

## BIBLIOGRAFIA

---

FUNAIOLI.—“Cosa smarrita e cosa dimenticata”.—*Rivista del Diritto commerciale*. 1940 (luglio-agosto).—Milano.

¿Cabe distinguir las cosas *perdidas* de las cosas *olvidadas* para someterlas a distinto tratamiento en lo relativo al premio del hallazgo y a la atribución de propiedad?

Los artículos 715 y siguientes del Código civil italiano, análogos a los artículos 615 y siguientes del nuestro, se refieren al hallazgo de una cosa mueble para ordenar al que la encontrare su consignación en poder de la autoridad local; pero, en realidad, los amos o jefes de oficinas, tiendas, hoteles, vehículos, cafés... proceden de muy distinta manera, y no hay que hablar de los dueños de casas particulares donde el amigo o visitante ha dejado olvidado su paraguas.

De aquí que en las jurisprudencias y legislaciones vaya abriéndose camino la distinción, para poner de relieve que, caso de advertir cualquiera que hay un objeto olvidado en lugares o establecimientos donde la vigilancia y custodia son usuales o reglamentarias, ha de llamar la atención del encargado, sin notificar el hecho a las autoridades ni poder exigir el premio del hallazgo, atribuyéndose la propiedad, cuando la devolución no sea posible, al patrono de la casa o del establecimiento, como si la posesión de la cosa hubiere pasado al mismo, directamente, desde su desmemoriado dueño.

En el caso que dió origen a la sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, publicada el 20 de marzo último, un viajero había encontrado en el retrrete del tren una cartera con 110.000 liras en billetes, la había depositado en poder del jefe de estación y se negó, en su día, a recibir el premio neto de 4.478 liras, porque quería que en el recibo se hiciera constar su posible derecho a la totalidad de la suma. Trabado más tarde el pleito, el viajero ganó la primera instancia, pero perdió la

segunda, más bien por la fuerza de la apuntada distinción que por las especiales disposiciones vigentes en materia ferroviaria. (Véase, para mayor conocimiento del asunto, el art. 181 de nuestro Reglamento de Policía de Ferrocarriles, de 8 de septiembre de 1878, sobre el depósito de los objetos olvidados por los viajeros.)

Según el Tribunal, para que pueda propiamente hablarse de cosa perdida se necesita: *a*), un objeto mueble que se halle en la propiedad de alguno; *b*), que haya salido de la órbita de posesión sin voluntad del tenedor; *c*), que todavía no haya entrado en la esfera de posesión de otra persona; *d*), que no se halle en condiciones de ser recuperado directamente o sin búsqueda incierta; *e*), que pueda ser aprehendido por cualquiera que lo tropiece, sin necesidad de violar la guarda o custodia en que ha caído, y *f*), que no exista ningún encargado de recogerlo *in situ*.

Estas condiciones no concurren cuando se trata de cosas encontradas en un tren.

MÁXIMO D'AMELIO.—“La gioia di vivere e la sua indennità” (“La alegría de vivir y su indemnización”). — Revista *Assicurazioni*, año VII (1940-3).

Las Compañías de seguros inglesas se hallan sumamente preocupadas por dos decisiones del primer Tribunal de Apelación de Londres y de la segunda Cámara judicial de los Lores, que, respectivamente, concedieron indemnización: *a*), en un choque de automóviles, 400 libras esterlinas por lesiones graves, y 4.000, por pérdida de una más larga vida, a un hombre de buena salud, pero que había cumplido sesenta y nueve años y siguió viviendo mucho tiempo después de los doce meses de vida que oficialmente se le computaron; *b*), en un atropello de una motocicleta por un coche, al padre y heredero de una señorita de veintitrés años, que en el accidente sufrió fractura de la pierna derecha, muriendo cuatro días después, varias cantidades por tres títulos: sufrimiento, pérdida de miembro y acortamiento de las esperanzas de vida.

