

## I. REVISTAS COMENTADAS

POR FERNANDO MALO

### REVISTA DE DERECHO PRIVADO.—Diciembre 1975.

*La Jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo título preliminar del Código civil, aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo*, por JOSÉ RODRÍGUEZ DEL BARCO.

Apareciendo mencionada la Jurisprudencia en el nuevo artículo 1.º del Código civil, dedicado a las fuentes del derecho, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Es la Jurisprudencia fuente del derecho? RODRÍGUEZ DEL BARCO contesta que «podemos afirmar sin paliativos que la situación no ha variado sustancialmente con la publicación del nuevo título preliminar en cuanto al papel que desempeña la Jurisprudencia a pesar de su inclusión en el mencionado capítulo primero».

El número 6 del artículo 1.º solamente supone para el autor el reconocimiento de su indudable valor y una reparación por haber sido preterida de entre las fuentes propiamente dichas.

¿Qué valor tiene entonces su mención?

La Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico, ordenamiento que está constituido por la ley, la costumbre y los principios generales; además esta función complementaria ha de realizarse al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales, utilizando como instrumento la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo.

La alusión a la doctrina que establezca el Tribunal Supremo, sin el calificativo de legal, la interpreta el autor como un indicio de que el legislador, aunque no suficientemente explícito, quiere suprimir el concepto de doctrina legal, sustituyéndolo por el de doctrina jurisprudencial, pues «estimamos que la ley es solamente ley y por sí misma no crea ninguna doctrina». En este sentido aboga por la ausencia de la expresión doctrina legal de las leyes procedimentales, incluyendo el concepto de doctrina jurisprudencial.

Es importante consignar que el trabajo contiene indicaciones históricas de interés, aunque también insiste, desde mi punto de vista discutiblemente, en lo que llama «peligro de politización» de la Jurisprudencia. Cita a FEDERICO DE CASTRO cuando critica a la Escuela de Derecho libre y la Jurisprudencia de intereses, para apoyarse después en el discurso de apertura de Tribunales de SILVA MELERO en el año 74, del que recoge ejemplos maximalistas, como la Jurisprudencia soviética después del año 17, evidentemente perturbadores del orden social: sentido éste en el que se puede hablar de peligro cuando se politiza la Jurisprudencia. Pero si el Magistrado, aplicando la ley, logra introducir un principio de justicia, acomodando leyes venerables a la realidad social circundante o incluso adelantándose a ella, habremos conseguido eliminar un ingrediente de fricción social, a la vez que alumbrar una nueva parcela sobre la que incide el consenso. Si política es politiquería y facción, será un peligro que la Jurisprudencia se politice; pero si polí-

tica es pretensión y ejercicio de actividades destinadas a organizar justamente la cosa pública, evidentemente que el derecho, en todos sus ámbitos, no puede permanecer neutral a tan alta tarea colectiva, siendo como es el instrumento típico de la política en todos los países civilizados. Sospecho que el autor coincide con este punto de vista, como coincido con él en la condena que hace de los ejemplos que señala: tómese este comentario entonces, si el autor me lo permite, como una aclaración o explicitación de cuándo no es peligrosa la politización de la Jurisprudencia.

*Régimen patrimonial de las confesiones religiosas en España*, por  
JOSÉ M. GONZÁLEZ DEL VALLE.

¿Hemos de decir que la legislación española no aplica el principio de libertad religiosa por lo que a régimen de bienes se refiere? ¿Cabría afirmar que el artículo 3 de la Ley de libertad religiosa—en donde se lee que «las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la ley»—; cabría afirmar que ese artículo constituye letra muerta? He aquí las preguntas que se hace el autor en la introducción del trabajo que nos ocupa, el cual consta de grandes capítulos: de la «Confesión católica» y de las «Confesiones no católicas».

Dentro del primero caben dos regímenes patrimoniales diversos: uno, para la Iglesia-Institución, y otro, para las comunidades y asociaciones religiosas nacidas en el seno de la Iglesia Católica.

