

# Una nueva manera de enfocar los problemas hipotecarios (1)

## II

Los elementos fundamentales del Derecho de cosas (*Grundriss des Sachenrechts*) publicados por Heck en 1930 forman un libro en octavo mayor, de 600 páginas escasas, que hace *pendant* en finalidad, estructura y formato con el editado un año antes bajo el título *Grundriss des Schuldrechts*, y dedicado al estudio de las Obligaciones. Escritos ambos con profundidad y elegancia, como verdaderas introducciones en la respectiva disciplina y en las discusiones metódicas, abundan en clasificaciones sistemáticas, metáforas atrevidas y ejemplos seleccionados, relacionan constantemente las normas jurídicas con los intereses vitales, liberan al estudiante del gravamen impuesto por las controversias dogmáticas, y en general acreditan un maravilloso conocimiento de los más variados sectores de la jurisprudencia.

El desenvolvimiento de los derechos reales, apoyado en el Código Civil alemán y completado con referencias a los ordenamientos territoriales, se condensa alrededor de tres centros de notable dificultad: la doctrina de la posesión, el sistema inmobiliario y las garantías hipotecarias (*stricto sensu*). En la imposibilidad de analizar detenidamente los múltiples problemas de tal modo agrupados, voy a dar una idea del *modus operandi* en cada apartado, fijando mi atención en tres teorías de gran interés para nosotros: primera, fundamento de la protección posesoria; segunda, derechos sobre derechos, y tercera, accesoriedad de la hipoteca.

Primera. La posesión, cuyo tratamiento doctrinal encierra enorme importancia práctica, es para él la introducción efectiva, o, en peor

(1) Conclusión Véase el número anterior.

castellano, *fáctica*, de una cosa en la esfera de señorío o de intereses de un titular, y las normas correspondientes forman tres grupos perfectamente distintos: *a)* protección posesoria en sentido estricto (prohibición del hecho ilícito o de que alguien se tome la justicia por su mano); *b)* preferencia del poseedor (ventajas sustantivas de la posesión), y *c)* función indicadora o de publicidad. En el primer grupo incluiremos todos los preceptos que prohíben la violencia, aun a los derechohabientes; los que regulan la legítima defensa y los que castigan la perturbación o la expoliación. En el segundo, que, por sus analogías con el anterior, se presta a igual fundamentación, colocaremos las acciones petitorias nacidas de una posesión anterior, el aseguramiento del titular poseedor contra la adquisición (por tercero de buena fe) de cosas perdidas o sustraídas ilegalmente, los modos de adquirir basados en la posesión (apropiación de frutos, ocupación, hallazgo, etc. ), el reforzamiento de las obligaciones por la tenencia de las cosas (arrendamientos, derechos de retención, subrogación en créditos...) y, en fin, las ventajas incluidas en la antigua máxima: *Beati possidentes!*

Las teorías justificativas de la protección posesoria, enfiladas preferentemente a estos dos sectores, han sido expuestas y discutidas por el austriaco Randa, y especialmente por Ihering en la obra que tradujo Posada en el año 1892 con el título de *Fundamentos de la protección posesoria*, sin que todavía los autores hayan llegado a un acuerdo, como podrá apreciarse por el siguiente cuadro, que tomo de las advertencias de Brodmann en el tercer volumen de los *Comentarios*, de Plank, al Código Civil alemán (cuarta edición).

Se sigue distinguiendo las teorías en relativas y absolutas. Aquéllas fundan la protección: *a)* en la prohibición de la violencia, porque la perturbación es un delito (Savigny, Rudorff, Brinz); *b)* En razones de conveniencia para conservar la paz pública (Pfersche, Meuner, Cosack); *c)* en la misma propiedad que se insinúa o comienza con la posesión (Ganz), y *d)* como complemento necesario de la protección del dominio (Ihering). Las teorías absolutas buscan la justificación: *a)* en la voluntad incorporada a la posesión (Ganz, Puchta, Bruns, Winscheid, Randa), y *b)* en el destino general del patrimonio: servir para la satisfacción de las necesidades humanas, ya atendiendo al interés económico de la posesión (Stahl, Dernburg), ya al interés jurídico que pone de relieve el célebre apotegma: *melior est conditio possidentis* (Büchel). Puede añadirse a éstas la opinión del mismo Brodmann: "En

realidad no hay en la protección posesoria más que la protección de la personalidad tras ella colocada."

