

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVII

Marzo de 1941

Núm. 154

La reforma del Derecho privado en
Alemania

(CONFERENCIAS DE D. NICOLÁS PÉREZ SERRANO EN LA
REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN)

La idea de Revolución viene proyectada históricamente en dos sentidos: por una parte, la palabra hace referencia a una serie de agitaciones convulsivas, de crímenes y violencias, y por otra, a unos postulados de reivindicaciones sociales que, según la época histórica, exige una determinada clase. Queda así la palabra revolución circunscrita a una esfera casi puramente económico-social, ya que cuando se tiñe de un colorante político, en el fondo no hay más que el anhelo de una clase de apoderarse de los tesores del mando para mayor garantía de la estabilidad de sus conquistas. De ahí el fondo conservador que lleva en sí latente toda idea revolucionaria.

Los movimientos modernos, llamados totalitarios, parten de la idea de una revolución nacional. Aparece, pues, un nuevo factor decisivo: la idea de Nación, de Pueblo, como determinante revolucionaria, y en vez de adoptar una organización política de acuerdo con lo exigido en un movimiento social (idea clásica), se trata de organizar las diversas clases sociales, y con ello la producción y el consumo, del modo que mejor sirva para la realización del destino histórico de un Pueblo.

Estamos, por consiguiente, por primera vez en la Historia, ante una revolución que áuna los conceptos sociales y nacionales, y que como primer postulado lleva la idea de supeditación de toda clase de

intereses al supremo fin de realizar una propia misión en lo Universal.

Tal idea no puede menos de producir una verdadera dislocación en las instituciones de un Pueblo. No solamente en el campo político, sino hasta en las esferas más apartadas y que parecían inmunes a toda experiencia revolucionaria. En lo político, acaso la fisonomía más acusada del siglo XIX era la de ser insuperable el régimen demoliberal. La idea del Parlamento era algo así como una cúspide que, una vez escalada, no hay que hacer más que conservarla. Por ese cauce había de ir toda reforma, pues la esencia del régimen queda como dogma. Esto produce, naturalmente, un encastillamiento, una osificación del Derecho público, al amparo del cual se construye todo el Derecho privado con materiales pesados y aire de eternidad.

La investigación en los "principios eternos" del Derecho romano, hace el resto, y conducido por Escuelas de Derecho, al frente de las cuales se muestran figuras geniales, se va edificando el Derecho civil con la pesadez y aire de eternidad de las pirámides egipcias, sin tener acaso en cuenta que esas colosales construcciones lo eran porque estaban destinadas a sepulcros.

A partir de la postguerra, y precisamente en momentos de suprema consagración de las ideas democráticas, cuando parece que se van a colocar los pilares definitivos al Derecho público y los Códigos civiles quedan consagrados, no ya por un profundo respeto, sino por verdadera veneración (piénsese en el Código de Napoleón), surge la era de las Revoluciones Nacionales que derriban aquellas colosales construcciones al primer empuje.

Frente a la idea a la que se sacrifica la realidad, se opone la realidad que legisla a través de una voluntad definida y concreta. Frente a la voluntad del pueblo manifestada por la delegación en unos diputados, se opone la voluntad del pueblo mismo encarnada en el Caudillo. Frente a la eternidad y pesadez de las construcciones jurídicas se opone el estilo ágil y cambiante conforme a las decisiones del Caudillo, que recoge las necesidades en todo momento.

Esta concepción del mundo y de la Historia produce un verdadero "choc" al invadir el campo del Derecho privado. Este Derecho es fundamentalmente tradicional, es fuente suya la costumbre, y se ha venido construyendo sobre derechos del individuo. ¿Cómo actúan las Revoluciones Nacionales en el Derecho privado? El tema es no ya sólo

sugestivo y atractivo, sino uno de los problemas de mayor envergadura que hoy pueden plantearse.

Para abordarlo es preciso una preparación filosóficojurídica extraordinaria y una sensibilidad siempre abierta a percibir los menores cambios de la realidad. Nadie mejor, por consiguiente, que D. Nicolás Pérez Serrano podía decirnos de qué modo se plantea en Alemania la reforma del Derecho privado, y así lo ha hecho en un pequeño cursillo en la Academia de Jurisprudencia.

Es de esperar que sus lecciones cristalicen en alguna obra que todos esperamos. Mientras tanto, hago estos extractos de sus conferencias, advirtiendo que no pretenden ni pueden ser un fiel reflejo de las exposiciones del Sr. Pérez Serrano. Aspiran solamente a ser un guión de los conceptos desarrollados que puedan servir de recordatorio al oyente y de orientación al que no pudo asistir.