El autor señala la rápida evolución de la legislación y de la jurisprudencia inglesas. Hasta 1934 prevalecía el principio de que las acciones por daños nacidos de hechos delictivos no se transmitían a los herederos (*actio personalis moritur cum persona*). En la ley de dicho año (Law Reform Act) se admite ya la transmisión de las acciones. A su

vez, la ley de Accidentes fatales prescribe que los daños causados por automóviles pueden reclamarse *jure proprio* (no *jure successionis*) por las terceras personas sobre las cuales repercuten la muerte de la víctima. Pero los daños exigibles eran de dos categorías: fisiológicos (*pain*) o morales (*suffering*). Las decisiones judiciales aludidas han admitido una tercera por la desaparición de la esperanza de vida (*loss of expectation of life*). Esta pérdida de la alegría de vivir se ha valuado: en el caso de un niño de ocho años, 1.500 libras; para jóvenes hasta veinte años, en 1.000 libras, y para personas de mayor edad, entre 1.000 y 500 libras. Las sumas se hallan en relación con la vida probable que se atribuiría al interfector, o con el tiempo que podía vivir el lesionado en el accidente.

Se trata de daños morales, indudablemente. Pero, ¿cómo apreciar, en el supuesto de morir inmediatamente la víctima, o tras un coma traumático, si ha tenido la visión del acortamiento de su vida y sentido la angustia de la esperanza perdida? Por otra parte, en Italia, los daños morales no reclamados por la víctima no se transmiten como elementos patrimoniales a sus herederos, y, en su consecuencia, no podrán exigir el importe de su resarcimiento ni la madre del recién nacido muerto por impericia del comadron ni el sucesor del atropellado que pereció instantáneamente. Parece exagerado el análisis minucioso de lo que la víctima ha padecido por la pérdida de la alegría de vivir, por el temor de la muerte, por la angustia de no poder formalizar su testamento o por cualquier otro anhelo. La jurisprudencia italiana los engloba.

La misma observación puede hacerse respecto a los daños corporales: es improcedente calcular el valor de una pierna amputada, de un *visus* perdido, de la funcionalidad disminuida..., al tiempo de fijar la indemnización por la muerte de la víctima que apenas ha sobrevivido al accidente.

Sin embargo, puede admitirse que una persona reclame los daños morales, como los patrimoniales, *jure proprio*, o sea, por sufrirlos ella (madre, hija...) directamente al morir el ser querido sobre el que descansa la familia.

**"Mater familias".—Estudio del profesor ANTONIO CARCATERRA en Archivio giurídico (vol. CXXIII, fasc. 2).**

*Mater familias* ha tenido en la época republicana un doble significado: a), social y casi vulgar, equivalente a *matrona*, y b), técnico,

como *uxor in manu*; pero el paralelismo de la *mater familias* con el *pater familias* no puede invocarse frente a los textos de la época clásica, porque *pater* es el ciudadano *sui iuris*, aunque no tenga hijos ni esté casado, mientras que la *mater* se halla en la potestad del marido. Solamente cuando se suprime, en el siglo IV, la tutela de las *mujeres*, se aproximan los dos conceptos.

DOMENICO PISAPIA.—“Appunti in tema di scienza del Diritto”.—*Archivio giuridico* (vol. CXXIII, fasc. 2).

Las relaciones entre Derecho, ciencia y filosofía atraen con fuerza irresistible a la investigación italiana, sobre todo después que Carnelutti, saliendo de los ámbitos del *Derecho procesal*, en que desenvolvió fecundas iniciativas, ha transformado con su lenguaje metafórico el grave problema en un panorama alpestre, afirmando que el pasar de la experiencia a la filosofía no es cuestión de camino, sino de altura, puesto que todas las vías (materialismo, positivismo, racionalismo...) conducen a la cima, si quienes las recorren tienen pantorrillas y pulmones.

Para el autor es una verdadera equivocación el considerar a la filosofía como algo que se encuentra por encima y fuera de las ciencias singulares; en nuestro caso, como superación de la teoría general del Derecho.

Con ello se coloca, es cierto, la filosofía en alturas que dan vértigo, pero se olvida que la ciencia elabora la experiencia humana en el sentido de la *exterioridad*, y la filosofía mira lo *interior* y ahonda en lo profundo. La función que debe asignarse a la filosofía frente al Derecho no es la de sublimarlo o desvanecerlo, sino la de extraer los principios que en él viven, teniendo presente la realidad histórica, indispensable para llegar a la exacta determinación de su concepto y de sus relaciones con la vida social.

ROGER BONNARD.—*Le Droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste*.—2.<sup>a</sup> ed. París, 1939.