Heck rechaza la teoría corriente de la paz jurídica, en cuanto se afirma sobre intereses públicos, por inadecuada e indeterminada, ya que el Derecho penal y el administrativo cubren solamente casos muy concretos, y el interés aquí predominante es el privado que tiene el poseedor en la conservación de la cosa dentro de su esfera de acción. Tampoco acepta la teoría de la personalidad, porque no es peculiar de la posesión, sino general y trascendente a todos los bienes jurídicos (propiedad, obligaciones, inventos...). Por otra parte, no transige con Sokolowski, que, en vista de la naturaleza filosófica de la discusión, propone que se abandone y se relegue a su territorio propio, y replica que precisamente son de gran valía para la jurisprudencia de intereses los antecedentes o fundamentos metajurídicos. Y, como buen alemán, adelanta una nueva teoría, que puede designarse con el nombre de *Kontinuitätstheorie*. La razón de proteger al poseedor se encuentra en la necesidad de conservar la *continuidad* en las relaciones de la vida. La continuidad, abstracción hecha de que exista el derecho a que responde, es por sí misma un bien, y en su mantenimiento hay un primordial interés que sólo cederá ante otros preponderantes. Ciento que el poseedor injusto debe finalmente ser vencido por el propietario; pero la ruptura de la continuidad es siempre un perjuicio, una pérdida de valores vitales, un ataque a un medio jurídico: la función organizadora de la posesión. Las cosas poseídas, como elementos económicos indispensables para la vida y con los cuales hemos de contar en la necesidad, no pueden serlos arrebatadas sin provocar perjuicios inmediatos, ni ser sustituidos sino a fuerza de sacrificios y tiempo. El fabricante a quien se le priva de una máquina o de un simple volante se ve obligado a cerrar sus talleres; el ciudadano abrigado por vestidos decentes a quien, aplicando el refrán, quisiera el propietario despojar *stante pede* en medio de la calle helada, se vería en peligro de ser apedreado por los chicos y de contraer una enfermedad grave. De aquí la necesidad de proteger el desenvolvimiento continuo de los intereses, de impedir la perturbación de la trayectoria descrita en la vida social por los bienes económicamente aprovechados.

Explicadas así las defensas posesorias y las ventajas del poseedor con la teoría de la continuidad que, por lo menos, coloca al profesor Heck a la altura de sus colegas, entra a discutir, no diré que con sumo

acuerdo, porque sería atribuirmé a mí mismo una notable clarividencia, el extremo relativo a la función de publicidad y legitimadora de la posesión, que he defendido hace veinte años en esta Academia y mantenido desde entonces contra vientos y mareas hipotecarios. Bajo la rúbrica *Zeichenfunktion* (función de signo) incluye tres subgrupos: *a*) la posesión de las cosas muebles engendra la presunción jurídica del derecho correspondiente (función probatoria); *b*) esta apariencia produce efectos extraordinarios a favor del contradictor de buena fe y legitima la adquisición de las cosas muebles; *c*) las modificaciones de la situación real (*jura in re*) de una cosa mueble dependen inmediatamente de los cambios posesorios. Esta función no descansa en el valor organizante de la posesión, sino en su poder exteriorizador (publicidad), porque es la apariencia normal de los derechos de utilización de la cosa, y, en sus cambios, refleja los destellos de la voluntad que crea el negocio jurídico. Pero esta función, añade Heck, sólo es reconocida en el Derecho moderno por lo que toca a los muebles. En los inmuebles ha sido totalmente sustituida por la inscripción en el Registro de la Propiedad. La teoría de Ihering que considera a la posesión como un reducto avanzado de la propiedad, se halla enfocada hacia esta función legitimadora, que se distingue de las otras dos estudiadas por los intereses y valores en cuestión, y debe ser, en su consecuencia, desechada por deficiente y unilateral. El origen de la posesión es *doble* y su función legitimadora no llega a absorber el total contenido de la institución.