I

INTERÉS Y ALCANCE

En la primera conferencia, el Sr. Pérez Serrano abordó el problema del alcance e interés de la reforma del Derecho privado en Alemania. Para ello, después de una breve introducción, en la que manifestó que su propósito era simplemente hacer un reportaje, una información de lo que ocurría en Alemania, con su espléndido historial y noble ejecutoria en el Derecho privado, señaló como momento en que la reforma del Derecho privado se plantea con todo su rigor, el año de 1937.

En dicho año, el profesor Lüben Dikow, de Sofía, publica una monografía, cuya traducción alemana lleva por título *Die neue Gestaltung des deutschen bürgerlichen Rechts* (traducción del Dr. Alexander Lane, prefacio de J. W. Hedemann; Duncker y Humblot; Munich y Leipzig, 1937), en la que se plantea el alcance y trascendencia de la revisión del Derecho privado. "Somos testigos—dice Dikow—de un magno intento: liberarse del cimiento romano para llegar a un nuevo Derecho civil universalista."

El primer problema que se nos plantea es la oportunidad de examinar la reforma. ¿No será prematuro este examen? Creemos que no, porque aunque siga vigente el viejo B. G. B. y no se haya promulgado el nuevo Código del Pueblo que ha de sustituir a aquél, y aunque la legislación sobre Derecho privado es actualmente escasa y fragmentaria, se han promulgado varias leyes originales, y sobre todo hay una

doctrina sólida que marca tendencias completamente nuevas en la Historia.

Pero, aparte de todo ello, justifica el tema de que tratamos el propio proceso de reforma, que acaso sea lo más interesante. Al igual que en Derecho romano, el máximo interés no está en la época en que se plasma y cristaliza en recopilaciones, sino en ir recogiendo a lo largo de su evolución histórica las diversas fases que atraviesa. Igualmente, dado que la labor de revisión ya realizada del B. G. B. en la Alemania nazi es insuficiente, los diversos estadios que la reforma ha de recorrer envuelven un interés decidido, y por eso nos ocupamos de ello.

Hoy se percibe en Alemania una intensa agitación de conceptos que necesariamente han de atraer nuestra atención y que justifican ésta, aunque por cualquier causa se frustrara la reforma anunciada.

El mejor título que se puede esgrimir para justificar la reforma en Alemania está en la propia trayectoria del Partido, que nace en momentos tristes para la Nación germana, y luchando en todos los terrenos y a costa de la propia sangre, consigue ser el segundo partido en 1930, el primero en 1932 y en las elecciones de 5 de marzo de 1933 alcanza más del 50 por 100 de los votos. Ya el Führer, en una proclama del Partido, había expuesto los fundamentos de la reforma, y el Dr. Frank ha dicho que nunca se conformó el Movimiento Nacional Socialista con alcanzar el poder para la política interior, sino que desea una transformación amplia y profunda del Estado, de la cultura y de la comunidad del Pueblo alemán.

No importa tanto la concreción del Movimiento en Alemania como el Movimiento en sí, que, por la esencia dinámica que lleva consigo, convulsiona todas las instituciones y, por tanto, la ciencia jurídica.

Hay que repudiar la palabra "Reforma" por modesta e inadecuada. Reforma significa corrección, retoque, revisión parcial, y la aspiración del Movimiento nazi es mucho mayor. La reforma supone una continuidad histórica y legislativa, y que esta continuidad jurídica no se rompa. Ninguna de estas dos notas aparecen en la reforma del Derecho privado que se fragua en Alemania. A la naturaleza de ella sólo le cuadra la palabra "Revolución". Ya la doctrina emplea esta palabra. Así, Wolf dice que "sólo es revolucionario quien nos aporta una nueva idea del Derecho", y vemos que coincide con algo que ya indicara el profesor De Diego: "La revolución política es un buen paso en el

caminio de la transformación legislativa." El profesor Ortega y Gasset, por su parte, dice: "Lo menos esencial en la revolución es la violencia; la revolución no es la barricada, sino un estado de espíritu."

Vemos, por consiguiente, que estos movimientos de nuestros días se declaran revolucionarios. El profesor Rocco, en Italia, proclama el sentido revolucionario del fascismo; Freisler dice paladinamente que "el Movimiento Nacional Socialista es una verdadera revolución, porque transforma radicalmente a un pueblo", y Larenz, precisando el alcance de esta revolución, dice que "nuestra revolución no es como la francesa, que moldeó el mundo según una ideología previa, sino que arranca de la realidad, del poder creador que tiene la vivencia en comunidad".

Por tanto, si empleamos la palabra "*reforma*", hay que acompañarla del adjetivo "*revolucionaria*". Sólo así será adecuado el término.

El aspecto más delicado de la reforma del Derecho privado afecta al propio concepto. ¿Hay hoy un Derecho privado? Es el primer punto que discute la doctrina. Por lo pronto, y aunque sea en sentido negativo, tenemos una demarcación, pues se trata de Derecho *no público*, y, por otra parte, existen las instituciones clásicas del Derecho privado. Hay, pues, que ordenar el problema planteándose ante todo la cuestión de si hay un verdadero Derecho privado en un régimen totalitario.

