manteniendo la tradición multiseccular castellano-leonesa, ha sentado como principio el *sistema espiritualista* de que el contrato es nacido, una vez puesto el consentimiento, cualquiera que haya sido la forma en que éste se haya expresado, siempre que en él concurren las condiciones esenciales para su validez: de objeto, sujeto, causa y las peculiares de cada clase de contratos (a. 1.278); principio que la jurisprudencia ha ido esclareciendo y fijando más y más en el sentido espiritualista, conciliándolo sin dificultad con los dos siguientes, que a primera vista ofrecen algunos aspectos de aparente contradicción.

La *forma solemne*, de ley ordinaria, no es esencial para la existencia del contrato ni para toda eficacia del mismo, sobre todo respecto de los contratantes; pero la ley puede prescribirla en unos casos para hacer del todo valederas las obligaciones, y con relación a todos y a todo tiempo y lugares; en otros, como requisito esencial y necesario para la validez y eficacia de los negocios mismos. Y en cierto modo lo ha dispuesto, zanjando de ese modo las disputas procedentes de ambas teorías opuestas, *espiritualista* y *formalista* o *materialista*; dando amplio margen a la libertad contractual y suministrando al mismo tiempo los medios necesarios y convenientes de fijación permanente del contenido pacticio, de medio seguro de prueba y de garantía privada y pública (aa. 1.279-1.280).

Son rarísimos los actos y contratos para cuya validez exige el Código escritura u otra forma especial. Los tratadistas apenas se atreven a señalar

(33) MANRESA SCAEVOLA, CASTÁN.

más que tres o cuatro como ciertos: el a. 633, sobre las donaciones de cosas inmuebles; el 1.528, acerca del censo enfiteúutico; el 1.875, respecto de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, y el 1.321 (34).

De este modo el problema tan debatido ha quedado en nuestro derecho harto simplificado y creo que no entrañe complicaciones en el fuero interno. Sólo advierto que, a mi juicio, a estos pocos actos, así sustancialmente nulos, es aplicable también la aserción de los moralistas de que no consta que sean ineficaces en el terreno de la conciencia, antes de sentencia declaratoria, cuando serían válidos mirando sólo a la ley natural.

100. *El testamento*.—Entre los actos jurídicos merece consideración especial, por su enorme trascendencia, por su estimación afectiva y el exquisito cuidado y diligencia con que todas las legislaciones lo ordenan y amparan hasta en los últimos detalles, el *testamento*.

Un capítulo con 10 secciones y 81 artículos le consagra nuestro Código, fuera de otros innumerables, en que dictamina sobre él o al menos a él alude.

Exige para su validez un sinnúmero de requisitos, que sería prolijo enumerar aquí y que no viene a nuestro propósito, por ser generalmente sabidos, pero que muestran el sumo aprecio que al legislador ha merecido esta institución jurídica; si bien uno que otro, por su insignificancia, no da origen con su inobservancia a vicio sustancial (35).

Como los otros actos jurídicos, también desvirtúan el testamento la violencia, el dolo o fraude (a. 673), mas, con la diferencia de que la acción para pedir la declaración de nulidad no se extingue a los cuatro años, sino a los quince (36).

No es, pues, nulo *ipso iure*; a no ser que la violencia, el dolo o el fraude sean tales que por derecho natural priven al testador del conocimiento y libertad indispensables para el acto humano.

A esta nulidad se suman otras varias por razón del fondo y muchas más quizá en cuanto a la forma (37): unas por defectos comunes a toda clase de testamentos, otras por deficiencias propias de cada especie de ellos; debiendo ser esta múltiple nulidad, según principio asentado en el a. 4.º, *nulidad absoluta y ex ipso iure* en el fuero civil; pero conforme a la práctica de la jurisprudencia y a la doctrina, no se reputa ineficaz el testa-

(34) MANRESA, I. I, pág. 149; CASTÁN, I. I, pág. 915.

(35) MANRESA, V, pág. 472, S. T. S. 4 abril 1895; MEDINA MARAÑÓN, a. 681, n. 3, nota 3; S. T. S. 6 abril 1896.

(36) S. T. S. 20 junio 1928; 31 diciembre 1931; MEDINA MARAÑÓN, a. 1.301, nota 1.

(37) MANRESA, V, pág. 687 y 473-75.

mento sino después de haberse declarado judicialmente, a instancia de parte interesada, que en él no se han guardada las formalidades legales.

Y así, la Dirección General de Registros, en fecha 20 de septiembre de 1904 (38), ha manifestado que las faltas que invalidan los testamentos no producen necesariamente su nulidad; pues los interesados, únicos a quienes corresponde promover cuestión acerca de la validez, pueden aceptarlos o respetarlos o cumplirlos, como si los testamentos estuviesen revestidos de todos los requisitos legales; razón por la cual no puede afirmarse *a priori* que un testamento es nulo. Sin que esta doctrina desvirtúe el precepto general y absoluto del a. 687, dictado para los tribunales, que a su tenor han de fallar *a posteriori*, previa declaración de parte interesada; mas no para el Registrador, que no puede rechazar un testamento contra la voluntad de los que pueden acatarlo como válido, caso de que realmente tuviese algún vicio por el que pudiera ser anulado.

Doctrina que reiteran las resoluciones de 2 de agosto y 10 de diciembre de 1913, confirmando en cierto modo la de los moralistas, que enseñan que se puede estar en conciencia a un testamento informe civilmente, antes de la declaración auténtica de nulidad, con tal que no sea nulo por el mismo derecho natural.

101. *Leyes rescisorias*.—Por lo que toca a los actos *rescindibles*, que el Código distingue de los *nulos* o *anulables* y están enumerados en los artículos 1.291-1.292, 1.255, 1.466, 1.469, 1.479, 1.483, 1.074, 1.073, 1.503, 644-648, 1.348 y 1.918, no cabe duda que son válidos, pues lo dice expresamente el a. 1.290; pero pueden deshacerse a petición de los perjudicados a causa de la lesión por ellos producida, del fraude o dolo con que fueron celebrados o por otras razones justificativas.