En efecto, la Iglesia-Institución tiene reconocido en el Concordato un tipo de personalidad distinto al de las Comunidades y Asociaciones religiosas. Como el artículo 4 del Concordato otorga a estas últimas la calificación y régimen propio de las Asociaciones de Derecho Privado, estando excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Asociaciones, resultará un régimen bifronte: uno, para la Iglesia Universal, con una situación que se aproxima a la de los entes públicos, y otro, para las Asociaciones y Comunidades católicas, que se someten a un régimen de Derecho Privado. Dicotomía

que se manifiesta inicialmente en el modo de acreditar su existencia y capacidad, pues si la Iglesia Universal no necesita acreditar su existencia y su capacidad consta en la legislación canónica, que deberá ser conocida por Notarios y Registradores, las comunidades y asociaciones deberán acreditar su personalidad y mostrar los documentos que atestigüen sobre sus órganos de gestión patrimonial.

Equipara luego el autor ciertos bienes eclesiásticos (de la Iglesia Universal) a los patrimoniales de la Administración pública (Ley de Arrendamientos Urbanos, Reglamento Hipotecario—inscripción, cambio de titularidad de bienes de las personas jurídicas eclesiásticas—), si bien señala algunas prerrogativas de las que carece la Iglesia, como son el deslinde de oficio, la recuperación de la posesión perdida dentro del año sin necesidad de ejercer la acción posesoria y los desahucios administrativos.

Otros bienes eclesiásticos los equipara a los demaniales, citando sus características propias de inalienables, imprescriptibles y exentos de tributación.

Delimita la inalienabilidad de los bienes de la Iglesia de la presunta atribuida a las comunidades y asociaciones, afirmando que en caso de tener que proceder pecuniariamente contra la Iglesia-Institución podría utilizarse el procedimiento previsto en el artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad, sustituyendo la vía del embargo.

Plantea aquí el autor un tema de alto interés como es el del régimen de las asociaciones meramente aprobadas y no erigidas, teniendo en cuenta que como el Estado se limita a reconocer la personalidad jurídica canónica, cuando esta personalidad no se tiene surge la cuestión de determinar cuál es la legislación aplicable. En este sentido se refiere a las asociaciones laicales—Conferencias de San Vicente de Paúl—que, aunque tengan fines espirituales, tienen personalidad civil adquirida por la ley común de asociaciones, y a las instituciones de base no asociativa, sino patrimonial, como las llamadas causas pías laicales, que son personas jurídicas de naturaleza civil para un fin piadoso o caritativo o que surgen cuando se confían para ese mismo fin unos bienes a una persona jurídico-civil o a cualquier persona fi-

sica. En definitiva, «ante cualquier ente que carece de personalidad jurídico-canónica hay que preguntarse, para saber si se aplica la legislación canónica o la civil, si se trata de un ente laical o eclesiástico. Sólo en este caso se aplica la legislación canónica, y se aplica independientemente de que goce o no de personalidad jurídica ante el Derecho Canónico. Inversamente, a los laicales se les aplica la legislación civil, independientemente de que posean o no personalidad jurídica civil».

Respecto a la imprescriptibilidad sólo la ve en los bienes de las diócesis respecto a otras personas jurídicas diocesanas, encontrando indirectamente aplicación en la vida civil.

La exención sólo la ve aplicable a la residencia de obispos, canónicos y sacerdotes con cura de almas cuando el inmueble sea propiedad de la Iglesia. Las demás exenciones a capillas, conventos o iglesias son reales, no personales.

Las confesiones religiosas no católicas se configuran como asociaciones confesionales, rigiéndose entonces por sus propios estatutos en cuanto no se opongan a la ley.

Destaca la desigualdad entre las católicas y las no católicas al estar éstas ajustadas al esquema legal unilateral preestablecido por el Estado.

Tal esquema es el detallado por la Ley de Libertad Religiosa, que les da el tratamiento de asociaciones privadas. Siendo ésta de utilidad pública y no declaradas de utilidad pública, el régimen de las confesionales se semeja a las de utilidad pública, aunque en una posición más ventajosa.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.—Núms. 3 y 4 de 1974.

*Comentario al capítulo I del título III de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña sobre disposiciones generales relativas al régimen económico conyugal*, por ANTONIO PARA MARTÍN.