En el Derecho privado clásico, los elementos que lo orientan son el predominio del individuo y el profundo respeto a la libertad humana. Todo era artificio del individuo, creado por él y para servir sus fines individuales. En este sentido, hoy no cabe, desde luego, hablar de Derecho privado. Hoy, en cierto sentido, todo es Derecho social.

En muchos sectores de la doctrina germana casi se le niega toda sustantividad al Derecho privado, más concretamente al Derecho civil.

De todos modos, siguen en pie las instituciones básicas del Derecho civil: familia, propiedad, contratos... De tal modo, que incluso varios autores que rechazan el término "Derecho civil" se ven obligados a adoptarlo provisionalmente a fin de entenderse sobre la limitación del campo a que extienden sus estudios. Además, ¿qué va a hacer el Movimiento Nacional Socialista ante estas instituciones clásicas del Derecho civil? No puede cruzarse de brazos ante ellas, porque, aparte de que traicionaría sus propios principios adoptando una actitud liberal, se frustraría la reforma total del Derecho, que no sería

eficaz si se prescindía del Derecho privado. Por ello la reforma de dichas instituciones ha de ser honda, y, como queda dicho, profundamente revolucionaria.

Ernst Rudolf Huber dice a este respecto que "las esferas del ordenamiento no tienen existencia independiente; son partes de un todo; la conexión íntima hace imposible una renovación del Derecho privado como problema aislado; va ligada íntimamente a la reforma del Derecho constitucional y del administrativo". Por lo demás, el propio Huber sugiere una clasificación espacial y funcional de las esferas del ordenamiento jurídico, distinguiendo por el primer motivo entre Derecho *estatal*, Derecho *estamental* y Derecho *común*. El Derecho estatal comprende la ordenación jurídica del Estado, y, por consiguiente, construye los organismos constituyentes del mismo. El Derecho estamental comprende la estructura y funcionamiento de sociedades y comunidades globales, es decir, aquellos organismos que sin ser el Estado mismo, ejercen funciones públicas. El Derecho común abarca la familia, la propiedad, los contratos, es decir, aquellas instituciones que han venido constituyendo la materia del Derecho privado, más concretamente del Derecho civil.

Junto a esta demarcación espacial hace Huber otra demarcación funcional, según que los elementos jurídicos se manifiesten en una situación horizontal, es decir, en identidad de posición, como sucede en los contratos, o, por el contrario, se manifiesten en posición vertical, en cuyo caso una parte tiene un predominio sobre la otra y da origen al Derecho imperativo, al "*jus cogens*". Al examinar estas demarcaciones, espacial y funcional, resulta que las esferas en que consideraba que se movían estos Derechos no coinciden, ni son concéntricas, sino que se entrecruzan, pues hay instituciones del Derecho estamental y del Derecho común que quedan sujetas al "*jus cogens*".

Lo que se puede afirmar hoy es que prevalece un primer rango, una primacía del Derecho público sobre el privado, que se tiende a una *publicitación* del Derecho privado, como sucedió en la época feudal, en que la propiedad originaba una serie de Derechos públicos y señoriales, ya que el propio rey medieval no era más que un propietario calificado.

El Movimiento Nacional Socialista afirma que hay que sacar con toda prisa al Derecho privado del colapso en que se encuentra. Hede-mann habla muy gráficamente de una "dolencia o cansancio del De-

recho privado", que adolecía de postración, acaso por haberse creído eterno e inmutable.

Es interesante estudiar cómo se opera la reacción antiindividualista contra el Derecho privado. Lange dice que el Derecho civil se había encapsulado. El siglo XIX captó a la burguesía y buscó como más firme para apoyarse el terreno del Derecho civil. Hoy es natural que se reaccione violentamente contra este encapsulamiento, contra la falta de vitalidad del Derecho civil. Hoy se ve que el Código civil sólo tuvo en cuenta los principios de libertad e igualdad, construyó siempre sobre generalizaciones, que muchas veces no eran sino falsificaciones, pues la realidad no admite esas generalizaciones de los viejos Códigos. Hay que volver a la realidad y atenerse a ella.

Hoy, en Alemania no es grata la expresión *Derecho civil*. Dicen que huele a burguesía, tal vez acentuado este carácter por la identidad de expresión con que se denomina en Alemania al Derecho civil y al burgués. Unos autores prefieren llamarle *Derecho común*; otros, *popular*; otros, *cívicopopular*, pero hay que reconocer que estas expresiones no siempre son afortunadas, hasta el extremo de que muchas veces se ven obligados a emplear el término *Derecho civil*, aunque sólo sea provisionalmente y condenando la expresión, a fin de poderse entender sobre el terreno que estudian. Sirva de ejemplo la publicación, hecha en 1938 por la Academia de Derecho alemán, que lleva el título global de *Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts*, y que, sin embargo, inserta trabajos donde ese calificativo de *bürgerlich* (civil) se repudia por varios autores de los que colaboran en el libro.