Presenta para nosotros gran interés la recensión que de esta obra hace en el *Archivio* un publicista italiano, Franco Pierandrei, porque confronta las recientes teorías alemanas con los puntos de vista de un francés que ha conseguido superar las dificultades del asunto, y con las

observaciones críticas de un fascista que así lo reconoce. Sin embargo, el crítico rechaza las apreciaciones siguientes:

1.<sup>a</sup> La doctrina fascista se ha contentado con las teorías del Estado corrientes en Alemania a fines del pasado siglo, y sobre este cañamazo ha bordado el régimen autoritario. Pierandrei replica que las ciencias constitucionales y administrativas se habían desarrollado en Italia de un modo autónomo (Borsi, Palma, Romagnosi...), si bien es cierto que se había estudiado el pensamiento germánico como el francés y el inglés, pero sin aceptar las exageraciones del liberalismo y del positivismo. Se han mantenido, indudablemente, por el Fascismo algunos principios del pasado pensamiento, ecos del inmortal Derecho romano; mas ¿quién desconocerá la renovación impuesta por el grandioso Derecho corporativo?

2.<sup>a</sup> Recientemente, y bajo la influencia de la doctrina nacionalsocialista, se han abandonado los caminos de la antigua dogmática para sostener la identidad Pueblo-Estado. A esto se contesta que tal principio ha sido discutido en Italia con gran profundidad mucho antes que en Alemania.

3.<sup>a</sup> Sólo en estos últimos tiempos, y siguiendo el ejemplo de los autores nazis, que buscan con entusiasmo los precedentes germánicos, se han referido los investigadores fascistas al Derecho romano. Contra esta afirmación basta referirse a la obra de Orlando *I criterii tecnici per la costruzione giuridica* (1899) y a la escuela italiana, que sostuvieron la necesidad de aceptarlo como genuina fuente metodológica para la construcción jurídica.

Y, en fin, Pierandrei advierte al Bonnard que es imposible equiparar, aun en forma dubitativa, el Partido nacional fascista al partido único soviético, en el sentido de que estos partidos son minorías que imponen a todos su voluntad, para contraponerlos al partido nacionalsocialista, que representa genuinamente la voluntad política del pueblo alemán. El fascismo ha combatido antes que nadie al bolchevismo, ha denunciado tan maléfica utopía, ha afirmado con energía que es un partido nacional y se presenta, no como una dictadura, sino como la expresión de la vida política italiana, basada en la homogeneidad de una sangre milenaria alimentada por las mismas corrientes espirituales y dirigidas por la unidad de destino.

ROBERTO DE RUGGIERO.—*Istituzioni di diritto privato.*—Milano.  
Messina-Principato. 1940.—790 páginas.

Se trata de la cuarta edición de la obra, traducida por los Sres. Serrano Súñer y Santa Cruz (Editorial Reus), y ahora ajustada a los nuevos libros del Código Civil italiano.

LUDOVICO BARASSI.—*Instituzioni di diritto privato.*—Segunda edición, también ajustada a los nuevos libros del Código.—Milano-Giuffré. 1940.—474 páginas.

PAOLO GRECO.—*Il contratto di lavoro.*—Torino-Utet. 1939.—XVI.—499 páginas.

CEDAM.—*Fase preliminare e dibattimento nel processo civile inglese.* 1939.

El autor se propone buscar las causas de un fenómeno curiosísimo del Derecho inglés: el pequeño número de procesos que llegan a ser sometidos al Juez de fondo y terminan con sentencia definitiva. La fase preliminar, que va dirigida, no sólo a preparar el debate, sino a resolver el litigio, da la clave del misterio.

BOCCA.—*Introduzione allo studio della deontología forense.*—Milano. 1940.—141 páginas.

Según el autor, en la práctica profesional hay dos actitudes fundamentales: el pesimismo y el humorismo. Este último, propulsivo y vivificador, conduce a la afabilidad y a la paciencia, virtudes indispensables al abogado.

MAERI.—*Teoria della liquidazione coatta delle banche.*—Bari. 1939.  
Página XIII-130.

Monografía encaminada a fijar las características y naturaleza jurídica de la liquidación forzosa, introducida en Italia por los Decretos-leyes de 12 de marzo de 1936 y 17 de julio de 1937.

ALBERTO ASQUINI (Prof.).—*I titoli di credito.*—Lecciones recogidas por el Dr. Giorgio Oppo.—Roma. 1939.—G. U. F.—Dispense universitarie. S. A.—Página XVIII-585.