Cuando hace veintisiete años, a principios del 1909, vino a decírmel el Registrador Sr. Pazos que se había aprobado el que fué más tarde artículo 41 de la ley Hipotecaria, yo le indiqué: "Van ustedes demasiado lejos; es imposible que la posesión registral (hasta años después no empleé la frase "posesión tabular") pueda gozar de la misma protección que la posesión física. ¿Es que se van a concluir los interdictos?" Y Pazos, que tenía tanto talento como mal humor, replicó: "¡Pues que se fastidien los interdictos!" Y salió de mi despacho. Desde entonces busqué en vano, bajo el Registro "posesión tabular", en los cientos de tomos del *Anuario de Ihering* y del *Archivo para la práctica civil*, y llegué a convencerme de que la denominación no se usaba en Alemania. En cambio, la obra del austriaco Randa, cuya primera edición (1864) es anterior a la citada de Ihering, dedica el párrafo quinto a la *Tabularbezits*, y las páginas 53-71 a una disertación tan erudita como desconocida en España. Estos pensamientos, que varias veces he

expresado de palabra y por escrito, en particular al discutir la reforma del aludido artículo 41 por el decreto de 13 de junio de 1927, coinciden con las siguientes afirmaciones de Heck: "La inscripción produce a favor del titular una presunción jurídica y una apariencia legitimadora. En ambas direcciones corresponden a la inscripción los efectos de publicidad (*función de signo*) que, en lo relativo a cosas muebles, son consecuencia de la posesión. Desde ahora debemos tener en cuenta este paralelismo que, en el Derecho austriaco y últimamente entre nosotros, ha llevado a designar la inscripción como *posesión tabular*. Tal denominación es adecuada y no debe rechazarse; pero no olvidemos que solamente una función de la posesión, la de publicidad, ha pasado a la inscripción; de ningún modo la derivada de la continuidad. Las ventajas de la posesión, la protección posesoria en los sentidos estricto y amplio, quedan unidos a la introducción de *hecho* en una esfera de intereses." He de confesar, sin embargo, que hay una ligera diferencia entre las opiniones de Heck y las que sobre las enseñanzas de Gierke, Hubner y Huber he publicado el año 1924 en mis *Estudios hipotecarios*. Para Heck la profunda separación abierta entre posesión e investidura (*gewere*), así como el intento de explicar las leyes germánicas con el misterioso concepto de la *gewere* como "apariencia perceptible y notoriedad del derecho real", son producto de la jurisprudencia constructiva. Pero también sirve el método teleológico para interpretar la Historia, ya que las necesidades humanas y los intereses causales coinciden a través de los tiempos. En los pasados, como en el presente, la introducción de una cosa en cierta esfera económica provoca el juego protector de la continuidad y de la publicidad. La opinión de la inmensa mayoría de los germanistas, obsesionada por la función *exteriorizante* de la *gewere*, peca desde el instante en que abandona la otra característica posesoria, y cualesquiera que sean las lagunas del Derecho romano, no se halla tan distanciado como aquéllos afirman del Derecho germánico. Por mi parte creo haber demostrado que la institución discutida, por el influjo de las Capitulares de los reyes frances, pasó a los Fueros españoles (como fácilmente se deduce del *Tratado sobre la Usucapión*, publicado en 1916 por los Sres. Alas, De Buen y Ramos), ha originado la célebre prescripción de año y día y concluyó por confundirse, en las leyes del Estilo de Toro, con la posesión romana.