II

CONCEPTO POLÍTICO Y FILOSÓFICO-JURÍDICO DEL MOVIMIENTO

Después de la introducción expuesta, el señor Pérez Serrano empezó un estudio sobre las ideas y conceptos políticos y filosófico-jurídicos del Movimiento Nacional Socialista, a fin de sentar los pilares o cimientos que han de actuar como inspiradores de la reforma del Derecho privado, ya que sin un conocimiento, siquiera somero, de aquéllos, sería muy difícil o imposible comprender el alcance y sentido de la reforma alemana de dicho Derecho.

Todo el nuevo Derecho tiene raíces en el campo político. El Movimiento Nacional Socialista iniciado en 1919, tras persecuciones y muertes de sus afiliados, consigue por procedimientos democráticos, y

en ocasiones por la violencia, ser en 1933 el partido más numeroso de Alemania, por lo que el 30 de enero de 1933 recibe el poder, que revalida en marzo del propio año, con la trayectoria política de todos conocida.

Llega al poder con una serie de principios articulados, que ha ido desenvolviendo a lo largo de sus declaraciones, discursos del Führer, actas de Congresos, etc., y que podríamos resumir de esta forma:

1.^o NACIONALISMO EXALTADO.—Es el punto primero y fundamental, que se sintetiza en la expresión *Volksgemeinschaft*. Este principio, ampliamente desenvuelto por Huber, no es propiamente, como parece decir el nombre en sentido literal, comunidad del *pueblo*, sino que más bien indica el sentido de comunidad *nacional*. Rechaza, por consiguiente, lo exótico y funda el Estado sobre el doble principio del territorio y de la raza, la sangre y el suelo, el linaje y la tierra. La idea fundamental, pues, es racial.

2.^o ANTIINDIVIDUALISMO.—Como reacción contra las doctrinas liberales, la posición nazi es profundamente antiindividualista. El primer valor es la colectividad, a través de la cual se inserta el individuo. Este, por tanto, sólo se comprende como miembro de una colectividad y actuando a través de ella. Complementa este concepto un reajuste de la justicia social y una exaltación del honor, sentimiento, por otra parte, de la más pura estirpe germana.

3.^o JERARQUÍA —En oposición a la concepción democrática, se afirma el principio germano del caudillaje, el *Führerprinzip*, que va a informar toda la construcción estatal.

4. ADICIÓN DEL SÉQUITO.—Este principio complementa la idea de caudillaje. Este no se concibe sin la adición (*addictio* = en el sentido de *consagrarse a*.) del séquito, como manifestación de lealtad espontánea, de adhesión sincera. Es también una idea clásica germana.

5.^o TOTALITARISMO.—El Movimiento se proclama totalitario, es decir, niega rotundamente al liberalismo; no hay ninguna esfera en la que el Estado no tenga derecho a intervenir y a actuar.

Las consecuencias de los principios expuestos, en cuanto afecta al campo del Derecho privado, son:

a) Una profundísima xenofobia, que se manifiesta reaccionando enérgicamente contra los influjos que consideran extranjeros y mal introducidos en el pueblo germano. el Derecho romano, el Iluminismo o "Aufklärung" y el socialismo judaizante.

Contra el Derecho romano, la reacción, sobre todo, es exagerada. Dicen en primer lugar que no se introdujo el puro Derecho romano, sino un Derecho bizantino-longobardo, que era viejo hace ya quinientos años.

b) Un antiindividualismo acusadísimo. Tanto como reacción contra el liberalismo, como por recoger las tradiciones germanas, el individuo se desdibuja para pasar al primer plano la sociedad, la Nación, el Pueblo y otras comunidades.

c) El principio del caudillaje, que influye totalmente las relaciones de Derecho privado. Basta fijarse en las sociedades anónimas, donde desde la soberanía, como plena potestad de la junta general de accionistas, se va a la figura del gerente con plena libertad de acción y plena responsabilidad. Este principio en el campo de las sociedades anónimas, en realidad, ha salido de las fronteras alemanas para informar la realidad de otros países, como Francia después de su derrota.

d) Un marcado totalitarismo. La voluntad de las partes no es soberana como en el clásico Derecho privado del pasado siglo. El Estado interviene y regula todas las relaciones y nada queda fuera de su alcance.

e) Antirracionalismo. Como reacción contra dichos principios de la época pasada.

f) Finalmente, y como elemento propiamente indígena, el culto a la raza, al suelo y al honor.

Estas nociones políticas expuestas se complementan con una concepción filosófica del Movimiento expuesta por diversos autores, en especial por Binder y Larenz. Para exponer esta concepción brevemente tenemos que partir del aspecto negativo para llegar al positivo o de afirmación.