Dejadas a un lado ciertas discusiones entre los autores, más bien de tecnicismo que de otra cosa, para nuestro fin no es necesario extendernos más sobre ellos, porque con lo apuntado basta para resolver las dudas que pueden surgir (39).

Únicamente procedería dilucidar la justicia del a. 1.293, que niega la rescisión por lesión fuera de los casos mencionados en los nn. 1.º y 2.º del 1.291.

El Código de Derecho canónico la admite, cuando del contrato se le sigue a una parte, por haber sufrido error, una lesión que exceda la mitad del valor de la cosa. Códigos modernos hay que tienden a restablecer

(38) MANRESA, V, pág. 475.

(39) SCAEVOLA, XX, pág. 85 ss.; MANRESA, VIII, pág. 661 ss.; CASTÁN.

la rescisión mencionada; v. g., el alemán y el suizo; SCAEVOLA anticipa que tiene que haber otros casos no incluidos (40), y es muy conforme a razón; por eso es de esperar que este artículo sea objeto de reforma en la revisión del Código.

XIII

ALGUNAS LEYES QUE RECLAMAN PARTICULAR ATENCION

102. *Leyes de ocupación.*—Respecto de las contenidas en los artículos 351 y 352, sobre los tesoros ocultos; 610, sobre la ocupación de las *res nullius*, bienes y vacantes abandonados; 611 y 612, sobre la caza y la pesca; 615-617, sobre las cosas halladas, es lícito acomodarse a lo que enseñan los moralistas en cada caso antes de mediar sentencia judicial.

Casos muy curiosos se han dado y más raros quizá vendrán con ocasión de la aplicación del a. 613, cuando las palomas, conejos y peces pasaren de su respectivo criadero al de distinto dueño.

Esto, ordinariamente, cuando es uno que otro el animalito que se traslada, o cuando el traslado es de pocos y raras veces, no implica objeciones reparables; pero cuando la emigración es en masa, en gran número o muy frecuente, no se ve la racionalidad de la aplicación e interpretación, que al pie de la letra han hecho los tribunales.

103. *Leyes de donación.*—Se puede asimismo seguir la doctrina de los moralistas en materia de donaciones, cuando se trata de las inhabilidades legales para hacerlas, recibirlas y aceptarlas (aa. 624-633); lo mismo que cuando su doctrina versa alrededor de otras incapacidades semejantes en asuntos, v. g., hereditarios.

Las trabas legales para las donaciones apuntan principalmente a los esposos y personas de la familia; y no hay duda que el bien común, el de la familia y de los propios esposos exige que se restrinjan; pero no hasta el último extremo, como se hace en el a. 50, n. 2.º, invadiendo, según ya se notó, el campo de competencia ajena; y ¿quién va a condenar, en el terreno de la moral, alguna que otra donación de regular cuantía entre cónyuges u otras personas de la familia legalmente hábiles, si en tales circunstancias ninguno de dichos bienes peligra?

Lo mismo se diga de otras donaciones civilmente ilegales, pero muy conformes a los dictámenes de la razón, hechas so capa de tales, para

(40) SCAEVOLA, pág. 924.

cumplir obligaciones graves, o en orden a evitar males o conseguir bienes de consideración.

104. *Leyes de arrendamiento.*—Estas leyes han sido una de las tachas que los críticos han venido poniendo al Código civil desde su salida (41).

El contrato de arrendamiento (Cód. civ., lib. 4, tít. 6, aa. 1.542-1.603) es uno de los lugares donde más resaltan la tendencia individualista, el predominio del aspecto privado de la propiedad, el favorecimiento al arrendador, y no tanta consideración a los derechos del arrendatario.

De aquí la necesidad sentida, principalmente desde principios de siglo, de poner mano en esta institución más que milenaria; y los frecuentes tanteos de los últimos decenios para retocarla y acomodarla a las presentes exigencias sociales, entre los que sobresalen la ley de 15 de marzo de 1935 y la de 28 de junio de 1943 y 23 de julio de 1942 sobre arrendamientos rústicos, que se completan (42), y la de 1 de enero de 1947 sobre arrendamientos urbanos.

A primera vista, estas nuevas leyes parecen haber dado en el extremo contrario, reservando los favores en primer plano para el arrendatario; no hace muchos años quizá hubieran sido calificadas de draconianas y atentatorias contra el derecho libre de propiedad; hoy puede ser que los imbuídos del liberalismo e individualismo las reputen todavía acreedoras a críticas tan acerbas; pero quien las pondere serena y reposadamente, a vista del bien común, de los adjuntos sociales, de la justicia social, de la economía privada y nacional, no las tendrá por disparatadas, sino por razonables y no fuera de la justicia, aunque tal vez no pasen de ser el último tanteo para llegar del todo al justo medio. No hay, pues, que tenerlas en poco y negarles el puesto que les corresponde en el tribunal de la conciencia.

XIV

LEYES DE PRESCRIPCIÓN

105. *Leyes de prescripción.*—Llegamos a la disposición de algunas leyes, que fueron insertadas en último lugar en el Código civil, no sin protesta de los comentaristas, que no hallan acertada su colocación donde están, pero que a nuestro propósito eso no importa nada.

(41) SCAEVOLA, XXIV, pág. 361 ss.; CASTÁN, III, pág. 121 ss.

(42) CASTRO BRAVO, pág. 229; *Cód. civ.*, ed. Góngora 1945; MEDINA MARAÑÓN, *Leyes civiles de España*, ed. novís (Madrid, 1943), apéndices, pág. 330, nota 1; 590-592.

No entra en el plan propuesto examinarlas todas en su conjunto; puesto que esta institución jurídica bien entendida se admite como justa sin vacilación en ambos fueros por los moralistas y juristas; sólo nos limitaremos a justipreciar las poquísimas disposiciones ocasionadas a dudas y dificultades, que son las que relatan los aa. 1.955, párr. 2.º y 3.º, el 1.959 y 1.961; pues los primeros no requieren la buena fe en las prescripciones extraordinarias y el postremo parece que tampoco la toma en cuenta en las prescripciones liberativas. Es por lo tanto un punto de suma importancia y tan difícil de abordar, que con derecho se puede decir de estas leyes que son *la cruz de los moralistas*; no así de la inmensa mayoría de los civilistas, que no paran mientes en su interpretación.