El autor cubre todos los puntos críticos de la discusión refiriéndose a la voluntad de la Ley.

“La prohibición de subir los precios en la legislación alemana”.—*Deutsches Recht*, núm. 35, de 31 de agosto de 1940.

Un Decreto del Reich de 26 de noviembre de 1936 prohíbe el aumento de precio de mercancías o de otras prestaciones. Este Decreto no se refiere sólo a mercancías en sentido técnico, sino prohíbe también el aumento de las primas de seguro, de las rentas de alquiler, de los honorarios de los médicos, de los precios de hospitales, de las minutas de abogados, de los aranceles notariales, de las entradas en cines, teatros, cabarets., etc. Y no se limita la prohibición al aumento nominal de los precios, sino también, manteniendo precios iguales, al empeoramiento de la calidad, la disminución del peso, el condicionamiento de la venta de una mercancía por la venta de otra, etc. Un contrato que infringe el mencionado Decreto no es nulo, sino que se reputa como contraido con precio legal. En la guerra recobra el Decreto importancia crecida. Sobre todo deben rebajarse los precios si las prestaciones, por razón de la guerra, empeoran de calidad. Por ejemplo, han de rebajarse las rentas si el casero no puede cumplir su obligación de calentar la casa por falta de carbón. Otra costumbre, introducida en la guerra, es la de reclamar los vendedores que se les devuelvan los papeles u otras materias en donde las mercancías estaban empaquetadas. También esta costumbre representa un aumento indirecto y prohibido del precio.

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO.—*Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 16 de septiembre de 1940.*—Madrid. Reus. 1940.—112 páginas.

El célebre jurista, Presidente del Tribunal Supremo, diserta en este discurso sobre varios temas, pertenecientes a la “Filosofía del Derecho”, y que resume bajo el siguiente título: “Método en la decisión de los casos controvertidos ante los Jueces y Tribunales”.

Al principio, ataca el orador la equiparación de Ley y de Derecho (páginas 16 a 36). El Derecho es superior a la Ley. La Ley es sólo una de las formas en que el Derecho se exterioriza, habiendo de mencionarse, además, la costumbre y los principios generales del Derecho. Esta posición iusnaturalista implica la refutación energética de la *estatalidad* (páginas 29 y siguientes) del Derecho. El Estado no tiene el monopolio de la creación del Derecho. Los que así opinan, identificados con los que no reconocen sino la Ley, "olvidan que los monopolios, aun los naturales y más fuertemente constituidos, tienen sus límites, que, por muy intensamente que se entregue el individuo al Estado, nunca le absorbe por completo, porque hay algo en él que es inalienable, intransmisible, inextinguible, como su yo, su razón, su libertad, sus fuerzas espirituales, en suma" (pág. 30). Una Ley puede ser contraria al Derecho. En este caso, y bajo condiciones especiales, puede ser descartada por los ciudadanos. El ilustre jurista menciona en este lugar las opiniones concordantes de Fray Domingo Soto y de Santo Tomás ( páginas 24 y 25). Ya los romanos tenían en cuenta el problema deontológico (véase a lo que sigue, "Heineccii Elementa Juris Civilis secundum ordinem Institutionum", Venecia, 1792, pars. 1.<sup>a</sup>, liber. 1.<sup>o</sup>, titulus 2.<sup>o</sup>, § 33 y sigs.) Distinguían la ley divina ("vel per rectam rationem, vel per sacras litteras promulgatur") y la ley natural ("secundum naturam vivere"). La naturaleza, fundamento de la ley natural, era o común a hombres y animales, o específica de los hombres. En el primer caso, hablaban de "ius naturae"; en el segundo, de "ius gentium". El "ius gentium", a su vez, era, o común a todos los hombres, o impuesto en determinados lugares por necesidades especiales. Según este punto de vista, puede hablarse de un "ius gentium primarium et absolutum" y de un "ius gentium secundarium et hipoteticum". Heineccius, después de exponer las doctrinas estoicas en boga en Roma, pasa al análisis de la tesis cristiana con las siguientes palabras orgullosas (1. c., § 40): "Ita veteres. Nobis, quos nemo Stoae, tamquam glebae, adscripsit." Las enseñanzas cristianas se distinguen de las doctrinas romanas en dos puntos importantes: por un lado, descubre el cristianismo a Dios de una manera desconocida al mundo antiguo; por otro lado, separa rigurosamente los hombres de los animales, atribuyendo alma sólo a los primeros. Sin embargo, todavía Vitoria ("Doctrina Internacional", edit. por Fr. Luis Getino, 1940, pág. 19) tiene que criticar la extensión del "Derecho natural" a los animales. También Rousseau ("Discurso sobre el