Segunda. Reconoce Heck que la posibilidad de establecer derechos reales sobre cosa propia era discutidísima en el Derecho romano. El apotegma jurídico *nemini res sua servit*, que en el pasado siglo se trató de generalizar, parecía responder, de un lado, a la particularidad de que el legislador no se halla capacitado para imponer al titular una conducta frente a sí mismo (por ejemplo, como usufructuario y nudo propietario), y de otro, a la inutilidad de dictar normas en cuyo cumplimiento apenas se puede intervenir. Desde ambos puntos de vista el derecho en cosa propia es una prueba, un examen, o, mejor diríamos, una piedra de toque para poner de relieve la potestad legislativa.

Veamos los casos existentes en la técnica inmobiliaria e investiguemos los intereses en que se fundan. A tres podemos reducirlos: reunión de la propiedad y de ciertos derechos reales en una sola mano, hipoteca del propietario y obligación territorial sin deudor. Los dos primeros surgen como consecuencia de la constitución, seguida de traspaso, de un derecho real en cosa ajena, y por ello se llaman derechos *secundarios*, y el último provoca *ab initio* la situación que estudiamos, y es denominado derecho *primario*. En España los casos más notables son: los de adquisición por el dueño del derecho real que grava su propiedad en los pocos supuestos en que no hay consolidación o reunión sustantiva o formal (por ejemplo, servidumbres no canceladas en el Registro) y los de constitución inicial por parcelamiento o distribución de terrenos (por ejemplo, una Sociedad con el objeto de fundar una colonia modelo y enajenar los solares, hace un plano parcelario con servidumbres de gas, electricidad, alcantarillado, comunicaciones y hasta gravámenes de no elevar muchos pisos, no abrir cabarets o no instalar la radio). Respecto de cosas muebles, no se habla de derechos en cosa propia, sino de una ficción de subsistencia, cuando el titular del derecho tenga interés en la no-caducidad.

En todos los casos examinados queda de relieve la protección concedida al propietario para evitar las consecuencias perjudiciales que el derecho de dominio por sí solo no puede desviar. Pongamos en primer término las ventajas de que el propietario conserve el rango privilegiado de un derecho real; en segundo, las mayores facilidades para enajenar la propiedad o el derecho. El derecho, en verdad, no asume todas las características que la ley atribuye a los mismos tipos cuando se constituyen *in re aliena*; más bien se puede asegurar que está afectado de ciertas imperfecciones: si es primario, parece un *embrión*; si

secundario, algo como un torso jurídico. De todos modos, la investigación nos demuestra que la vida interior de los hombres no preocupa al legislador y que éste sólo trata de regular las relaciones del titular con otras personas, bautizando las estudiadas formas anormales con los nombres del derecho perfecto *in re aliena*, aunque las normas al mismo aplicables no pueden extenderse en su integridad a aquellos casos. El derecho real en cosa propia, no es un *monstruo*, sino una figura jurídica dirigida a la protección de intereses determinados y que, mediante la cesión a tercera persona, recobra su prístina fuerza. Intimamente relacionado con el rango hipotecario, el tema adquiere indiscutible valor en los sistemas basados en el *prior tempore potior jure* y sirve para decidir los conflictos de intereses o la concurrencia de derechos. No conviene olvidar que si en Alemania sirven de medio técnico para mantener a los demás titulares en su puesto, no son tan necesarios en Suiza, donde el mecanismo de las casillas fijas tiene función análoga, ni totalmente viables en España, que admite la corrida de puestos, pasando la hipoteca segunda a primera, cuando ésta queda cancelada; la tercera a segunda, y así sucesivamente.

Por defectuosa que sea la ley Hipotecaria en estos particulares, no dudamos, sin embargo, en aplicar la defensa del derecho en cosa propia cuando el interés y la tendencia social nos lo impongan. Supongamos que muere A, casado, sin hijos, dejando el usufructo de cierta finca a su esposa E, en primer lugar, y después a su cuñada C, y la nuda propiedad a su sobrino S. En la hipótesis de que al morir el sobrino le heredase E, ésta adquirirá la plena propiedad. ¿Surgirá entonces el usufructo de C? No; la esposa continuará como usufructuaria en cosa propia. Si en vez de la finca suponemos que se lega el usufructo de un crédito hipotecario, a largo plazo, contra H, propietario a la par que deudor del marido, y la esposa E hereda al deudor H, la nuda propiedad seguirá en S, pero los intereses del crédito no se pagarán ni a él ni a la cuñada C mientras viva E, usufructuaria de su propia deuda.