106. Buena fe.—Sabido es que la Iglesia en el Conc. IV de Letrán, cap. 41, añ. 1215, definió que la buena fe era necesaria en toda prescripción, no sólo en el comienzo de la posesión, sino durante todo el tiempo necesario para prescribir; declarando sin fuerza de obligar todas las leyes civiles anteriores y posteriores que dispusiesen lo contrario; las cuales, notan algunos autores, ya eran ineficaces por el mismo derecho natural.

Quoniam omne quod non est ex fide peccatum est, synodali iudicio definimus ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis, cum sit generaliter omni constitutioni quam consuetudini derogandum, quae absque mortali non potet observari peccato. Unde oportet ut qui praescribat, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Definición, que cristalizó en la regla 2.ª de las *Regulae Iuris in Sexto*. "*Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit.*" Y con mayor claridad y distinción está redactada en el can. 1.512 del Código de Derecho canónico: *Nulla valet praescriptio, nisi bona fide nitatur, non solum initio possessionis, sed toto possessionis tempore ad praescribendum requisito.*

Sin embargo la ley 12 del tit. 29 de la *Partida* 3.ª, mantiene la ley romana, que sólo requería buena fe al principio de la usucapción (43); la ley 21 del mismo título tampoco la exigía en la prescripción de treinta años; y la 27 tampoco la consideraba necesaria para ganar el dominio de las cosas poseídas por treinta años y por cuarenta, cuanto, a las cosas dadas en prenda, prestadas o depositadas, contra sus dueños, si éstas hubiesen vuelto al poder de ellos; leyes que estuvieron en vigor con algunas otras que prescindían así mismo de la buena fe, hasta la codificación.

¿Podrá asegurarse de ellas y de las del Código citadas, que están desprovistas de vigor *en el fuero interno*, que fomentan el pecado y la injusti-

(43) *Cód.*, lib. VII, tit. 39, const. 8.

cia, y que por espacio de siete siglos hayan sido disimuladas por la Iglesia a ciencia y paciencia de tantos Santos y varones de rectitud innegable? ¿Tendrán algún sentido aceptable?

No deja de producir verdadera extrañeza. Los teólogos y juristas, tanto canonistas como civilistas, con raras excepciones por parte de éstos, abrazaron con sumisión la definición lateranense y la interpretaron más bien rígidamente que en sentido lato; tanto con respecto a los cánones, como a los estatutos civiles; entendían la regla 2.^a del sexto sin falencias, si se exceptúa su aplicación a la prescripción de las acciones personales en el fuero externo (44).

107. *Buena fe en la prescripción adquisitiva.*—Tratándose de la prescripción adquisitiva o *usucapión*, puede afirmarse la necesidad de la buena fe sin interrupción en todo el tiempo de la prescripción, según el sentir unánime; baste citar (45): MOLINA, LESIO, LUGO COVARRUBIAS, etc., quienes conceden la licitud de la prescripción sin título, pero nunca sin buena fe; con los cuales concuerda el insigne comentarista de las *Partidas*, GREGORIO LÓPEZ, según puede verse en las glosas a las leyes arriba aducidas.

Ni es menos conforme y constante el consentimiento de los moralistas católicos hasta nuestros días, como verá quien tenga la curiosidad de repararlos. De los que he examinado sólo uno expresamente, PRUMER (46) escribe: *Auctores non concordant utrum statuta legum italicarum et hispanarum, circa illas praescriptiones quae non requirunt bonam fidem, valeant in conscientia*; y no aduce por la afirmativa más que a PISCETTA (47), en cuanto a las italianas, a quien se refiere también VERMEERSCH, proponiéndolo como intérprete benigno de las mismas leyes.

¿Qué interpretación, pues, dan a los aa. 1.955, párr. 2.º y al 1.959 de nuestro Código y a los similares de los códigos extranjeros? Unos, como MERKELBACH (48), distinguen dos clases de buena fe: la *teológica* y la *jurídica*, y resuelven la dificultad proponiendo que, cuando las leyes no requieren la buena fe, se refieren a la jurídica, dejando intacta la teológica, a cuyo

(44) SANZ VILLALBA, *La buena fe en la prescrip.*, tesis doctoral (Comillas, 1944); REIFFENSTUEL, t. de "Regulis iuris" in 6.º, r. 2.ª

(45) *De iust. et iure*, tract. 3, disp. 63 ss.; LESIO, *De iust et iure*, lib. 2, cap. 6, sobre todo et dub. 6; LUGO, *De iust et iure*, disp. VIII, n. 48 ss.; COVARRUBIAS, *Opera omnia*, part. 2, *Relect. cp. Possessor*, de *Regul. iur in 6.º*, § 11, tertia pars.

(46) *Manuale Theol. Mor.*, t. 2, ed. 2 et 3 (Friburgi Brisgoviae, 1923), pág. 62, n. 67.

(47) *Theol. Mor.*, t. 3, n. 143 ss.

(48) MERKELBACH, n. 230.

parecer se acuesta TANQUEREY (49). Otros, como NOLDIN-SCHMITT (50), asientan que estas leyes no valen en el fuero interno y que sólo niegan el recurso o acción (50). Otros, por fin, se contentan con afirmar la necesidad de la buena fe teológica sin más explicación (51).

Todos reputan privadas de valor en el fuero interno tales disposiciones. A mí, sin embargo, se me hace muy duro creer que nuestros legisladores, desde la época goda hasta ahora, no se hayan percatado de su injusticia, y de que su mantenimiento fomentara el pecado y facilitara la adquisición ilícita de lo ajeno, tanto más que nuestro Código, a pesar de las tachas indicadas en este mismo trabajo, en general es respetosísimo para con la justicia y equidad y ante todo para con la moral. Y a pesar de todo establece claramente: *También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años sin necesidad de ninguna otra condición* (a. 1.955, § 2.º).