origen de la desigualdad entre los hombres", prefacio) se ocupa de esta cuestión. Santo Tomás (S. T. Prima Secundae) distingue la ley divina, la ley natural y la ley humana. La ley natural es aquella parte de la ley divina que nos es cognoscible (l. c. 19, 4, y 91, 2). La ley natural contiene los principios fundamentales; la ley humana, los detalles de la reglamentación (91, 3). Sin embargo, contiene la ley humana forzosamente lagunas que han de suplirse mediante los fallos judiciales (95, 1). La ley natural, a diferencia de la ley humana, es una (94, 4), inmutable (94, 5) e inextinguible en los corazones humanos (94, 6). Como se ve, concuerdan romanos y cristianos en lo fundamental: en el reconocimiento de un criterio valorativo de la ley positiva. Sin embargo, existe la mayor discrepancia, vaguedad y confusión en lo atinente al contenido de aquel criterio, situación en apariencia tan desesperada, que el positivismo y legalismo del siglo pasado, que rechaza toda instancia supralegal, debe encontrar su excusa en esta innegable insuficiencia. Otra reacción más moderada contra la chocante diversidad de criterios la representa el iusnaturalismo formal, condenado a una esterilidad nada favorable para el prestigio de la ciencia. ¡Que se abandonen de una vez para siempre los adagios "dar a cada uno lo suyo", cuando precisamente lo que se discute es lo que pertenece a cada uno! ¡Que se arroje al mar, para salvar el prestigio de la ciencia, el lema del "*neminem laedere*", cuando lo que interesa es el distingo entre los casos en que la lesión es lícita y los en que es ilícita! Así naufraga el iusnaturalismo verdadero entre el Escila brutal del positivismo y el Caribdis estéril del llamado naturalismo formal. Para salir al paso de tan difícil situación, no queda más remedio que abandonar resueltamente las soluciones seudocientíficas y refugiarse en el puerto seguro del iusnaturalismo cristiano. Sólo la religión es capaz de valorar la legislación positiva de manera sincera, eterna y fera.

El orador expone luego las diversas dificultades que plantea la interpretación de la Ley y de las demás fuentes legales (págs. 36 a 56), para entrar después en el examen de la oposición: "hecho y derecho" ( páginas 56 y siguientes) y de su tratamiento procesal. El eximio jurista dedica una parte de su estudio al lema: "Dabo tibi ius", distinguiendo la Ley, la costumbre y el Derecho extranjero (págs. 70 y sigs.; 76 y siguientes, y 82 y sigs., respectivamente). Como es sabido, gira la discusión en torno del problema de si el Juez debe conocer e investigar de oficio la costumbre y el Derecho extranjero, o si la carga de alegación y

de prueba incumbe a las partes. Ya en los tiempos del reinado apasionado del principio dispositivo no faltaban quienes creían al Juez obligado a conocer o investigar de oficio ambos fenómenos; tanto más ha de aceptarse esta opinión hoy día, cuando el *leitmotiv* de la "Justicia rogada" es atacado por todos lados. Por lo demás, no podemos analizar en este lugar los múltiples problemas que plantea la aplicación del Derecho extranjero (véase REVISTA, 1940, págs. 297 a 300). En lo que respecta a la posición del Juez frente al hecho, no queremos pasar en silencio el libro de Calogero ("La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione", 1937), que compara el trabajo del Juez en este aspecto con el del historiador; y la crítica de Calamandrei (en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939, págs. 105 y sigs.), contenida en su artículo: "Il giudice e lo storico".

**BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.**—*Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales, el 16 de septiembre de 1940, por el Fiscal del Tribunal Supremo.*—Madrid. Reus. 1940. 104 páginas.

El libro que tenemos a la vista se compone de la Memoria de don Blas Pérez y de cuatro apéndices: 1.º Extracto de las Memorias de los Fiscales de las Audiencias. 2.º Extracto de las Memorias de los Fiscales de lo Contencioso-administrativo. 3.º Circulares e instrucciones de carácter general y consultas. 4.º Estadística. La Memoria (págs. 5 a 29) culmina en los siguientes hermosos principios, "que recoge la cultura ambiente y el ansia común de hoy":

"La Justicia es servicio preferente para la comunidad.