No se resuelven con igual seguridad los problemas registrales suscitados por los conflictos de intereses en la cancelación de asientos de garantía. A pesar de los múltiples argumentos empleados en Alemania y Suiza, respectivamente, para justificar la hipoteca del propietario y los puestos fijos, nuestra Comisión Jurídica Asesora no se ha decidido a abandonar el sistema de *corrida de escala*, y únicamente por excepción

ción llegaba a conceder al propietario un derecho sobre su finca (por ejemplo, cuando el titular de la hipoteca preferente adquiría en subasta el predio).

\* \* \*

Tercera. En la construcción jurídica de la hipoteca, dice Heck, podemos distinguir dos grupos: *a)* teorías que la consideran un derecho real puro, si bien admiten que la terminología se ha traído del derecho de obligaciones, y *b)* doctrinas que la incluyen entre las obligaciones, con calificativos que hace treinta años hubieran escandalizado a los especialistas españoles: deuda real (*dingliche Schuld*), obligación real (*Realobligation*). Sin embargo, estima la contradicción más aparente que real, y como admite la presentación científica *doble*, porque cabe agrupar las cosas bajo dos series diferentes, no tiene reparos en discurrir sobre los derechos reales obligatorios o sobre las obligaciones con protección real, y aun indica que en el mundo de los negocios pudiera asumir el papel más importante la garantía real, mientras en la técnica civil juegan en primer lugar las obligaciones. Con lo que no transige es con la llamada *accesoriedad de la hipoteca* (*Das Auslehnungsdogma*), por entender que esta doctrina es el resultado de un abusivo empleo del método conceptual, empeñado en elevar una estructura causal para deducir de la naturaleza jurídica obtenida nuevas normas que regulen las relaciones del crédito (parte reputada principal) con el derecho real de garantía (accesorio). En el Derecho común no había duda sobre esta característica. Dernburg declara que en el Derecho romano la hipoteca no era más que el acceso de un crédito ordinario con el que nace y muere, y Winscheid asegura que la misma, según su concepto, presupone un crédito, sin el cual no puede surgir ni perecer. Ahora bien: la observación de la vida cotidiana nos demuestra que si se emplea la fórmula "aseguramiento de una obligación" y se admite que por el pago se extingue el crédito, y tras él forzosamente la garantía, con lo cual se pone de relieve la accesoria al nacer y al morir el derecho, en realidad el acreedor impone dos medios coactivos para obtener la prestación, como en el régimen del derecho de obligaciones, por medio de la solidaridad o de la creación de un giro, trata de asegurar el resultado. Los profanos se interesan directamente por la prestación, no se dan cuenta exacta del juego técnico de los derechos subjetivos