Igualmente: *Se prescribe también el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título, ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes* (a. 1.959).

Y pone claramente se *prescribe, se prescriben*, esto es, *se adquiere, se adquieren*; que esto significa aquí el verbo *prescribir* en esta cláusula, y no el que le quieren dar los que interpretan estos artículos como únicamente denegatorios de acción en el fuero externo. Es aquel asimismo el sentido, y no este último, el que les atribuyen los intérpretes y expositores civiles (52).

La sentencia de MERKELBACH y de los que opinan como él, es ciertamente verdadera, cuando la buena fe teológica no coincide con la civil o jurídica; pero no, cuando sucede lo contrario, como ocurre muchísimas veces, en que ambas se confunden, quedando de consiguiente en pie la dificultad, cuando esto acontece; pues sin duda juzga prudentemente que la cosas, que posee, *es suya, que posee sin pecado, que el ánimo de poseer es conforme a toda justicia* (en lo cual suelen poner los moralistas la buena fe teológica); *quien cree prudentemente que aquel de quien recibió la cosa, era dueño de ella, que podía transmitir su dominio* (a. 1.950), y al mismo tiempo *inculpa-*

(49) *Synopsis Theol. Mor. et Pastor*, t. 3, ed. 6.ª (Romae, 1921), n. 256.

(50) N. 403, WAFELAERT, *Tract. Theol. Mor.*, ifact. 2, (Brugis, 1885), n. 237; AERTNYS, n. 682; BUCCERONI, n. 925; JORIO, *Comp. Theol. Mor.*, ed. 5.ª (Neap., 1934), n. 572, 2; 566; BUSQUET, *The-saurus confessarii*, ed. 3.ª (Barcelona, 1902), n. 212; FERREHES, *Compend. Theol. Mor.*, ed. 8.ª, t. 1 (Barcelona, 1917), n. 725, 1; SEBASTIANI, *Summar. Theol. Mor.* (Taurini, 1925), n. 279; FERREHES-FUSTER, *Epítome de Theol. Mor.* (Barcelona, 1944), n. 372, 3.º, etc.

(51) ARREGUI-ZALBA, n. 301, 2.º; COLLI-LANCI, v. 2, n. 397 ss.; MARC., *Institut. Mor. Alphon.*, ed. 14 (Romae, 1917), t. 1.

(52) S. T. S. 24 enero 1907; SEIX, *Enciclopedia Jurídica Española*, t. 25 (Barcelona), 434; HUGUET, *El abogado popular*, IV, pág. 536; S. T. S. 27 mayo 1906; 23 octubre 1918; 13 junio 1865

blemente ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide (a. 433), en que constituye nuestro Código la buena fe *jurídica*. En este terreno es donde se presenta la dificultad y en el mismo es donde hay que afrontarla.

Antes de ello hago mi profesión de fe, de que abrazo como el hijo más sumiso todo cuanto la Santa Madre Iglesia enseña, ha definido y definirá; y si algo escribiere, que no esté en todo conforme a sus dogmas y doctrinas, desde ahora lo rechazo. Del mismo modo quiero seguir el sentir unánime de los teólogos católicos, señal infalible de verdad, y así tengo por verdadero lo que dicen respecto a la necesidad de la buena fe en toda prescripción.

108. *Prescripción extraordinaria.*—*Pero ¿se trata en los artículos, que venimos ventilando, de verdadera prescripción? ¿O no se denominará con la nomenclatura de prescripción extraordinaria otra institución jurídica distinta de la verdadera prescripción, aunque se emplee una terminología idéntica, por regularse materias análogas y por la misma razón el legislador las haya comprendido en un mismo capítulo?*

Si así fuera, no tendría razón de ser la censura, con que los autores notan dichas leyes, y desaparecería el obstáculo de su obligación en conciencia.

Pues esto, que a primera vista parece una novedad, y un despropósito, no carece de todo fundamento. MANRESA así lo da a entender, y anota que, *según las modernas teorías, viene a formar un nuevo derecho distinto, cuyo solo punto de contacto con la materia de prescripción es el transcurso del tiempo, factor necesario para la constitución o creación de ese derecho* (53). Igual idea quizá intenten expresar otros tratadistas, teniendo la prescripción extraordinaria como *una excepción* de la regla ordinaria (54). Y el mismo legislador parece que lo considera así, reglamentando primero la prescripción *ordinaria* de las cosas muebles e inmuebles, y después la *extraordinaria* de aquéllas y éstas; y poniendo los requisitos de ambas; exigiendo la buena fe en la prescripción ordinaria al principio y durante todo el tiempo de la posesión, por ser esa la prescripción verdadera y propiamente dicha y a la cual por consiguiente se refiere el capítulo lateranense y la regla 2.^a del sexto y el can. 1.512, y no teniendo por necesaria la buena fe en la extraordinaria por no reputarla como prescripción propiamente tal.

109. *No necesidad de buena fe.*—En este supuesto, así como por razones de bien común tiene poder el legislador para designar plazos muy breves en la duración de la posesión, concurriendo todos los demás requisi-

(53) MANRESA, t. 12, pág. 767.

(54) BURÓN, *Derecho civ. esp.*, t. 2 (Valladolid, 1898), pág. 657; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Der. civ.*, t. 3, ed. 3.^a (Madrid, 1900), pág. 250.

tos para la prescripción; por ejemplo, la ley austriaca, citada por VERMERSCH (55), establece que se gana el dominio de los bienes inmuebles por la posesión de *tres años* con buena fe; ¿no podrá el mismo legislador por justas y suficientes exigencias del bien común, transferir el dominio de unos a otros independientemente de la buena fe; señalando plazos razonablemente largos, con que dé suficiente tiempo y medios a los amenazados en sus títulos de dominio por la posesión ajena, para impedir que la propiedad o posesión propias se vayan cada vez debilitando en mayor proporción y la posesión ajena robusteciéndose hasta prevalecer definitivamente?

Esto que, entendido no de la transferencia del dominio, sino de la *denegación en el fuero externo*, lo conceden todos, ¿no estaría justificado por iguales o mayores motivos en la hipótesis de *transmisión de la propiedad*?