En el primer aspecto, el Movimiento Nacional Socialista repudia por igual al positivismo y al "jusnaturalismo". La posición positivista se rechaza, como es natural, por su materialismo; es incapaz de ninguna construcción, ni de encerrar dentro de sí ningún valor de categoría elevada. Al "jusnaturalismo" se le rechaza en sus dos vertientes, tanto en lo que respecta al de estirpe racionalista como a la corriente religiosa. Es cierto que a esta última se la trata con más respeto doctrinal que a la anterior, pero, en definitiva, es rechazada. Sostienen los alemanes que estas posiciones sólo sirven para conseguir construcciones que cada vez más se desprenden de la realidad, rompiéndose, en definitiva, toda ecuación entre ésta y la idea.

Rechazados por igual el positivismo y el "jusnaturalismo", afirman la posición germana, que es dialéctica: parte de la idea y de la realidad, adaptando aquélla a las necesidades de ésta. Es, por consiguiente, la posición filosófica nazi una posición dualista, no monista como las del idealismo subjetivo, y se basa en un idealismo objetivo.

Sentadas estas bases filosóficas, la idea del Derecho la refieren al sentimiento del Pueblo, sobre cuyo punto se tratará en la conferencia siguiente.

Estamos ante un Movimiento de una fuerza casi única en la Historia, que ha removido todo el edificio social, político, filosófico y que ha trazado nuevas rutas. La reforma que ello ha de llevar al campo del Derecho privado ha de ser, por consiguiente, total y de trascendencia inusitada.

III

ORIENTACIONES GENERALES

En la segunda conferencia continuó el señor Pérez Serrano examinando los grandes temas generales y el mecanismo de la reforma del Derecho privado en Alemania. Recordó las conclusiones establecidas en el día anterior sobre la repudiación por igual del "jusnaturalismo" y del positivismo jurídico.

El Movimiento Nacional Socialista se cataloga como un idealismo objetivo, en el que la idea toma carne de la realidad. Los autores germanos, según también se dijo, buscaban la esencia íntima de la idea del Derecho en el espíritu del Pueblo. Ahora bien, al llegar a este punto, se ataca por la doctrina moderna la posición de la Escuela histórica en la parte en que dicha Escuela suponía que el espíritu del Pueblo es algo que se forma por sí, algo que se da por sí mismo. Esta tesis es considerada hoy como una aberración, así como la posición opuesta de considerar al espíritu del Pueblo como algo abstracto, sin realidad ninguna, reducido a una pura idea, a una abstracción, en suma, a una entelequia.

Pese a la objeción de Weigelin en su "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie" (1935), de que la fuerza normativa va a arrancar del hecho de convivir, para la doctrina nacional socialista el espíritu del Pueblo es algo vivo y real, y que realiza el destino histórico, es decir, la razón de ser, y que al ir actuándose sujeta y vincula a los ciudadanos.

Además, no es una idea general y vaga esta del espíritu del Pueblo, puesto que se trata del espíritu de *un pueblo*, formado por la sangre y por el suelo, por la estirpe y el territorio.

Claro es que toda esta nueva concepción desemboca, según el propio Larenz, en "un nuevo orden concreto", que acaso nadie ha estudiado mejor que Schmitt.

Schmitt distingue tres clases de criterios jurídicos, y en algún sentido de pueblos, según el criterio que haya dominado en su Historia: normativistas, decisionistas y ordinalistas concretos. Hay pueblos sin territorio, como el judío, los cuales se mantienen única y exclusivamente por un Gobierno de la ley propia. Sea cualquiera el territorio en que se encuentren, no pueden aceptar íntegramente las normas de este país, porque desaparecería como tal pueblo; tienen que mantener sus propias leyes y tradiciones formando un a modo de Estado dentro de otro. Su única fuente de existencia es la propia ley, que rige y ordena. Son pueblos normativistas.

El pueblo germano medieval es un ejemplo de pueblo institucionalista. En él existe el orden, y el instrumento de éste son las normas. No hace más que transcribir en una serie de normas concretas un orden anterior que existía de antemano. Es un ejemplo de pueblo que nemos llamado ordinalista concreto.

El decisionismo, según Hobbes, es la creación del orden por la libre decisión de la voluntad soberana. Un caudillo, al manifestar su voluntad, crea no solamente la norma, sino el propio orden a que aquélla ha de servir.

Los pueblos como la Alemania actual propenden, en el orden concreto, a dictar las soluciones más adecuadas a cada caso. Esto nos llevará un poco a la posición de Hauriou, y, sobre todo, a crear una serie de figuras típicas que servirán de modelo y que adoptarán la forma de "standards". Ya no será sólo el celoso administrador o el buen padre de familia, sino que surgirán una serie de tipos como los de buen labrador, valiente militar, competente funcionario, juez justo, honrado administrador, etc. Llegamos, por consiguiente, a la conclusión de que la Nación es un orden concreto creado por decisión de la voluntad soberana.