y hacen uso de los preceptos hipotecarios para asegurar una cantidad que también está garantizada por las normas que regulan la obligación civil. No hay necesidad de una secuencia jurídica (primero, el crédito; después, la hipoteca) para desenvolver esta voluntad; basta con que se extingan al mismo tiempo las dos posibles exigencias. De aquí la intangibilidad de la hipoteca cuando el crédito personal queda paralizado o destruido, sin que la prestación se realice. Parece que, según la construcción dogmática, el destino del crédito debiera influir sobre la existencia de la garantía, y, sin embargo, los intereses protegidos actúan precisamente en ese instante para mantener vivo el derecho real y obtener con su liquidación el pago. Cuatro ejemplos encontramos en la ley alemana que lo evidencian: la prescripción, el concurso de acreedores, la transacción forzosa y la insolvencia hereditaria. En todos ellos, a pesar de la debilidad o inefectividad del crédito, subsiste en toda su energía la hipoteca hasta llenar la finalidad común a los dos elementos, personal y real, o sea hasta que se realice la prestación. También en nuestro ordenamiento jurídico, la suspensión de pagos, el concurso, la quiebra y la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrán paralizar, rebajar o anular la obligación, mientras la hipoteca se coloca en primera línea y soporta con todas sus fuerzas la responsabilidad. Todo ello nos demuestra que los razonamientos técnicos sobre los que descansa la accesoria de la hipoteca ni responden a los intereses puestos en juego, ni encierran los gérmenes de una causalidad fecunda en corolarios, ni son otra cosa que resultados teóricos de un método alejado de la vida. Aquí aplica Heck el texto evangélico: "En sus frutos los conoceréis", y pasa revista a las conclusiones obtenidas por la jurisprudencia constructiva. En primer lugar, los problemas suscitados por la particularidad de ser el hipotecante persona distinta del deudor, se resuelven, por lo que toca a sus relaciones internas, concediendo al primero la posición subordinada de fiador, mientras en la vida práctica se dan muchísimos casos en que la importancia del derecho real y la consideración de que la finca debe aguantar la carga confieren al propietario el papel de principal pagador y al deudor el de fiador. Respecto a los problemas de cesión, compensación, novación, etc...., nos basta recordar que en la ley Hipotecaria española se hallan centrados sobre normas excepcionales de naturaleza inmobiliaria. También los conflictos entre los sucesivos titulares que, como hemos visto, han originado el derecho sobre cosa propia, se solucionan en forma contradictoria de

la deducida del principio de accesoriedad. Plenamente convencido de la equivalente jurídica de los elementos real y personal, Heck, con frase bien española, dice que esta discusión es una batalla contra molinos de viento. No hay, por lo tanto, que llamar accesorio al derecho real ni al crédito personal; dependen el uno del otro, se hallan en el mismo plano y han de recibir un trato parejo (*paritätische*). De seguir esta doctrina, nuestros artículos 104 de la ley Hipotecaria y 1.876 del Código Civil debieran ser retocados como sigue: "Las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, cualquiera que sea su poseedor, a la realización de prestaciones que también pueden ser objeto de una obligación."

Todavía dedica la obra en examen un apéndice (*Excurs-6*) a la naturaleza accesoria de la hipoteca romana y pone de relieve que la cesión de propiedad en garantía (*fiducia*) facilitaba la creación de créditos reales y que la reconstrucción de la *fórmula hypothecaria*, la autorización que Marciano concedía para asegurar una obligación natural y la ficción procesal de una obligación para salvaguardar los efectos de la prenda aislada (*propter pignus*), justifican la afirmación de que el dogma no es de origen romano, sino forjado por la jurisprudencia de conceptos.

\* \* \*

Para terminar esta exposición, o, mejor, presentación del *Tratado* de Heck, voy a permitirme hacer algunas observaciones al método empleado. Ha tenido una fortuna envidiable la frase de Ihering: "El derecho subjetivo no es más que el *interés jurídicamente protegido*": pero ni el estado psíquico a que se refiere (deseo, aspiración, anhelo) es necesario para tener derecho a algo, como advierte Kelsen, ni la armadura o defensa de un cuerpo, de una nave o de una ciudad pueden confundirse con el organismo o la entidad defendida.

En segundo término, faltan las catalogaciones de intereses, la manera de calcular sus dimensiones e importancia, los módulos de reducción de unos a otros, las bases para apreciar sus combinaciones y las normas para regular sus conflictos. Además, el concepto de interés se generaliza en tal forma que comprende no sólo los económicos, científicos, artísticos y políticos, sino los religiosos, morales y... *los de la justicia*. Y desde el momento en que para resolver una cuestión litigiosa invoco el interés de la justicia, me sitúo en el plano de los pro-

blemas jurídicos y, en cierto modo, vengo obligado a discutir el tema con los argumentos clásicos o a buscar los fundamentos racionales y éticos como cualquier otro jurista.