Los comentaristas recurren al *interés social*, que reclama la ordenación estatuida en nuestro Cuerpo legal u otra semejante, para razonar su justicia y licitud, y en tal interés encuentran a su parecer fundamento suficiente en que apoyarla (56).

Además de las razones que justifican la prescripción propiamente dicha, militan otras especiales en pro de las disposiciones legales, de que nos estamos ocupando.

a) Cada día resalta más el aspecto social de la propiedad y el interés que la sociedad tiene en que rinda lo más posible. No puede, pues, serle indiferente la inacción por tanto tiempo del titular del dominio, tan perjudicial para ella; y la diligente actividad del poseedor, tan beneficiosa para el bien común social, en cuanto redundaba en provecho de él; prescindiendo de la buena o mala fe del detentor.

b) Ni puede menos tampoco de tener en cuenta la dificultad de cambiar tal estado de cosas, tanto mayor cuanto más duradero sea éste.

c) Añádase la fuerza que le hace la presunción de abandono del derecho de propiedad inactivo durante tanto años; cuando, como se supone, ha podido y debido ejercitarse.

d) Es también de tenerse en cuenta las pérdidas y daños que sufriría el comercio.

e) Allende de eso, semejantes disposiciones legales tienden a pacificar al fin las conciencias y a poner término al estado de pecado; porque, verificada la transmisión del dominio, el poseedor deja de ser poseedor de cosa ajena; no de otro modo que dejaría de serlo y comenzaría a poseerla y disfrutarla en adelante con toda tranquilidad, si el legítimo dueño se la cediese

(55) Pág. 367.

(56) MANRESA, pág. 760 ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 250.

o la *abandonase*; verificándose algo semejante a lo que pasa con la costumbre *de hecho*, cuando es pecaminosa; que deja de serlo, luego que el superior legítimo la eleva a ley allegando su consentimiento a la intención de la comunidad, después de un largo plazo de tiempo.

f) Y tal mudanza de poseedor injusto en propietario justo es tanto más de estimar cuanto de otro modo sería tal vez imposible, o cuando menos harto difícil.

g) Por fin, creo que debe tenerse muy en cuenta el *considerando* de la sentencia del Supremo de 8 de mayo de 1903 (57): "Considerando que el concepto y fundamento de la prescripción, encaminada principalmente a dar firmeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos, emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten a los principios de estricta justicia; que hay que subordinar como mal menor al que resultaría de una inestabilidad indefinida, es evidente que por el transcurso de determinado tiempo se entienden borrados los defectos que en los títulos respectivos de aquéllos puedan existir."

110. *Objcción*.—Se objetará que esa suerte de leyes fomenta el pecado, incitando a los sin conciencia a apoderarse de lo que no les pertenece; y alimentando su esperanza de adueñarse de ello legítimamente sólo con el transcurso del tiempo.

Resp.—En general, el legislador lo dificulta con el establecimiento de plazos tan largos; con las restricciones sobre las cosas hurtadas o robadas, las servidumbres *continuas no aparentes* o las *discontinuas aparentes* o no (artículo 539); con la excepción de los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad; con el acicate de la conciencia en período tan dilatado que no dejará de punzar así más veces aún a los de la sindéresis más adormecida; con las posibilidades y facilidades y oportunidades que en el mismo período ofrece a los interesados en que no se extinga el derecho.

Las leyes *no consienten* la perversa intención de los injustos poseedores ni su mala fe; *las permiten y prescinden de ellas*, regulando dichas situaciones jurídicas.

Cierto es que habrá casos que caerán fuera del ámbito que abonen las razones ordinarias, en que se funda la licitud de la prescripción; pero las leyes atienden a lo que en general sucede, no puede descender a los casos particulares. "*Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura (leges) non constituuntur*" (*Digesto*, lib. 1, tít. 3, leg. 4). Con todo, siempre quedarán algunos motivos del bien común y social que los justifiquen.

(57) ALCUBILLA, 1903, pág. 832.

Guardan los dos artículos que ventilamos algún parecido con el 464, §§ 2 y 3, y el 85 del *Código de comercio*; y como leyes dadas con anterioridad a los casos que puedan ocurrir lo mismo pueden favorecer y perjudicar a unos que a otros: hoy por mí, mañana por ti. El que hoy saliere damnificado, mañana será el beneficiado.

He aquí las razones que me han ocurrido cerca de las leyes redactadas en los dos artículos tantas veces traídos a colación; veo muy bien su debilidad, sobre todo ante la resolución de la S. C. de Obispos y Regulares de 23 de septiembre de 1836 (58), que aludiendo a las leyes napolitanas, que no requieren la buena fe en la prescripción de treinta años, dice: *Obstat in casu cap. 20 de Praesc. quod praescriptionem omnem absque bona fide condemnat ac reprobat.*

No quiero darles más fuerza que la que realmente tengan: lo que pretendo es llamar la atención de los moralistas para que apliquen a estas leyes la consideración que merecen y examinen los aspectos que puedan tener de aprovechables y sostenibles en el fuero de la conciencia.

III. *Buena fe en la prescripción liberativa.*—Tratándose ahora de la prescripción *liberativa* o *prescripción* en su sentido más propio, se advierte en los moralistas cierto empeño en modelarla según el patrón de la *adquisitiva*: aplicándole los requisitos de la posesión, buena fe, etc.; al contrario de los civilistas, que le niegan la necesidad de ellos, según claramente se ve en el artículo 1.961: *Las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley.*

Echase de ver asimismo la falta de uniformidad en señalar en qué está la posesión y la buena fe en esta clase de prescripción.

Fijándonos en la última, que es la que más viene a nuestro propósito, por ser donde radica la dificultad, no pocos moralistas modernos, siguiendo las huellas de Lugo y otros clásicos, distinguen en ella dos aspectos: uno, *positivo*, y otro, *negativo*, constituyendo con cada uno de ellos una especie de buena fe: *positiva* y *negativa*.