La Justicia es carga para el Estado y no fuente de ingresos.

La Justicia no es servicio gratuito para quien puede pagarla; cosa distinta es que no sea gravosa e incierta cuantitativamente.

La Justicia necesita de personal digno, competente, bien retribuido y considerado.

La Justicia precisa de procedimientos simplificados, con facultades activas para la dirección, investigación y comprobación del caso litigioso.

La Justicia ha de ser administrada con inteligente rapidez.

La Justicia no ha de tener más dependencia que el respeto a la Ley y los dictados de la conciencia del juzgador.

La Justicia no perdona.

La Justicia es autónoma y responsable."

Para el logro de personal apto para poner en práctica tamaños principios, propone el eximio catedrático lo que sigue (págs. 19 y sigs.): "El sistema de ingreso pudiera ser el siguiente: terminados los estudios de la Licenciatura o del Doctorado en la Facultad de Derecho, y contando con un mínimo de veintitrés años, los que sientan vocación por el ejercicio de las funciones judiciales o fiscales y quieran hacer de ellas su profesión, solicitarán su ingreso en la Escuela Judicial. La mencionada Escuela abriría concursos-oposición anuales por el número limitado de plazas que conviniera al servicio. La solicitud, con la documentación acreditativa de los antecedentes morales y los méritos de orden técnico del aspirante, serviría de encabezamiento del expediente personal que abriría la Escuela, y, bajo la responsabilidad del Director y el Claustro, sería tramitada con toda escrupulosidad una información justificada de la solvencia moral del concursante-opositor, y, previas las pruebas de capacitación técnica que se estimaran precisas, se elevaría la propuesta de los admitidos, con sus respectivos expedientes, a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, quien a su vez informará al Ministro sobre su aprobación.

Aprobada la propuesta de los admitidos, ingresarían en la Escuela, cuyas enseñanzas de dos años, por lo menos, tenderían al perfeccionamiento moral y técnico de los futuros Jueces y Fiscales, con clases teóricas y prácticas de las diversas disciplinas precisas para su completa formación, con estudios de moral profesional.

El cuadro de profesores estaría integrado por personal de ambas Carreras, nombrado por el Ministro de Justicia a propuesta de la Sala de gobierno del Tribunal Supremo, los de la carrera judicial, y del Consejo fiscal los de este Cuerpo.

Pudiera, para la enseñanza de disciplinas especiales, Medicina legal, con los modernos métodos científicos de investigación, etc., autorizarse el nombramiento de personal extraño a las Carreras, nombramientos que se harían por el Ministro de Justicia, a propuesta del Consejo de Educación Nacional.

Sería interesante la vida en internado o semiinternado, con dotación módica y suficiente de los alumnos, para poder ejercer una completa vigilancia sobre su conducta, vocación y demás cualidades, así como para que tuvieran acceso a la Escuela todos los que lo merecieran, sin distinción de medios o angustias económicas.

Verificadas las pruebas finales con aprobación, el Claustro de la Escuela elevaría al Ministro, por conducto de la Sala de gobierno del Tribunal Supremo, las propuestas de nombramientos de Jueces por orden de puntuación, especificando con el mayor detalle las aptitudes especiales observadas en cada uno de ellos, sus cualidades, carácter, etc., con mención expresa y reservada de los que tuvieran condiciones, por sus medios de expresión oral y escrita, para desempeñar puestos de la carrera fiscal. Todos, con las prácticas en su caso que estimaran necesarias, desempeñarían funciones judiciales durante seis años, transcurridos los cuales y revisada su actuación por la Sala de gobierno del Tribunal Supremo y por el Consejo fiscal, se propondría al Ministro los que hubieran de ser destinados a la carrera fiscal, aun sin solicitud del interesado, o rechazando las que pudieran formularse por los no reputados aptos para el ejercicio de tales funciones.

Transcurridos varios años—dos, tres o más—de actuación fiscal, y previos informes del respectivo Fiscal jefe y del Consejo fiscal, este organismo propondría al Ministro los funcionarios que definitivamente debieran continuar figurando en el Cuerpo fiscal.