Por otra parte, todo el mundo sabe que la ley, juicio hipotético o imperativo dirigido a un destinatario, no expresa los fines que persigue, y la antigua jurisprudencia reconocía que no de todo precepto se podía dar la razón. ¿Deberemos emprender una cruzada a favor de los Códigos de fines y reproducir en algunos puntos la estructura de las Siete Partidas?

Tampoco resulta muy precisa la expresión "interés legal o *ratio legis*", si se prefiere, porque las leyes nacen ahora en Parlamentos caldeados por las pasiones más ciegas, con la cooperación de los más complejos e inconfesables intereses y como resultado de compensaciones, promesas y anticipos. Si como actos de voluntad, que atribuimos al legislador personificado, queremos aproximarnos a la técnica psicológica del humano albedrío y sacar a la luz el *motivo determinante*, acumulamos las hipótesis en un ambiente metafísico tan irrespirable como alejado de la vida real.

Las ilusiones que la jurisprudencia de intereses se forja en lo relativo a la uniformidad de las decisiones judiciales, correrán la misma suerte que las esperanzas puestas en la hermenéutica clásica, mucho más respetuosa del texto legal. Si se presta oído a los políticos, los intereses danzan en la actualidad una infernal zarabanda.

Frente a la obra de Heck, publicada en 1930, coloquemos *El desenvolvimiento del Derecho hipotecario formal desde la Revolución francesa hasta el presente*, que dió a luz Hedemann, como continuación de una obra general, cinco años más tarde, y en particular las 80 páginas que dedica al apéndice "Derecho del suelo y tiempos nuevos". Parece imposible que entre los fines hipotecarios del siglo XIX y los enfocados en lo que va del XX haya una diferencia tan profunda como la acreditada por el autor alemán. ¡No voy a hacer política! Para mí las legislaciones de los pueblos son organismos que se ponen encima de la mesa de operaciones... Pero me quedo absorto al tomar nota de las diferencias entre los intereses que se trata de proteger.

Las orientaciones sociales han sufrido un trastorno evidente para Hedemann. Podrá discutirse si estamos en presencia de orientaciones que se enlazan con el pensamiento del 1500 ó si se ha pegado un salto atrás para continuar el siglo XVIII, o si tan sólo el *tiempo nuevo*

(*Neuzeit*) es un resultado de la Gran Guerra. Lo cierto es que se rechaza con decisión, y casi con horror, el intelectualismo frío, los poderes disolventes, el nihilismo democrático, frutos del individualismo y liberalismo del siglo de las luces, de igual modo que la teoría de la lucha de clases y demás postulados del marxismo materialista, para colocar en primera línea los sentimientos de honor, lealtad, patriotismo y sacrificio, el valor de la raza pura, del alma nacional y de la sangre no contaminada, el deber primordial de emplear la vida al servicio de la comunidad a que se pertenece. La raza y el suelo, la tierra y el labrador son los fundamentos eternos e incombustibles del pueblo, hasta ahora ocultos por el Estado y sus funcionarios. La agricultura es sagrada, el suelo santo, y hay que liberarlos totalmente de las tres plagas: la pulverización territorial (*Bodenzersplitterung*), el endeudamiento (*Bodenverchuldung*) y el egoísmo (*Bodenegoismus*). Con Damaschke y Wagemann se llega a la afirmación que en mis *Estudios hipotecarios* apuntaba yo como conclusión radical de las escuelas georgistas: la tierra es *res extracommercium*. ¡Compárense estas aspiraciones con la finalidad del *Acta Tórtens*, que pretendía convertir el suelo en metal amonedado de vertiginosa circulación!