La *positiva* consiste en la prudente persuasión *de no ser deudor, de no estar ligado con ninguna positiva obligación* (59); *de que no pesa sobre él carga alguna* (60); en que tiene ignorancia, inadvertencia u olvido inculpables de la deuda (61); la *negativa*, que se describe diversamente, verbigracia, la que tiene el que, consciente de su obligación, espera a la acción de su acreedor, sin impedirla con ningún fraude ni violencia (61); la del

(58) *C. I. C. Fontes*, IV, n. 1.911, pág. 871.

(59) VERMEERSCH, n. 356.

(60) NOLDIN-SCHMITT, n. 407; ARREGUI-ZALBA, n. 301.

(61) VERM., l. c.

sabedor de que pesa sobre sí carga, pero que no la tiene que satisfacer, si no es requerido positivamente para ello (62); o de que puede sin culpa teológica esperar la admonición o la acción del acreedor sin impedirle por fraude (63); o cuando el deudor nada ilícito hace para que el acreedor no pueda vindicar su derecho, o no pone ningún impedimento para que otro no pueda usar de su derecho (64); en la ausencia de fraude (65).

Para todos es suficiente la *positiva*; y la meramente *negativa* en las servidumbres pasivas, que consiste en el silencio e inacción del dueño del predio gravado con ellas, aunque sea perfectamente consciente del no uso del dueño de la servidumbre activa; y en la mera pasividad o expectativa respecto de la pena y de las multas y gravámenes, mientras no se ejecuten, cuando no hay obligación de sufrirlas, si no se ejecutan por la autoridad competente.

Del mismo modo todos convienen en que el deudor u obligado a dar o hacer algo no tiene el deber de pagar, dar o hacer antes de ser requerido, avisado, advertido, etc., si la ley, los usos y costumbres así lo determinan o si ha sido libremente pactado.

Todo esto es manifiesto y claro; pero no ilumina luz tan esplendorosa la serie de supuestos entre esta buena fe patente y la denegación franca o sustracción fraudulenta bien perceptible al cumplimiento de la carga, que pesa sobre el gravado, sino que aquí comienzan los diversos pareceres y vacilaciones.

Los moralistas, menos modernos en general, veían incompatibilidad entre la buena fe y el conocimiento de la obligación del deudor; por lo cual negaban las prescripciones de brevísimo tiempo y aun las de breve, a no ser en beneficio del sucesor del deudor, si ignoraba el vicio del título en que se fundaba la posesión; no así una no exigua parte de los modernos, como se advierte en las descripciones de tal requisito que se acaban de anotar.

No urge dificultad mayor cuando la conciencia de la obligación o deuda no está acompañada de malicia o de pecado, como dejan entender también la mayor parte de las prescripciones aducidas, pues fácilmente se reduce a buena fe.

Pero ¿qué decir cuando no pone ningún impedimento a la acción, petición o aviso del acreedor; empero, pudiendo, no satisface a su obligación en el tiempo hábil, esperando de propósito al plazo de la prescripción, para

(62) ARREGUI-ZALBA, l. c.

(63) NOLDIN SCHMITT, l. c.

(64) l. c.

(65) VERM., NOLDIN SCHM., MERKELBACH.

verse libre, si el otro no hace uso del derecho, según parecen opinar algunos de los autores de las clases de buena fe puestas en este lugar?

No emp'ea éste tal la fuerza, pero ¿no obra por el hecho mismo fraudulentamente, conforme a la definición clásica de fraude: "*Certum est quod quis committit in legem, qui legis verba complectens, contra legis nititur voluntatem.*" (66). Sin duda que la intención de la ley es que todos cumplan con sus obligaciones, paguen sus deudas y levanten sus cargas; y para ello da todas las facultades al acreedor, pero previniéndole que las ejerce dentro de los términos marcados, pues una vez transcurridos no podrá contar con la tutela legal para actuar su derecho. Es como ponerle una obligación condicional: tú eres libre para remitir lo que se te debe, para renunciar a tu derecho o para exigirlo, pero sólo dentro del plazo que yo te doy para esto; anda, pues, listo y solícito; ya te lo advierto con tiempo, en tu descuido llevarás la sanción." Del deudor y obligado parece desentenderse. Haremos, por tanto, una investigación escrupulosa de la ley expresada en el artículo 1.961 para averiguar, si es dable, su verdadero sentido.

112. *Interpretación del artículo 1.961.*—En primer lugar, tanto él como la inscripción del capítulo, a que da comienzo, y todos los demás artículos comprendidos en él, hablan expresamente de la prescripción de *acciones*, no de *derecho*; y como todo ello versa en rededor de materia odiosa, deben entenderse en sentido restrictivo y exclusivo *sólo de las acciones*.

Sin embargo, no está tan claro.

a) En el capítulo 1.º de este título 18, que contiene las disposiciones generales y comunes a toda la materia de prescripción, se consigna claramente: También se extinguen del propio modo por la prescripción los *derechos* y las acciones de cualquier clase que sean; y parece una necesidad querer referirlo a los *derechos*, que se extinguen en la prescripción *adquisitiva*, cuando el prescribente la gana, pues esto es una consecuencia necesaria e inevitable; debe, pues, hacer referencia a los derechos propios de la prescripción *extintiva*, como evidentemente se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1932 (67).

Otro tanto reza el artículo 1.932: Los *derechos* y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, aun las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley; e igual conclusión se saca

(66) *Regula iur.* 88 in *Sexto*.

(67) S. T. S. 29 febrero 1932.

de los artículos 1.962 y 1.963, que implican la extinción de la acción simultáneamente a la extinción del derecho, de modo que éste no la sobrevive.

b) Esta es, según VALVERDE, la tendencia de la doctrina moderna, que reconoce en la prescripción extintiva potencia para extinguir no sólo la acción, sino el *derecho*. Y más claro aún lo expresa CASTÁN (68).

c) Ni faltan interpretaciones de la jurisprudencia en el mismo sentido: la prescripción *extintiva*... es el medio de perder los *derechos* y acciones de cualquiera clase que sean... (Tribunal Supremo 4 octubre 1927; 20 marzo 1926) (69). Y tal era ya la jurisprudencia anterior al Código. De tal manera están limitadas por el tiempo las acciones, que, dejándolo transcurrir sin hacer uso de ellas, se pierden los *derechos*, *por muy respetables que sean* (10 junio 1864, 29 abril 1867, 7 abril 1866) (70).

