

Por folletos y revistas

«El cauce abandonado y el antiguo propietario del terreno», por ANDREA GUARNERI CITATI, Profesor de la Universidad de Messina. *Rivista di Diritto Civile*, Milán. Páginas 209 a la 224. Año 1931.

La crítica moderna ha consolidado definitivamente que, como sucedía en el Derecho romano, cuando un río hubiese transformado en propio lecho un fundo entero, y después, cambiando nuevamente su curso, lo abandonase, el cauce abandonado volvía, en todo caso, al antiguo propietario del terreno.

Fué Riccobono quien puso fin a la controversia sobre la famosa frase *sed vix est ut id obtineat* del frag. 7, dist. 41-1, quien demostró que estábamos en presencia de un principio que se hubiese interpolado por los compiladores del Digesto.

Esta interpretación, en el Derecho intermedio, ha influido notablemente sobre la cuestión planteada.

La opinión dominante llegó a constituir una doctrina, la cual requería que hubiese pasado un pequeño período de tiempo, por ejemplo, diez años, para volver el lecho al antiguo propietario, limitación extraña a las fuentes romanas, pues el derecho de propiedad no se extinguía con el simple no uso.

En el Derecho moderno se ha suscitado también la misma duda, dado el silencio que las legislaciones, entre otras la francesa y la italiana, han guardado, limitándose a dar una regla general para la atribución del lecho abandonado por el río.

Lo mismo que en el Derecho intermedio, se han dividido las opiniones, habiendo triunfado la que impone como solución el artículo 461 del Código civil italiano, artículo 370 del nuestro, la cual vamos a defender brevemente.

En efecto, el artículo 461, que afirma que si un río o torrente se forma un nuevo lecho abandonando el antiguo, éste pertenece a los propietarios ribereños, no da pretexto para dar lugar a la excepción acogida en el Derecho romano, y en el Derecho intermedio, en cuanto que la palabra antiguo, única que puede ofrecer discusión, no puede interpretarse en el sentido de que sea el

formado *ab origine*, o al menos en tiempos remotos, sino como contrapuesto al nuevo, en sentido de precedente respecto al actual.

Que no se pueden invocar las fuentes romanas ni las intermedias, y que el invocarlas es contraproducente, lo patentiza el hecho de que, si el legislador no desconocía la excepción existente en el Derecho romano, las controversias agitadas sobre la materia en el intermedio, la débil reglamentación resultante de seguir una u otra opinión, se acogió a la regla general sin mencionar la excepción, y no dió apoyo el intérprete para adoptarla, es evidente el deseo de que el artículo 461 se aplique a todos los casos en que el río o torrente abandone el propio cauce por otro.

La misma conclusión se deduce de la historia del artículo: el primer proyecto Cassini, revisión del Código Albertino, afirma que los cauces de ríos y torrentes son de uso público y atribuye la propiedad del terreno abandonado al propietario del suelo ya ocupado por las aguas; el segundo proyecto Cassini acogía la norma codificada por el legislador francés en el artículo 563: el tercero de Miglietti contenía el artículo 478, casi idéntico al de hoy; el cuarto de Pisanelli volvía sobre el primero, y atribuía al propietario la libre disposición del terreno abandonado; pero la Comisión senatorial vuelve al Derecho romano clásico, eliminando la distinción entre aguas y cauces, y acogiendo, en el artículo 474, el derecho de los propietarios ribereños al repartimiento del cauce abandonado. Después de grandes críticas y nuevo estudio, la Comisión acogió la propuesta de Pisanelli de adoptar el principio de que el cauce perteneciese a los mencionados propietarios, pero sólo desde el día en que se estableciese la línea media, habiéndose observado, entre tanto, el derecho actual de aluvión.

Resulta, por lo tanto, que fué siempre considerada incompatible la disposición del artículo 461 con la atribución del cauce a los propietarios precedentes, y que la historia anterior es un argumento formidable en favor de la tesis de que el legislador codificó sólo el principio clásico romano de adquisición por accesión sin acoger la excepción justiniana de readquisición de la propiedad, que, para mayor abundamiento, se demostró posteriormente que habían sido interpoladas.

Conduce también al mismo resultado la consideración de que,

para atribuir el derecho a personas distintas de las señaladas en el artículo 461, dado el sistema de la legislación italiana, sería necesar a una norma taxativa. Efectivamente concuerda la doctrina y la jurisprudencia en que los cauces, como las aguas, son del dominio nacional; luego, cuando un río forma su lecho en un fundo privado, el terreno ocupado deja de ser privado y se nacionaliza; se ha extinguido el antiguo dominio y surge el del Estado; al mudarse nuevamente el cauce, éste es del Estado y no vuelve *ipso jure* a sus antiguos propietarios. No puede hablarse de una resurrección de la antigua propiedad, sino de una adquisición *ex novo* concedida por el legislador, bajo la condición que se trate de un suceso material y a favor de ciertos propietarios, los ribereños.