Para fecundizar el suelo nacional así santificado no puede recurrirse a la socialización en manos de un Estado frío, basado en la lucha de clases, burocrático e incapaz de sentimientos afectivos; hay que robustecer la familia fecunda, perpetua, alejada de la ciudad y enamorada del campo; volver al heredero único, al varón virtuoso y apto, a las vinculaciones consagradas al bien común. De aquí el patrimonio familiar, el dominio eminentemente amplio contenido, la necesidad de sustituir el crédito inmobiliario por la garantía de organizaciones campesinas o profesionales, la reducción forzosa de los gravámenes, la transformación de las acciones y procedimientos ejecutivos, la protección de los embargados, la nueva orientación del Registro de la Propiedad...

¿Qué valor tienen, frente a estos intereses de una raza enérgicamente apoyada en el suelo patrio y desprendida del materialismo económico, los fines característicos de las leyes hipotecarias del siglo XIX? Para asegurar la propiedad no se necesitarán libros especiales, porque la posesión constante será la garantía suprema del derecho; el favorecer las transferencias carecerá de sentido en una distribución territorial congelada, o, mejor dicho, circunscrita a la familia eterna, y desenvolver el crédito territorial será para los entusiastas casi un delito, un retorno a

la profanación de la tierra por el maldito dinero... Ya comprenderéis que algunos de estos valores apenas si tienen importancia para los españoles, mientras otros no pueden ser despachados en dos líneas de una nota. Por tal motivo, y sin hacer política, me aventuro a decir que el fundar el derecho pura y exclusivamente sobre el interés, acaso tenga el peligro de desconocer el interés supremo, que es el de la justicia. La justicia es un valor que no se puede medir con el metro del interés, un criterio de ponderación que no se puede asimilar a una simple balanza de conveniencias, un ideal que no se alcanza tan sólo con reflexiones de orden práctico.

#### ADDENDA

*El Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Felipe Clemente de Diego. Presidente del Tribunal Supremo, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1939, vuelve sobre las direcciones metódicas generales que han dominado y aún dominan en la Ciencia y Práctica del Derecho, y, confiando en la próxima publicación de notas, opiniones y orientaciones de nuestros teólogos, canonistas, filósofos y juristas que el docto catedrático nos promete, vamos a recoger algunas de sus afirmaciones sobre las ideas vertidas por Heck en su tesis *Rechtserneurung und juristische Methodenlehre*, publicada en 1936.*

La nueva dirección de la jurisprudencia de fines, teleológica, especialmente la de intereses, ha establecido o cumplido la exigencia de la proximidad del derecho a la vida que pertenece al programa del nacionalsocialismo, y ha intentado alcanzarla por una más libre posición del Juez y una impugnación del mal uso de los conceptos.

Los puntos básicos de partida del método de la jurisprudencia de intereses son tres: *a*), el servicio a la Comunidad prestado por el Juez o guardador del Derecho; *b*), la insuficiencia de la Ordenación de Derecho creado por la Comunidad (ningún legislador puede preverlo todo), y *c*), la experiencia diaria sobre la conducta justa en las posiciones de vida correspondientes (el Juez ha de completar los mandatos de la Comunidad sobre la base de su propio conocimiento y valoración de la vida). El Estado nuevo impone un conocimiento más exacto de la convivencia social y de los fines de la Comunidad y es impulsado por una

tensa voluntad del Pueblo, que provoca las resonancias armónicas del Partido y las decisiones del Führer.

No aspira el nacionalsocialismo a promulgar leyes sin lagunas; antes al contrario, ataca los problemas aisladamente, divulga sus pensamientos y exige al Juez: *a*), la obediencia a las nuevas leyes y la atención a las antiguas no contradictorias del régimen; *b*), la interpretación según los fines de la ley (art. 56 de la ley de 29 de septiembre de 1933); *c*), la fijación del contenido de la ley por la investigación histórica de intereses y acomodamiento de su contenido a las corrientes emocionales existentes en el período de aplicación; *d*), llenar las lagunas legales con juicios de valor orientados hacia el bien de la Comunidad, y *e*), la "visión" de los conflictos suscitados por la variedad de intereses en juego y la valoración adecuada de los concurrentes en el caso discutido.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.