Otros expresan eso mismo diciendo que se extingue la *obligación del deudor* (71).

d) Todo lo cual se confirma con que el Código define expresamente que por la prescripción se extinguen *los derechos y acciones de cualquier clase que sean* (a. 1.930, § 2), y en ningún artículo regula después la prescripción de los *derechos personales*, sino solamente la de las *acciones* a ellos correspondientes, señal manifiesta de que la incluye en esta última.

De todo lo cual parece lícito concluir que los artículos 1.961 y siguientes del capítulo III se refieren también a la prescripción extintiva de los *derechos*, como ya se verificaba en el derecho romano en la prescripción de las *acciones personales* (72). En lo que al fin acaban por convenir todos, aun los que los restringen a las acciones, pues según todos la privación perpetua de acción equivale en la práctica a la extinción del *derecho*, porque éste jamás se podrá actuar.

Lo cual es cierto si se atiende nada más al *fuero externo*, no precisamente en el *interno*, en el cual quedaría por lo menos el recurso de la oculta compensación; pero al fin y al cabo, puesta la extinción perpetua de la acción, el derecho de un modo u otro, en más o menos largo período terminará por extinguirse también.

113. *Eficacia de las leyes de prescripción extintiva.—¿Cuál será, pues, el alcance de las leyes que ordenan la prescripción extintiva?*

(68) VALVERDE, t. 3, pág. 204, nota 2; CASTÁN, t. 1 (Madrid, 1941), pág. 323 claramente.

(69) S. T. S. 4 octubre 1927; 20 marzo 1926.

(70) S. T. S. 18 junio 1864; 29 abril 1867; 7 abril 1866; GUTIÉRREZ, *Estudios fundamentales del Der. civ. esp.*, ed. 3.ª, t. 3 (Madrid, 1871), pág. 95.

(71) MANRESA, t. 12, pág. 776.

(72) SERAFINI-TRÍAS, *Instituciones de Derecho romano*, ed. 7.ª, t. 1, pág. 289.

1.º Sin duda ni disputa alguna valen en conciencia, cuando concurren en ellas todos los requisitos, que los moralistas señalan en tal clase de prescripción; sobre todo, si hay buena fe *positiva*, y aun *negativa*, con conciencia de la obligación, siempre que ésta no esté acompañada de pecado, por creer prudentemente que no le urge el cumplimiento de su obligación, mientras el acreedor no se lo pida.

2.º *Pero ¿qué resolver, si el deudor (entendiendo por tal quien de cualquier modo está obligado) no pone impedimento alguno al acreedor, pero maliciosamente no satisface a su obligación en espera de librarse de ella, por la prescripción, si aquél no la reclama en tiempo hábil?* Según se expresa algún que otro de los moralistas arriba mencionados, parecen insinuar que aun en este caso no falta la buena fe, puesto que la ponen en la ausencia de fraude, en que no se ponga ningún impedimento al acreedor, de modo que éste pueda usar de su derecho (73).

Otros apuntan que todo está en que el legislador quiera de veras extinguir el derecho por razón del bien común hasta en las prescripciones brevísimas, con tal que haya buena fe *positiva*; y aunque sólo la haya *negativa* en este sentido lato de que estamos tratando (74).

Nuestro Código ya hemos visto que se refiere tanto a las *acciones* como a los *derechos*.

a) También parece que no se contenta con negar la acción en el fuero civil, sino que se decide a extinguir ambas cosas. Esto manifiesta expresamente en el artículo 1.932 y en el 1.961 y siguientes; y no da muestra ninguna de reconocer la supervivencia del derecho sobre la acción extinguida, según hacen otros códigos extranjeros.

b) En igual sentido se ha expresado constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1927, 24 de enero de 1907, 4 de noviembre de 1927, 18 de junio de 1864, 29 de abril de 1867, 7 de abril de 1866, 21 de enero de 1861 (75).

c) Otro tanto se deduce de las bases en que fundamentan la prescripción *liberativa*: 1) la presunción *iuris et de iure* de renuncia o abandono del derecho por parte del dueño o de la satisfacción de la obligación (Tribunal Supremo, 27 de abril de 1925, 29 de junio de 1935); 2) como un castigo por la inercia del titular del derecho (30 de abril de 1940, 27 de abril de 1925, 25 de noviembre de 1895); 3) reconocida en los tiempos actuales

(73) PRUMMER, SLATER y otros aludidos por VERM. n. 371 A y 368, 3; NOLDIN SCHMITT, n. 407.

(74) NOLD. SCH., l. c.; PRUMMER, pág. 68.

(75) S. T. S. 4 octubre 1927; 24 enero 1907; 4 noviembre 1927; 18 junio 1864; 29 abril 1867; 7 abril 1866; 21 enero 1861; GUTIÉRREZ, t. 3, págs. 95-96; S. T. S. 22 abril 1925; ALCUBILLA, 1926, pág. 956; S. T. S. 25 noviembre 1895; ALCUBILLA, 1897, pág. 258.

como una institución de derecho justa y moral en sí misma y conveniente y aun necesaria en el orden social (4 de noviembre de 1927); 4) como una institución encaminada principalmente a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones, en que se desarrolla la vida; es absoluta (13 de febrero de 1901) (76); 5) de interés público y social (17 de noviembre de 1885, 20 de enero de 1886, 14 de enero de 1868, 20 de diciembre de 1897).

Y hoy parece tener mayor razón de ser por el desarrollo tan grande de las relaciones económicas y comerciales, que exigen más rapidez y seguridad y actividad de los derechos, para llenar las necesidades humanas cada vez más crecientes. Es la interpretación unánime de los civilistas.

Consecuencia.—Por consiguiente, parece que están justificadas las tantas veces mencionadas leyes con la buena fe *negativa* en la acepción más lata: *de no poner impedimento al ejercicio del derecho del acreedor*, aunque el deudor tenga plena conciencia de su obligación; por prevalecer el interés del bien común a todos los demás requisitos.