Ahora bien, el Derecho que va a regular todas las relaciones vitales de esa Nación, ¿está ligado íntimamente a la raza? Para la posición del Movimiento alemán es indiscutible. La totalidad de los ju-

ristas sostienen que hay que devolver a Alemania el Derecho alemán, injustamente olvidado y preferido por la acción del Derecho romano y adulterado últimamente a través de la Revolución francesa. Ya es bastante expresivo, en este aspecto, el punto XIX del programa del Partido del año 1924, donde se exige la supresión del Derecho romano (1).

Schönfeld, en su obra *Ueber den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz*, publicada en 1929, pondera el daño enorme que a Alemania causó el Derecho romano, porque éste es antitético, abstracto y aislan-te, y rompe la "enteridad", mientras que el Derecho tradicional germano subraya, sobre todo y ante todo, la más profunda unidad.

Freisler, en 1938, publicó su *Nationalsozialistischer Recht und Rechtsdenken*, en donde ataca también al Derecho romano-bizantino petrificado y rechaza los influjos politicoadministrativos de Francia, extraños al pueblo alemán.

Binder, en una obra publicada en 1937 (2), dice: "Todo Derecho viene condicionado por la peculiaridad del Pueblo; carece de sentido tomar a préstamo en otro pueblo el Derecho o la forma de Estado; con ello quedan juzgadas la Recepción del Derecho romano y la del democratismo occidental europeo".

La opinión que expone Larenz en su *Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart* (1935) es análoga a las expuestas: "La ciencia alemana del Derecho es tanto filosófica como histórica y política. Históricamente, ha de extraer del seno de su propia historia los valores que sirvan para expulsar los influjos extranjeros."

El Barón de Schwerin se pregunta cómo calar en los cimientos del Derecho germano, aunque luego, a diferencia de los anteriormente citados, es muy cauto en sus conclusiones (3).

Ya en esta posición, acaso un poco más moderada, cabe recoger la expresión de Gauweiler en su obra *Rechtseinrichtungen der Bewegung* (1939), según el cual, el programa del Partido no aludía al Derecho romano clásico, sino al sistema de conceptos exagerado, derivado de fuentes romanas y desfigurado por la Escolástica, que penetró en Alemania en el siglo XV con el nombre de Derecho romano.

(1) Hay edición española, publicada por el Dr. Heiselmann (seudónimo del Profesor Valle y Pascual).

(2) "Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts", en la obra citada *Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts*.

(3) "Rechtsgeschichte und Rechtserneuerung", en *Zur Erneuerung ..*

Esta posición, por otra parte, es admirablemente expuesta por don Ursicino Alvarez Suárez en sus explicaciones de cátedra del curso de 1939-40.

Sin embargo, el Derecho romano dista mucho de estar totalmente suprimido en Alemania. De nada sirve que se le rechace como Derecho concreto, porque se volverá a introducir so capa de estudio histórico, y se sigue cultivando con amor, como ven muy acertadamente Kaser y Koschaker. Por otra parte, la imputación de culpa al Derecho romano hay que considerarla un poco exagerada. Sea Derecho romano puro, sea bizantino, sea longobardo, y admitido su extranjerismo, hay que reconocer que cuando un Derecho se asimila durante quinientos años, llega un momento en que hay instituciones en las que sería muy difícil admitir que es completamente exótico, pues el espíritu nacional se lo ha incorporado con el transcurso del tiempo y lo ha convertido en cosa propia. Va a ser, por tanto, muy difícil depurar el Derecho vigente de toda su tradición romana.

Pero además, aun suponiendo realizada dicha depuración, ¿sería esto suficiente para dar vigor al viejo Derecho germano? El Derecho actual, afirman todos los autores alemanes del Movimiento, ha de reunir dos caracteres: ha de ser *nacional* y ha de ser *popular*. Examinemos brevemente estas notas.

El Derecho nacional será aquel que dependa solamente de la sangre, de la estirpe, de la raza. Esto llevará a construir una nueva tabla de valores sustanciales conforme a la concepción filosófico-política nazi, que examinamos anteriormente. Algunos de estos valores se han ido ya concretando. Freisler, en su obra, ya citada, *Nationalsozialistischer Recht...* (pág. 57), establece las siguientes normas: "En el orden moral, el primer mandamiento es este: *Cuida de la pureza de sangre*. Y en seguida: *Sirve y sacrifícate*. Y después: *El bien general priva sobre el personal*. Y añade: *Cuida y vigoriza la fuerza vital del Pueblo en el todo y en ti, que eres miembro de él*. Y finalmente: *Defiende los valores sustanciales de la vida del Pueblo: su suelo, su Estado*. Al hacerlo así—agrega luego el Derecho—proteges el honor: el del Pueblo, el de la familia, el tuyo, y cumples el mandamiento supremo de la vida. Los valores fundamentales del Derecho son, pues, Raza, Honor, Trabajo, Suelo y Estado."