El trabajo está distribuido físicamente en los números III y IV de la Revista,

y materialmente se divide en tres grandes partes: la primera, referente al régimen económico-matrimonial paccionado; la segunda, de las capitulaciones, y la tercera, del régimen de separación de bienes como legal supletorio. Analicémoslas ordenadamente, con la advertencia de que el estudio está redactado y publicado en medio de las dos últimas reformas del Código civil, lo que si por un lado presta gran actualidad a las concordancias con el título preliminar, por otro la validez de la exégesis queda disminuida en lo que se refiere a la mujer casada, aunque sus precisiones pueden seguir siendo útiles como derecho transitorio y, desde luego, como investigación histórica. Aludiremos los comentarios que despiertan más vivo interés.

En el régimen paccionado cabe que las partes acudan a sistemas económicos previstos en la Compilación o que estén fuera de ella.

Pactándose el régimen de gananciales, el problema básico es el de si la mujer catalana necesitaría licencia para disponer de sus parafernales. La postura afirmativa del autor se basa en que «la remisión al Código civil que realiza el artículo 52 de la Compilación se refiere no solamente a la regulación de los bienes gananciales del régimen paccionado, sino también a los privativos como integrantes de masas patrimoniales distintas dentro del citado régimen», con lo que se evita la aplicación del artículo 49, párrafo 3.º, de la Compilación, que autoriza a la mujer catalana para enajenar los parafernales sin licencia.

La nueva redacción dada a los artículos 61 y 1.387 del Código civil hacen que esta solución ya no sea válida, siendo posible que la mujer enajene los parafernales sin licencia y, respecto a los comunes, que se amplíen por pacto los supuestos en que se precise el consentimiento *uxoris* del 1.413 o se establezca una coadministración sobre los gananciales. Modificado el último párrafo del artículo 1.316 en el sentido de suprimir la expresión «ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges»—en la que campeaba el fantasma de la discriminación a la mujer, establecida en los artículos 56 a 66—, y considerando sobre todo el principio de simetría vigente en Cataluña, alusivo a la inexis-

tencia de autoridad patrimonial en el marido, no cabe la menor duda sobre la validez de los pactos que establezcan un mayor equilibrio en los derechos de las partes sobre los gananciales y una más severa exclusión de la otra parte respecto a los privativos de cada uno.

Otros regímenes previstos a los que se pueden someter los cónyuges son la asociación de compras y mejoras, el pacto de igualdad de bienes y ganancias, el de «convivença o mitja guadanyeria» y el de Agermanament. Respecto al último, el autor impugna la exigencia del artículo 58 ordenando que se celebre solamente en capitulaciones antenupciales. Si, como piensa la doctrina, se trata de evitar una donación encubierta, lo primero que hay que señalar es que no hay donación, pues al ser la institución resultante una comunidad de tipo germánico, «ningún bien deja de pertenecer a ninguno de los cónyuges, y la participación ideal que se cede al otro, además de tener una contrapartida patrimonial, es indisponible jurídicamente por separado». Al hilo del mismo discurso, insiste PARA en que no se produce una atribución patrimonial gratuita, con el empobrecimiento consiguiente para una de las partes que permitiría asimilar esta figura a la donación, sino un intercambio de bienes aleatorio, en el sentido de que como todos los que adquieran en el futuro deben ingresar en el hermanamiento y se impide la coexistencia de este régimen con el dotal, en realidad las partes dudan sobre los bienes que cada una de ellas pueda aportar durante la vida matrimonial, y, en definitiva, desconocen si lo que aportaron va a ser equivalente a lo que reciban sus herederos en el momento de la liquidación. Esta es una interesante refutación ideológica de la opinión común que nos limitamos a plasmar sin suscribir, pareciéndonos más sólido el argumento dogmático que también esgrime contra la misma al poner de manifiesto que, aun concediendo que se tratara de una donación, existe contradicción entre los artículos 20 y 58 del texto legal catalán: si el artículo 20 autoriza las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio cuando se hacen en capitulaciones, el artículo 58 impide la operatividad de esa norma al prescribir la necesidad de las capitulaciones antenupciales.