El éxito de este encargo—del que se apuntan ideas sin detalles ni perfiles—radica en hacer cuidadosamente la selección del Profesorado; de su integridad, competencia e interés dependerá en gran parte la bondad de la nueva Justicia. De no ser así—digámoslo claro—, habríamos constituido un organismo para ayuda del burocratismo.”

GEORG LENZ. — *Neue Grundlagen der Rechtsfindung* (Nuevos fundamentos del hallazgo del Derecho).—Hamburg. Hanseatische Verlagsanstalt. 1940.—213 páginas.

En uno de los últimos números de la REVISTA (págs. 552 y 553) acabamos de llamar la atención sobre una nueva fundamentación del Derecho procesal. Insistiremos en esta tarea, puesto que se trata de un libro de grandes pretensiones y de una materia de sumo interés.

En los tiempos del dominio del Derecho romano no existía una rigurosa distinción entre Derecho sustantivo y Derecho adjetivo. El concepto de la “*actio*” expresa una pretensión que se hace valer procesalmente, y abarca, por lo tanto, ambos aspectos. Efectivamente interesa a primera vista el Derecho sólo en su forma procesal; lo mismo que sentimos sólo nuestros miembros en el caso de que nos duelan. Wind-

scheid separa por primera vez la pretensión del Derecho sustantivo y la acción procesal en su célebre obra: "La actio del Derecho civil romano" (1856), y realiza así la emancipación del Derecho material, por un lado, y del Derecho procesal, por el otro. El Sr. Lenz atribuye este mérito a Bülow, haciendo caso omiso de la persona y de la obra de Windscheid, cosa tanto más extraña por apoyarse casi exclusivamente sobre los juristas del siglo pasado, despreciando soberanamente los del siglo XX. Preparado así el terreno, apareció en 1868 el libro de Bülow sobre "la teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales". Este libro concibe el proceso como dimanante de una relación jurídica, cuyo nacimiento está condicionado por la existencia de ciertos presupuestos, que Bülow denomina "presupuestos procesales", y que en parte han de examinarse de oficio y en parte no se analizan sino "ope exceptionis". Sólo para el último caso debe reservarse el término "excepciones procesales". Por esta razón sustituye Bülow la voz "excepciones procesales", que resulta demasiado estrecha, por la denominación "presupuestos procesales". Piénsese, por ejemplo, en la competencia de jurisdicción, en la personalidad de las partes, etc. El concepto de la relación jurídica, tomado del Derecho civil, que fué de hecho el único que ofreció una estructuración conceptual, resulta muy abstracto y desconectado de la pretensión cuya realización se persigue en el proceso. Para remediar este defecto, establece Wach el concepto de la exigencia de protección jurídica ("Rechtsschutzzanspruch"). Nos referimos a su "Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts" (1885) y a su "Der Feststellungsanspruch" (1889). Wach entiende bajo tal denominación el Derecho subjetivo público procesal de la parte (titular, según el Derecho material) frente al Estado, para que le dé protección jurídica mediante una sentencia favorable; y frente al adversario, para que éste sufra el acto protector estatal. El proceso es el medio adecuado para realizar la exigencia de protección jurídica. Sin embargo, se atacó desde el principio la existencia autónoma de esta exigencia, que en el fondo no es sino la pretensión de Derecho material en su aspecto procesal. Por lo tanto, continuó la teoría dominante concibiendo el pleito en forma de relación procesal ora entre los litigantes y el Tribunal, ora entre los litigantes entre sí, ora entre cada litigante y el Tribunal, negando las relaciones entre los litigantes. El ataque fundamental contra la teoría de la relación procesal fué dirigido por James Goldschmidt en su obra: "El proceso como situación jurídica" ("De Prozess als Rechtslage", 1925). La crítica de James