114. *Dificultades contra la interpretación propuesta.*—Como uno de los fundamentos principales de la prescripción *liberativa* es la presunta renuncia o condonación del acreedor, la dejación del derecho, la inercia, negligencia o inacción del titular del derecho o del dominio; síguese que no existe tal prescripción liberativa, donde no hay esa renuncia, condonación, inercia o negligencia, ya porque el titular ignora invenciblemente su derecho, se olvidó de él, estuvo impedido de ejercerlo en todo el tiempo hábil, según el canónico axioma: "*Contra non valentem agere praescriptio non currit.*"

Resp.—La objeción encierra ya una concesión implícita de que, cuando no ocurren tales circunstancias, procede y corre la prescripción; y, por tanto, sólo queda en pie, cuando éstas se dan.

1) Por lo que toca a la *renuncia* o *condonación* o *presunto abandono* del derecho por el titular, es sólo una presunción de derecho; pero *iuris et de iure*, que no admite prueba directa en contrario (can. 1.826); que constituye una de las bases, no la única ni mucho menos la más principal, en que se apoya el legislador para extinguir la obligación, y con ésta el derecho. Supone el autor de la ley que los interesados deben conocerla, y que el modo tajante en que está redactada y el espíritu que la informa son para ellos una intimación perenne para que ejerzan sus derechos dentro de los términos señalados, pues el bien común y la sociedad tienen sumo interés

(76) S. T. S. 13 febrero 1901; ALCCUBILLA, 1901, pág. 458; 17 enero 1865; 20 enero 1866; 14 enero 1868; 20 diciembre 1875; 21 enero 1897.

en ello, puesto que Dios se los ha dado para la satisfacción de las necesidades humanas; las que no se remedian sino ejercitándolos y actuándolos. Si, pues, no obstante esta admonición el titular no los activa, con razón el legislador supone que no los estima en lo que merecen, y que ha hecho dejación de ellos.

2) Respecto a los *impedimentos* que obstaculizan el uso del derecho ya ha provisto la ley algunos casos, como los referentes a los menores, mujeres casadas, locos, pródigos, entredichos, etc., y a las personas morales, etc., concediéndoles el remedio de recurrir contra sus representantes, a cuyo descuido sea imputable la consolidación de la prescripción (a. 1.932).

Precave otras eventualidades igualmente, impidiendo que la prescripción no nazca, ni proceda, ni corra; o disponiendo que ésta se interrumpa, de suerte que tenga que empezar de nuevo, o se suspenda, no contándose el tiempo en que ha estado suspendida (aa. 1.943, 1.948, 1.973, 1.975), pues admite impedimentos *ratione iustitii* y *motivos de interrupción y suspensión* (Trib. Sup. 27 abril 1940) (77).

Quedan, por fin, muchas eventualidades no imprevistas por el legislador, a las que deja paso libre a la prescripción, aunque de hecho el titular del derecho que se extingue esté impedido para oponerse al que lo prescribe.

Pues además de los impedimentos *legales (iuris)*, que no permiten que la prescripción se verifique, hay otros impedimentos *de hecho (facti)*; unos, *facti communis et omnibus notorii*, verbigracia, mientras sea imposible administrar justicia y defender los derechos, por no funcionar los tribunales o no funcionar conforme a justicia, razón y equidad a causa de guerras y otras perturbaciones sociales, de largas pestes y circunstancias de fuerza mayor o predominio de facciones inicuas, etc.

En estas situaciones anómalas *facti communis et omnibus notorii* es cuando la prescripción se suspende; y de ello tenemos un ejemplo elocuentísimo en nuestra última cruzada, en la ley de 1 de abril de 1939, que suspendió los plazos de toda clase de prescripciones hasta sesenta días después de la liberación roja, si a partir de la reanudación del tracto prescriptivo hasta el momento en que debía concluir mediaran menos de los sesenta días (78).

Mas no sucede otro tanto cuando los impedimentos son de índole *personal privada y de hecho*, verbigracia, una enfermedad, ausencia, ocupa-

(77) S. T. S. 27 abril 1940; MEDINA MARASÓN, n. 1030, § 2.

(78) ALCUBILLA, 1030, pág. 135; MEDINA MARASÓN, pág. 434.

ciones perentorias, etc.; a las que no tiene aplicación el axioma: "*Contra non valentem agere praescriptio non currit*"; y que en varias de ellas el titular, aunque quizá haciendo esfuerzos extraordinarios, hubiera en absoluto podido poner remedio. También aquí procede tal vez el considerando de la sentencia de 8 de mayo de 193, citado arriba.

El bien privado y particular tendrá que ceder al público y común. Si bien los Tribunales tendrán cuidado de que se realice lo que establece otra sentencia del Tribunal Supremo. *La prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, se funda en la presunción de abandono de la propiedad o de la acción por parte del dueño, que no reclama; presunción de abandono que hay que demostrar con toda evidencia para que la prescripción pueda prosperar* (29 de junio de 1935).

115. *Conclusión.*—De cuanto va expuesto deducimos como conclusión final, por lo menos muy probable, que se puede estar en conciencia a nuestras leyes de prescripción liberativa, puesto que el legislador puede extinguir la obligación por razones de bien común; estas razones existen hoy más que nunca; el legislador quiere eficazmente extinguirlas, como se ha probado; luego de hecho las extingue, bastando la buena fe negativa de no poner impedimentos a la acción, sin emplear fraudes, fuerza, etc.

Estas disquisiciones sobre la prescripción nos han llevado más allá de lo que nos habíamos propuesto, si bien me parece que valía la pena; y como el trabajo se ha alargado ya demasiado, es necesario cortar aquí la tela, omitiendo las cuestiones, que sobre las leyes contenidas en los otros cuerpos legales había prometido tratar; quizá, si Dios me da vida y oportunidad, pueda hacerlo más adelante.

LORENZO R. SOTILLO, S. I.

Catedrático de la Universidad Pontificia de Comillas