Dentro del apartado sobre los regímenes económico-matrimoniales no previstos en la Compilación, el autor se pregunta cuál sería la validez de un pacto meramente excluyente del régimen de separación de bienes. La respuesta viene condicionada por la inexistencia en la Compilación Catalana de un precepto similar al 1.364 del Código civil y por la inaplicación de esta norma en Cataluña, lo cual brillantemente le lleva a afirmar que tal pacto «sería nulo, porque... de admitir su validez llegaríamos a la posibilidad de existencia de un matrimonio sin régimen legal... (y), dada su nulidad, se aplicaría el régimen legal supletorio, que sería precisamente el excluido por los cónyuges».

A continuación entra en el tema de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, poniendo en juego el antiguo artículo 1.320 del Código civil y el 7 de la Compilación en los conflictivos supuestos de matrimonios de Derecho común que habiendo ganado la vecindad civil catalana otorgan capitulaciones en las que pactan un régimen de separación de bienes. La intolerancia de la Jurisprudencia hacia esta vía (sentencia de 18 de noviembre de 1964) determinó la justa reprobación de su criterio por la más solvente doctrina que se ocupó del asunto (PUIG FERRIOL, LACRUZ-SANCHO, Díez PICAZO, FAUS ESTEVE), aunque por fortuna hablar ya de esta importante cuestión es como escribir en el agua por la amplia libertad que el nuevo 1.320 concede a los cónyuges de Derecho común, recogiendo la necesidad que tienen grandes capas de la población—en situaciones laborales, matrimoniales y económicas muy complejas—de configurar soberanamente sus relaciones patrimoniales para el futuro. Ahora bien, si respecto a los sometidos al Código civil el problema de la inmutabilidad del régimen económico carece ya de relevancia, no queda agotada del todo la cuestión por la probable virtualidad del artículo 41 de la Compilación de Vizcaya, en los casos en que vizcaínos infanzones, bajo la comunicación foral de bienes, adquieran vecindad catalana, ya que el mencionado precepto declara inmutable este régimen aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de su cualidad de vizcaíno infanzón. Ad-

vierte el autor que esto es tanto «como declara que esta norma se seguirá aplicando a quienes ya no sean vecinos civiles del infanzonado, lo cual consideramos inadmisibles». En efecto, el artículo 9, 3.º, del Código civil, al que se remite el 16, que trata de la coexistencia de las distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, afirma que «el cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges, y no lo impida su misma ley nacional».

El otorgamiento de capítulos es poco frecuente. ¿Cuál es, entonces, su finalidad actual? Según la justificada exposición de PARA, hacer menos incómodas las separaciones de hecho de los matrimonios emigrantes que se casaron con vecindad civil común. Si los cónyuges por pacto capitular acuerdan la separación de bienes, nada obsta a que se dé el siguiente paso de disolver y liquidar los bienes comunes, pues el impedimento que supone el artículo 1.417 ha dejado de existir desde el momento en que presupone de la vigencia de un régimen de comunidad que ya ha sido sustituido por otro de separación.

En la segunda y tercera parte del trabajo, referidas a las capitulaciones y al régimen legal supletorio, vuelve a ocuparse—ahora formalmente—de algunas cuestiones ya apuntadas con anterioridad en el estudio material de los pactos.

No obstante, señalemos que el autor considera a las capitulaciones como no poseedoras de un contenido esencial: son un *instrumentum* más que un *negotium*..., una forma preconstituida que se caracteriza porque los negocios jurídicos que puede contener y que precisan de ella para su perfeccionamiento son *causa matrimonii*.

Por último, desembocamos en el valor que el régimen de separación de bienes en Cataluña tiene para el autor. A su juicio, el principio de autonomía patrimonial de los cónyuges, proclamado en el artículo 7, tiene dos graves obstáculos en los artículos 23 (Presunción Muciana) y 322 (Auténtica *su qua mulier*), especialmente en el primero, «que impide que el principio de autonomía patrimonial de la mujer casada tenga una plena realización». Con la última reforma del Código civil se ha visto cumplida la profecía de PARA de que si se llegara a su-

primirse la licencia en el Derecho común, la mujer sometida a él, que establezca un régimen de separación de bienes paccionado, tendrá más autonomía patrimonial que la catalana por obra y gracia del artículo 23, cuya supresión aboga, así como del 322, haciéndose eco de las conclusiones 12 y 13 de la tercera ponencia del «Segon Congrés Jurídic Català».