Dado este supuesto, es evidente: 1.º, que el intérprete no puede extender la renuncia del Estado a personas distintas de las señaladas en el artículo 461; 2.º, que para adquirir un cauce por título distinto al del mentado artículo, sería preciso una disposición legal en que se reconociese que no habían perdido la propiedad de aquellos terrenos, disposición que no existe.

Y no se objete que también en Derecho romano el cauce era público *quoad usum et proprietatem*, y, sin embargo, una vez abandonado, volvía al propietario antiguo, pues atribuía el cauce abandonado sólo a los propietarios de los fundos ribereños *jure accesionis*, y retenía, con el cambio ocurrido, definitivamente extinto el derecho del propietario, como una consecuencia indeclinable de la transformación súbita del fundo y de haberse consentido en *alia res*, y además pública.

Verdad es que Justiniano quiso que el lecho abandonado volviese a su antiguo propietario, aunque no existiese la *ratio vicinitatis*; mas este principio no es una derivación lógica del hecho de que el terreno se convierte en privado, sino de una disposición legislativa que pugna contra las consecuencias lógicas y jurídicas que debieran derivarse de aquel abandono. En efecto, como en virtud de la transformación, el campo ha perdido su forma propia y de privado se ha convertido en público, cuando vuelva a ser susceptible de entrar en el comercio, o deba pertenecer *jure accesionis* a los propietarios ribereños, o considerarse como *res nullius*, que cede *primo capienti*, pero nunca retrotraerse al antiguo

dueño por haberse extinguido la antigua propiedad ; por el contrario, la atribución al antiguo propietario deriva de una disposición que ha sido interpolada, violando la estricta *ratio*, como explícitamente reconoce el mismo Justiniano.

Pero hay más. En el Derecho romano la readquisición de esta propiedad supone que el derecho queda quiescente, que el cauce abandonado no entre en el patrimonio del Estado, sino que pase al dominio privado por accesión, como ocupante *rex nullius*, o volviendo al antiguo propietario ; estas suposiciones no son aplicables a nuestro Derecho, porque la propiedad privada se extingue con la ocupación del río, y porque el río abandonado entra en el patrimonio del Estado ; luego si el legislador adoptó el principio general sin acoger la excepción, ésta no puede entrar en nuestro ordenamiento jurídico.

«Sobre la técnica jurídica», por JOAQUÍN SCADUTO, Profesor de la Universidad de Palermo. Idem íd. págs. 224 a la 251. Año 1931.

Si se admite la técnica en cualquier disciplina científica, no hay razón para que no se aplique al Derecho. Algunos quisieran que el Derecho fuese asequible a los profanos, y ya es antigua la discrepancia entre la práctica que se gloria de no servirse de medios técnicos, y la ciencia que los utiliza.

Efectivamente, ya Savigni habló de la poca consideración que los prácticos tenían por la ciencia, y Bülow de la conducta de los teóricos, que hacían inaplicable el Derecho a la práctica, y más recientemente Polacco, de que no puede servir una técnica que rehuye a los profanos, aunque en otra parte afirma que sólo es verdadero jurista, para el cual lo no esencial se convierte en esencial y lo esencial en no esencial.

Nosotros demostraremos : primero, que no se puede menospreciar la técnica jurídica, porque sin ella no se interpretará rectamente la ley ; segundo, que son injustificados los ataques contra ella, y tercero, que representa el único medio de progreso y desarrollo del Derecho constituido.

Donde hay un método y un procedimiento, existe una técnica ; pero ésta se coloca, según su objeto, medios y resultados a

que aspira; por eso la técnica jurídica puede distinguirse en legislativa e interpretativa.

Considerando por ahora la técnica interpretativa, puede afirmarse que, con sus procesos, es elemento constitutivo de la elaboración científica del Derecho. El más reciente tratadista de la técnica jurídica, Geny, distingue una elaboración científica de una elaboración técnica del Derecho. Según él, la actividad del jurisconsulto oscilará entre el dato y lo construido. El primero estaría constituido por la formulación de la norma tal como es en estado bruto, y el segundo convertiría la regla bruta en un precepto susceptible de insertarse en la vida: la elaboración científica comprobaría los datos, y la técnica designaría un esfuerzo especial y de algún modo artificial. Esta doctrina es muy peligrosa, por distinguir injustamente la elaboración científica de la técnica, pues si podemos distinguir la ciencia de la técnica, entendiendo por aquélla el conjunto de resultados obtenidos mediante la técnica, no es posible distinguir el procedimiento científico del técnico al referirnos al conjunto de actividades necesarias para obtener resultados científicos. Si la ciencia jurídica está constituida por el conocimiento del Derecho, y es un sistema armónico de relaciones, no se consiguen esos resultados sino interpretando las normas jurídicas con los medios técnicos disponibles.