Goldschmidt se esfuerza en demostrar la esterilidad de la noción de relación jurídica aplicada al proceso. La terminología científica no debe ser un mero juego de palabras. Por lo tanto, si la doctrina dominante emplea el término de "relación jurídica", sin diferenciarlo del mismo término empleado en la ciencia del Derecho civil, quiere decir que dichos dos términos significan lo mismo, o sea que las mismas reglas aplicables a la relación jurídica material son aplicables a la relación jurídica procesal. La relación jurídica material se caracteriza por los *deberes* y *derechos* que mutuamente surgen entre acreedor y deudor. El incumplimiento de los deberes es *antijurídico*, y, por regla general, el acreedor puede *constreñir* al deudor para que los cumpla. Nada de eso encontramos en el proceso. El demandante, por ejemplo, no tiene el derecho de que el demandado comparezca. En caso de rebeldía, recaen sobre el demandado consecuencias desventajosas; pero no se trata del incumplimiento de un deber. Tampoco aplicamos en el Derecho procesal las valoraciones de juridicidad y antijuridicidad. Más bien hablamos de admisibilidad y de ser o no fundado un acto procesal. En el Derecho material es solamente de importancia la *existencia de un derecho*; en el Derecho procesal nos interesa la *evidencia*, o sea la prueba del Derecho. En resumidas cuentas: lámese la relación procesal como quiera, consta que es fundamentalmente diferente de las relaciones jurídicas del Derecho material. En verdad se trata de lo que puede denominarse "situación jurídica". Desde el momento en que se pone el asunto en tela de juicio, se transforman los derechos y deberes de la ley sustantiva, por ser puestos en duda, en *expectativas y posibilidades de una futura conducta judicial*, es decir, de una sentencia favorable o desfavorable. No es decisiva la existencia de un derecho, sino solamente su *evidencia*. La demanda no se distingue por ser antijurídica o por ser legal, sino por ser admisible o inadmisible, de un lado, y fundada o no fundada, por otro lado. La inseguridad forzosa de todo proceso ha encontrado sus repercusiones, por ejemplo, en los preceptos que exigen del poseedor de buena fe, después de la litispendencia, que tenga en cuenta la pérdida del litigio. En general, esta transformación de la situación estática del Derecho material en una situación dinámica procesal de inseguridad y de probabilidades, se realiza siempre al poner en duda cualquier afirmación. La teoría procesal de James Goldschmidt no es sino una aplicación de un principio filosófico general: durante el proceso de la verificación de una tesis nos encontramos forzosamente con una situación de inseguridad.

Dentro de la contienda civil existen normas del propio interés y cargas procesales. Es un imperativo del propio interés el de comparecer para defenderte, para que no recaigan sobre uno las cargas y desventajas fijadas por la ley. El valor del concepto de la situación jurídica es, además de sus desenvolvimientos ya expuestos, el de determinar el concepto de los "actos de postulación", de aclarar los conceptos de litisconsorcio especial, de sucesión procesal, etc. La teoría de la situación jurídica ha sido divulgada en España por el eximio procesalista D. Leonardo Prieto.

Después de las teorías de la relación y de la situación establece Lenz la tesis de que el proceso es un suceso jurídico ("Rechtsvorgang"). Lenz mismo es el creador de este nuevo concepto, que de una manera sintética reúne elementos normativos y facticios. Lenz cree que la relación jurídica se convierte en el proceso y existe sólo en él. Así cree el autor poder resolver los conflictos entre una sentencia errónea y la situación de Derecho material. En rigor, no puede existir tal conflicto, puesto que aquella situación en el momento del proceso existe sólo en forma procesal y, por último, en forma de sentencia. Una sentencia puede contradecir tan poco al Derecho material, como un adulto puede contradecir a su propio estado infantil. No es del caso abordar a fondo el interesante libro de Lenz, que en todo punto demuestra el mismo afán de fusionar conceptos separados por la ciencia jurídica, por ejemplo, los de Derecho material y procesal. Lenz analiza también el problema: Juez y Ley (págs. 130 y sigs.), que en un Estado totalitario, sin división de poderes, reviste especial importancia. En el número 142 de la REVISTA (página 151) hemos alegado ya literatura sobre este extremo, la que deseamos completar, citando, además del libro de Lenz, las obras de Hans Franzen: "Gesetz und Richter" ("Ley y Juez"), y de Heinrich Henkel: "Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt" ("La independencia del Juez y su nuevo significado"). Ambas han sido publicadas por la *Hanseatische Verlagsanstalt*. También merecen mención dos artículos publicados en la *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* (1937, págs. 634 y sigs.): 1.º, Volkmar: "Wandlung der Aufgaben des Richters und Erweiterung des Gebiets der freiwilligen Gerichtsbarkeit" ("Cambio de las tareas judiciales y ampliación del campo de la jurisdicción voluntaria") 2.º, Rothenberger: "Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht" ("Independencia judicial y fiscalización disciplinaria").