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.—Núm. 4 de 1974.

### *Autogobierno de la Magistratura,* por JUAN MANUEL TORNÉ GARCÍA.

Consintiendo el autogobierno, como dice PRIETO CASTRO, «en que sea la Magistratura judicial la que administre tanto los medios personales como los materiales de la Justicia», autores de diversas ideologías coinciden en considerarlo como la panacea de todos los males de la administración de Justicia.

Pero hay que distinguir entre autogobierno de la magistratura, ejercido por los jueces y magistrados, bien por los cargos superiores de la misma, bien por los diversos estamentos que la componen, y autogobierno de la Justicia, actuado por los representantes de las profesiones que intervienen directamente en la vida jurídica del país.

El estudio se ciñe al autogobierno de la magistratura propiamente dicha, que administrará los medios personales y materiales.

El régimen personal hace referencia al reclutamiento y nombramiento, ascensos, derechos económicos y honoríficos, sanciones disciplinarias, etc., etc. Estas atribuciones estarían en manos del Consejo Judicial, excluyendo la competencia que hoy detenta el Ministerio de Justicia, con la intención de sustraer la función judicial de presiones políticas que atenten contra la independencia de los tribunales.

Por otra parte, el régimen sería establecido por el propio Consejo, opinando algunos autores que debe de formarse en el seno del mismo y defendido en Cortes por el presidente del Tribunal Supremo.

Las ideas expuestas, como hemos dicho, son defendidas por gran número de autores, con divergencias de detalle, manifestando el autor su opinión en el epígrafe titulado «Fundamento del Autogobierno». Alude con exactitud a la gestación de la división de poderes en Francia, afirmando que «su implantación persiguió, entre otras finalidades, la de limitar los poderes del estamento judicial que, en aquel entonces, a través de los Parlamentos judiciales, obstaculizaban y aun impedían el normal desenvolvimiento de los poderes ejecutivo y legislativo». (Sobre este tema es definitivo el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre «Revolución Francesa y administración Contemporánea», Taurus). Del estudio histórico que realiza, deduce la incongruencia que supone fundar en la teoría de la división de poderes tesis favorables al autogobierno de la magistratura, lo que le lleva a afirmar la posibilidad de la independencia judicial sin necesidad de acudir al autogobierno, es decir, manteniendo a la magistratura en la organización estatal. Aun considerando en que esto sea posible, es muy dudosa la afirmación general del autor de que «se sufre una confusión de términos identificando la independencia en la función de juzgar con la independencia orgánica de los funcionarios que desempeñan dicha función, confundiendo así la función ejercida con la organización estatal montada para ejercerla». Conviniendo en que efectivamente puede existir esa independencia dentro de la organización estatal, no es menos cierto que la independencia no está completa-

mente asegurada, al depender en una elevada dosis del talante respetuoso o interesado que respecto a la función judicial tengan los responsables ejecutivos de la administración de justicia.

Y es indudable que la independencia real de los tribunales no puede ser cuestión de humores.

Alega, finalmente, dos argumentos contra el autogobierno, que son: a) la creación de una casta cerrada de funcionarios; y b) el peligro de que esta casta cerrada, dominada por los sectores menos progresivos y antiguos, tuviera ideas y opiniones contrarias a las dominantes en el país.

«El sistema de autogobierno, que se pide como garantía de un grado más elevado de independencia judicial, olvida algo tan esencial como que la referida independencia no tan sólo debe estar tutelada frente a los abusos del poder ejecutivo, sino frente a cualquier clase de abuso, incluso los procedentes del propio Poder judicial.»

La importancia de esta afirmación es indudable. Pero, dada la experiencia histórica negativa que ha supuesto el encave de los medios materiales y personales de la magistratura en el seno del Ejecutivo, habrá que arbitrar, partiendo de las cautelas que manifiesta TORNE sobre las probables presiones del Poder judicial independizado sobre sus propios miembros, habrá que arbitrar, digo, un procedimiento que, respetando su autogobierno, eluda la contingencia de que constriñan su libertad.

F. M.