Y no se diga que la ciencia se distingue de la práctica, y, por lo tanto, de la técnica, frecuentemente identificada con la práctica; la investigación científica estudia la regla abstracta, y la práctica la aplica al caso concreto, pero los métodos que utilizan deben ser los mismos; la técnica debe acoplar al hecho la regla que la investigación científica pone en hipótesis; pero este campo, más extenso que el de la práctica, nada dice en relación con los medios de originarse el derecho. La práctica también conduce a revelar las aplicaciones de las normas jurídicas, sin que ello constituya más que la ocasión de la revelación de la norma, la cual, una vez descubierta, tiene una extensión más general y abstracta, como debe haberlo sido el método seguido para obtenerla.

Geny ha distinguido una elaboración de otra por haber dado a la conciencia jurídica un contenido arbitrario, pues la percepción inmediata y directa de la naturaleza de las cosas para la formulación de la norma jurídica es, para el ordenamiento jurídico,

la actividad legislativa, no la interpretativa, como si ésta pudiese quedar fuera de aquélla. Con estos límites tendríamos una ciencia de la legislación, no de la interpretación, y se condenaría a la ciencia a una *minutio capitis* máxima, porque estaría constituida por supersticiones de la naturaleza. Pensaría científicamente el profano y artificialmente el técnico, o viceversa, que la ciencia no es una suma de conocimientos puestos unos a continuación de otros, sino la unión armónica de ellos, la cual se realiza mediante la técnica.

Queda por considerar la calificación de artificial que da Geny a la técnica jurídica y a los conceptos y construcciones, que son los medios técnicos indispensables a cualquier conocimiento científico. Si así fuese, deberíamos negar la realidad de cualquier concepto o construcción. Es cierto que nuevos conceptos y construcciones jurídicas pueden demostrar la falta de fundamento de otros anteriores, y que al admitirse una nueva hipótesis pueden originarse cambios en los conceptos y construcciones; viejas figuras desaparecen; nuevas surgen o se desenvuelven, mas no puede inducirse de aquí que los medios de conocimiento sean por sí mismos artificiales, a no ser que admitamos que la realidad existe sólo en el mundo físico, y eso con limitaciones, porque también con él se dan cambios importantes.

Geny pone en guardia contra los procedimientos intelectuales, los cuales deben ser severamente controlados para mantener su contacto con la realidad y con los intereses morales, económicos y sociales que los refinamientos del intelectualismo tienden a deformar fácilmente. Es cierto que no se puede justificar una idolatría por el concepto mismo y que nada hay más peligroso que una generalización artificial, a la que nada responde en concreto; pero también hay que temer las exageraciones contrarias y recordar que el intérprete tiene límites en la consideración de la realidad, aunque no la perciba directamente, sino mediante el ordenamiento jurídico, el cual constituye una ciencia normativa, no derivativa. El intérprete, o sea el técnico, se refiere a lo que debe ser según el derecho constituido, no a lo que es según el mundo físico, y debe procurar que la Ley responda a la realidad social; pero si los medios técnicos de que se vale no consienten tal resultado, no puede traicionar su misión, que es la de indicar el de-

recho como es, no como debe ser. La norma jurídica, pues, siempre incompleta por ser abstracta, será completada en todo caso por la interpretación, y creadora en la aplicación de la norma abstracta al caso concreto. El intérprete no puede ser un autómatas al aplicar la fórmula, porque interpretar es explicar, adaptar, completar, pero ha de tener siempre límites al aplicar analógicamente la norma, por valerse de una voluntad legislativa no expresa. Lo que importa, pues, es que toda interpretación, aun la analógica, esté articulada con el sistema legislativo y lo declare efectivamente, cuyo valor declarativo se justifica si se tiene en cuenta que el derecho se manifiesta como un organismo viviente, y que las leyes han de referirse a una personalidad, que piensa y obra, y que, al manifestarse en las leyes, sin daño de su individualidad, cuando ofrece lagunas, espera el complemento del futuro pensar objetivo.

Esta manifestación del ordenamiento jurídico como un organismo viviente explica cómo nada hay en la interpretación, aunque sea analógica, y que la ficción de la actividad declarativa del intérprete comienza cuando la interpretación de la norma no se puede reconducir al ordenamiento jurídico, pero entonces, si existe deformación de la técnica, desaparece también la ciencia jurídica.

Agreguemos ahora a lo dicho que la única técnica conciliable con la necesidad del ordenamiento jurídico positivo es la constructiva. Ella es la única que, por un lado, mantiene el enlace con las normas constituidas, respetando, en lo posible, el dogma de la seguridad del derecho, y, por otro, atribuye al técnico los poderes necesarios para coordinar el derecho a la vida social, beneficiando la representación del ordenamiento jurídico como organismo viviente.