Y Gauweiler (obra citada: *Rechtseinrichtungen der Bewegung*:

página 149) razona en análogo sentido para fundar el Derecho en "la Raza, la Tierra, el Trabajo, el Imperio y el Honor".

La segunda nota asignada al nuevo Derecho es la de popularidad. El viejo Derecho y los viejos juristas empleaban un lenguaje un poco sibilino, de cábala, y esto hacía que el pueblo se considerase un poco distanciado de ellos. El nuevo Derecho—dicen—ha de ser asequible al pueblo, modificando totalmente ese viejo lenguaje de tecnicismos, a fin de que sea asequible para todos. La única objeción que se podría hacer a esta posición es la de preguntar si ese Derecho así popularizado, despojado de su tecnicismo, podría conservar toda su eficacia. Manigk, en su *Neubau des Privatsrechts* (1938), dice que, al modo como el Pueblo quiere buenos médicos, pero no le interesa la razón científica de la receta, también necesita buenos jueces, pero no le importa averiguar si el Tribunal aplicó el concepto de relación obligacional o el de contrato.

Lo que sí cabría, desde luego, sería una distinción según el destinatario de la norma, ya que ésta puede ser aplicada por una autoridad o directamente por quien está alejado de los problemas jurídicos. Basta pensar en que no es lo mismo un precepto de técnica hipotecaria que las reglas sobre Derecho de familia.

En el nuevo Derecho, fragmentariamente publicado, aparecen algunas disposiciones que desde luego se apartan radicalmente de los viejos moldes clásicos. Así, el artículo 56 de la ley de Patrimonio hereditario de 1933 (*Reichserbhofgesetz*) dice que "cuando surgieren dudas en la aplicación de la presente Ley, el Juez resolverá con arreglo a la finalidad de la misma, expresada en el preámbulo". Este preámbulo, que pasa así a la categoría de fuente legal como Derecho subsidiario, recoge varios de los principios que venimos estudiando: "El Gobierno del Reich quiere, conservando las viejas costumbres hereditarias alemanas, mantener a la clase agrícola como generadora de la sangre del Pueblo alemán." "Debe procurarse una división sana de los latifundios agrícolas, pues la mejor garantía de la salud del Pueblo y del Estado la constituye..." "Sólo puede ser hacendado el que sea ciudadano alemán, tenga sangre alemana o de estirpe análoga y sea honorable."

Este precepto, de profunda originalidad, nos lleva a tratar del problema de las fuentes del Derecho en el Movimiento Nacional Socialista.

El autor que más ha profundizado en este problema es, sin duda alguna, Hildebrandt, y hace la siguiente distinción:

a) Fuentes de declaración de Derechos, que son las primordiales; y

b) Fuentes que completan el Derecho ya declarado.

Sobre estos dos grupos hay una fuente originaria, una "Urquelle", a la que habrá que remitirse constantemente, y que es la conciencia del Pueblo alemán.

En el primer grupo, o fuentes de declaración, hay que hacer dos apartados y distinguir entre aquellas fuentes de Derecho inmediato, que son el Derecho de los hechos y el Derecho consuetudinario, y el Derecho mediato, constituido por la Ley y las "Vereinbarungen".

En el examen de las fuentes, vemos que el Derecho alemán ha relegado la Ley a un lugar secundario, destronándola de la primordialidad, casi exclusiva, de que ha venido gozando durante algunos siglos. Por otra parte, la propia técnica de las fuentes ha sido revisada, y Hildebrandt llega a las siguientes conclusiones:

1.^a Hay que rechazar la analogía. Las reglas del Derecho se dan para casos concretos, y no es lícito abstraerlos y aplicarlos a casos distintos de aquellos para que se dictó.

2.^a En caso de laguna legal, para suplirla hay que acudir a la fuente originaria. La función del Juez consiste en extraer en cada momento de estas esencias la norma legal aplicable al caso.

3.^a Procede también rectificar totalmente el concepto de la Ley. Ya el Profesor Schmitt, en un magnífico artículo publicado en julio de 1935 en la *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, apunta los defectos tradicionales en que la Ley había incurrido. Estos defectos los sintetiza en tres puntos, a saber:

1.^o La Ley se refiere siempre al pasado, porque administradores y jueces la aplican atendiendo a una voluntad legislativa manifestada de pretérito y que no pueden alterar.

2.^o La Ley, a virtud de la separación de Poderes, y por no referirse nunca a casos concretos, queda supeditada a la ejecución ulterior, pues el legislador, aun siendo omnipoente, no tiene súbditos directos a quien mandar.

3.^o La Ley no se acomoda por todo ello a la idea viva de un Plan en vías de realización.

Por ello dice Schmitt que el nuevo Estado alemán va, pues, al

restablecimiento del concepto aristotélico de Ley, porque lejos de es-
cindir lo legislativo y lo ejecutivo, considera que la legislación es pre-
cisamente la tarea propia del Gobierno.

Pero, sin duda alguna, uno de los problemas que más vivamente se plantean en esta concepción es el de la misión del Juez. Dos posiciones extremas pueden sostenerse: una la del Juez atado, más que sometido, a la norma, dedicado a una labor de exégesis de las leyes, y la otra es la del Juez creador del Derecho, posición que ya defendió la Escuela libre.

Ya Ortega y Gasset, refiriéndose a la posición del Juez esclavizado por la Ley, decía que el que juzga no entiende. El Juez, tradicionalmente, se ha movido siempre dentro del campo exclusivo de la técnica, a la cual ha sacrificado la vida misma del Derecho, porque "la Justicia mecaniza, falsifica el juicio para hacer posible la sentencia".

En el Movimiento Nacional Socialista, por el contrario, aunque el Juez sigue sujeto a la Ley, lo que sucede es que, al ser ésta cambiante (por estar ligada a la voluntad del Führer, el cual, en todo momento, expresa las necesidades de la vida y la realidad de su pueblo), resulta que esta Ley ya no tiene el concepto rígido y petrificado de antes, sino que es algo más flexible y en todo momento mudable, por lo que refleja la realidad y nunca se podrá sacrificar la vida a la técnica.

Respecto al predominio de la técnica, a la que se sacrifica la vida y, en último término, la idea de la Justicia, es de notar que ya Lesage decía en su *Diable bôiteux* irónicamente: "Ce qu'il y a d'admirable dans la science des lois c'est qu'elle fournit des armes pour et contre"; y, desde un punto de vista más serio, Tomasius, en su *Programma de causis inutilium doctrinarum in studio jurisprudentiae*, recordaba que "*cerebrini iurisconsulti habendi sunt, qui, quum legunt debent esse interpres, ius, in quo versantur, strenue ignorant, et controversias quotidie obvenientes ex ratione cerebri sui sine lege decidere allaborant*".

Dado el nuevo concepto de la Ley, de la interpretación y de la función judicial, cabe preguntarse si se va a una jurisprudencia de intereses, que de antaño viene defendiendo Heck.

Ante este derrumbamiento de todo el concepto clásico de las fuentes y de la función judicial, se plantea, acaso un poco angustiosamente,

el problema de la seguridad jurídica. ¿No será de temer que se rompa ésta?

El Derecho nacionalsocialista no vacila en afirmar que sacrifica la seguridad del Derecho a la Justicia. Sostiene que la técnica complicada y severa, la Ley rígida, etc., sólo pueden amparar al hombre de mala fe, ya que al que es honrado le basta con su conducta. No obstante esta posición, las objeciones formuladas son serias y dignas de considerarse. No cabe duda que hay preceptos, como el del artículo 1.473, párrafo segundo, de nuestro Código civil, en caso de doble venta, el cual, por la naturaleza misma de la cosa, es difícil que sea fácilmente asequible al Pueblo; y, sin embargo, parece que la propia seguridad es la mayor garantía de justicia.

Esta contradicción tratan en cierto modo de superarla los autores alemanes, hablando de la estática y de la dinámica en el nuevo Derecho. Spengler, en la *Decadencia de Occidente*, decía que "seguimos empleando un Derecho de cuerpos, y que es necesario acudir a un Derecho de funciones".

Recogiendo esta corriente, Volkmar, en *Zeitschrift der Akademie* (julio de 1935 y apostilla en septiembre del propio año), afirma que el Derecho ha de ser dinámico; el mundo antiguo fué estático, y por eso, si bien produjo obras de arte, son frías y sin vida. No se pueden comparar los restos de pinturas que conocemos de la antigüedad con la vida que tiene un lienzo de Durero, ni la serenidad fría y sin alma del Partenón con la vitalidad de una aguja gótica, y esto mismo sucede en todos los órdenes del espíritu, en el campo de las matemáticas, de la escultura, de la física, etc.

Otros autores discrepan de esta posición de Volkmar, defendiendo este autor su punto de vista, diciendo que la δύναμις no es la fuerza solamente, sino el movimiento.

¿No habrá en todo esto que examinamos un poco de reacción romántica? Es muy posible que sí. Recordemos que Gierke, en su *Der Humor im deutschen Recht* (segunda edic. Berlín, 1886), cuando se duele de que hayan desaparecido los elementos típicos del primitivo Derecho, concluye, sin embargo, amargamente: "La Historia no se deja torcer; y lo que de estas cosas se pierde una vez, queda perdido para siempre."

ELISO GARCÍA DEL MORAL.

Notario
Miembro del Instituto de Estudios Políticos