Los medios de que se vale la técnica han sido enumerados por Geny en la siguiente forma: conceptos formados por palabras y por fórmulas, definiciones, divisiones, clasificaciones, categorías, construcciones y ficciones. Se tratará sólo de los dos últimos por ser los más fructuosos y poderseles considerar como constitutivos de la técnica jurídica *stricto sensu*.

En efecto, el precepto jurídico debe ser abstracto por el contenido, y, por tanto, elástico e independiente: pero para que sea práctico debe concretarse y hacerse particular. Tal transforma-

ción no puede verificarse sin la construcción jurídica que del análisis y síntesis de cada uno de los elementos contenidos en la norma, hace apto al organismo para ser aplicado a la infinita variedad de casos ofrecidos por la vida.

Manifiestan algunos que la construcción es una mera formulación o exposición de conceptos ; mas hay que tener en cuenta que aquí se trata del procedimiento llamado de transposición, que se funda en el origen y transformación del conocimiento humano, que, arrancando de la percepción material, termina en la abstracta, o sea en las representaciones, a las que no escapa la estructura fundamental del orden jurídico, siendo tan espontáneas, según afirma Baumgarten, que nadie piensa en que esta transposición del poder jurídico encuentre obstáculos en el mundo material.

Pongamos algunos ejemplos : Lo inmediato del poder sobre la cosa que existe en los derechos reales, es una imagen práctica para designar la obligación negativa que incumbe a todos de no turbar el ejercicio del derecho ; natural es el concepto de la novación como una *transfusio atque traslatio* de una obligación a otra. En caso de confusión de varias obligaciones en el mismo sujeto, el jurisperito técnico obra con la representación de las obligaciones como fuerzas, y con el concepto material de la absorción de las más débiles por las más fuertes.

El ensayo hecho responde de lo fructuoso del método, sobre todo si se tiene en cuenta que representación natural es la misma concepción fundamental del derecho como organismo viviente.

La técnica constructiva se vale también de ficciones, contra las cuales se ha levantado una verdadera cruzada por el artificio del procedimiento que sugieren al intérprete : estas críticas son justificadas ; pero convendría distinguir entre la técnica constructiva conforme al ordenamiento positivo de otras formas a que se recurre en la práctica y que no están legitimadas y que se utilizan, o para huir la aplicación de la norma fundándose en situaciones particulares, o para reglamentar figuras no reguladas particularmente por el legislador : si lo primero, hay que repudiarlas, porque sus resultados son arbitrarios con relación al ordenamiento jurídico ; si lo segundo, no merecen frecuentemente el nombre de ficciones y son justificadas por el ordenamiento positivo.

Para esclarecer, respecto a las ficciones interpretativas, la distinción anterior, observemos que el legislador recurre a ellas en el campo de las figuras no regladas particularmente; así ocurre con las ficciones legislativas a propósito de la pérdida de la persona jurídica al lado de la física, de la filiación adoptiva al lado de la natural; pero examinada la cuestión algo a fondo, se ve que hay un diverso fundamento para la denominación única de ficciones, esto es, que el legislador ha sido inducido a regular igualmente dos figuras jurídicas por una semejanza intrínseca.

La diferencia marcada se hace esencial cuando de la actividad del legislador se pasa a la del intérprete. Efectivamente, según el artículo tercero de las disposiciones preliminares al Código civil italiano, el intérprete, ni aun en la esfera de los hechos nuevos, puede salirse del procedimiento analógico; pero si da a las figuras un mismo reglamento por razón de las semejanzas encontradas, está dentro del procedimiento analógico, y, en realidad, no existe la ficción. Cuando, en presencia de un hecho no regulado particularmente por el derecho positivo, investiga si se le puede adaptar algún reglamento positivo, cuando examina cuál sea la figura antigua, regulada positivamente o no, que menos se aleja de la nueva para tratar la segunda a la par de la primera, nada hay de artificial; nada que contraste con el ordenamiento positivo. Al contrario, se ejerce un procedimiento que tiene la doble ventaja de ser autorizado por el ordenamiento positivo, y se sigue, en los límites de lo posible, la evolución de las necesidades de la vida práctica. En efecto, en los límites señalados, las pretendidas ficciones tienen estructura declarativa, y se reducen al ordenamiento positivo, como cualquier forma más simple del procedimiento analógico. Y, por otra parte, representan un medio muy interesante de construcción y desarrollo del derecho positivo. Se oye decir con frecuencia que el positivismo no está en las condiciones de seguir la vida, y de este modo presta con el procedimiento analógico medios legítimos para dominarla, sin renunciar a esquemas y figuras ya constituidas, que forman su esencia y coartan la libertad irreflexiva del intérprete.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

De la Dirección general de los Registros.