

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVI

Marzo de 1940

Núm. 142

La identificación de fincas y la reconstrucción

Si pudiéramos decir de la inmatriculación española, como de la francesa: "L'enregistrement d'un acte, c'est l'analyse de cet acte sur un registre publico" (1). "Pour ce qui est des actes sous seings privés, l'enregistrement présente une réelle utilité, en ce sens qu'il confère à l'acte une date certaine vis-à-vis des tiers." Si pudiéramos decir eso, repetimos, el problema no existiría.

Mas no es nuestro sistema hipotecario una mera yuxtaposición de asientos, sin más consecuencias. Pese a sus errores y a sus inconvenientes, el sistema inmobiliario de nuestra Patria tiene por norma una garantía jurídica a ultranza, que no hemos de examinar aquí, pero que conviene hacer constar. Un punto vulnerable hay, y a fuer de justos, no atribuible ni a los que lo implantaron, ni a los que lo aplican, sino a un imperativo de la realidad: la identificación del objeto sobre que recae el sistema, esto es, la unidad FINCA.

El problema tiene en sí la innegable importancia de ser precisamente el *objeto* de las relaciones jurídicas registradas el que corre un riesgo: el de poder ser confundidas dos fincas, o bien considerando como dos distintas la que en realidad es una y la misma, o bien considerando como una sola las que son dos diferentes.

(1) *Droits de timbre et d'Enregistrement*, par Albert Lanoe Bibliothèque Larousse. París.

El problema no es nuevo; existía y existirá mientras nuestro sistema no tome por base física un catastro rústico y urbano perfecto; pero un sedimento de más de sesenta años de funcionamiento de la institución había, en la mayoría de los casos, dado tal estabilidad a las descripciones de los predios inscritos, que, rara vez, se producían conflictos por dicho motivo.

Mas la destrucción de los Registros en forma de magnitud insospechada resucita el problema en proporciones de innegable gravedad y responsabilidad para el funcionario encargado de reconstruir; y a paliar esta gravedad, en lo posible, van encaminadas estas observaciones, que no pueden tener, ni tienen, carácter de una monografía, aunque el problema tiene contenido para ella.

En efecto: figurémonos que en un momento determinado todos los bienes de un sector de territorio fueran mezclados, barajados, desfigurados unos, alterados otros. ¡Qué serie de problemas no plantearía, para los antiguos dueños, su identificación! Con la propiedad inmueble, ello no es posible con las mismas fincas, que permanecen quietas, ajenas al trastorno producido; pero su retrato, su descripción, su título o forma externa de expresarse para tercero, se ha cambiado, se ha mezclado, y toca ahora a los Registradores encargados de la reconstrucción, inquirir, averiguar, comparar, para poner cada cosa en su sitio, cada finca en el lugar que tenía, en lo posible, antes de la destrucción, y ello plantea un sinfín de problemas, y cuyo contenido podemos sintetizar en este esquema:

- I) *Identificación de fincas en los sistemas inmobiliarios extranjeros.*—II) *Identificación de fincas según la legislación española.*—III) *Identificación de fincas en la vida normal del Registro.*—IV) *Regra general para la identificación de fincas al practicar la busca para inscribir otras diferentes.*—V) *Aplicación de la regla propuesta a los excesos de cabida.*—VI) *Identificación de fincas en período de reconstrucción.*—VII) *Medios ordinarios de identificación.*—VIII) *Medios supletorios de identificación.*—IX) *Casos de identificación dudosa.*—X) *Efectos de la doble inscripción de una misma finca a nombre de distintas personas,*

I).—*Identificación de fincas en los sistemas inmobiliarios extranjeros.*

Como antecedente preciso y no por prurito de alarde de antecedentes, puesto que somos de los que no ignoran el descubrimiento de la imprenta, y al solo fin de hacer resaltar la imposibilidad material de todo sistema inmobiliario jurídico, de construirse de un modo matemáticamente exacto sobre una base física indubitable, se hace necesario indicar el sistema que para la identificación de fincas siguen las principales legislaciones extranjeras:

Y la labor nos la da hecha, con su proverbial maestría, en sus *Estudios de Derecho inmobiliario*, el profesor Jerónimo González:

“La identidad física de los predios, base de un buen sistema inmobiliario, se obtiene en Francia mediante la documentación catastral: el plano que lo fija topográficamente; el estado de secciones, simple relación de las parcelas por el orden numérico del plano, y la matriz, registro llevado por los nombres de los propietarios, con descripción de las parcelas que les pertenecen y las fechas de las mutaciones. Desgraciadamente el catastro francés, fundado en el estado posesorio de principios del siglo XIX, llevado a cabo sin procedimiento contradictorio para fijar las características de la parcela y petrificado por los defectos del servicio de conservación, no corresponde a la realidad.”

En el sistema australiano, “recibida y encarpetada la documentación completa, se pasa a informe del topógrafo jefe, que examina la descripción de la finca, se asegura de que los linderos están clara y precisamente determinados, compara el plano con los que puedan obrar en el Registro, y en algunas colonias remite copias a los colindantes o al Consejo del Distrito para que llegue a conocimiento de los interesados”.

“La formación de un archivo de fincas con los planos presentados, sin relación entre sí, no puede llevar a un paralelismo perfecto de registro, ni a la identificación indudable de los inmuebles cuando éstos son de pequeña extensión o límites tortuosos e imprecisos, y los gastos necesarios para fijar topográficamente un predio y determinar sus características, absorbería su valor en venta.”

En el sistema alemán “la determinación primaria de las fincas se basa en los datos topográficos y descriptivos que se traen de otras oficinas y libros (*Flur-buch*, libro catastral; *Lagerbuch*, cuaderno descriptivo de fincas; *Steuerbuch*, relaciones fiscales; *Kataster*, Catastro), y

aunque tales datos son técnicos, minuciosos y precisos, no adquieren por su traslado al registro inmobiliario *fe pública*. Una relación constante entre las oficinas catastrales e hipotecarias y la obligación de hacer las modificaciones de oficio, si no hay perjuicio de tercero, sirven para conservar el paralelismo que tan de menos se echa en otras naciones".

Baste con lo expuesto para que se aprecie que, excepción hecha del sistema alemán (cuyos conflictos en el orden físico indicaremos más adelante), por regla general, una base inmóvil *física* es muy difícil de conseguir en todo sistema inmobiliario.

II).—*Identificación de fincas según la legislación española.*

El artículo 21 de nuestra Ley Hipotecaria exige que los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse, expresen por lo menos todas las circunstancias relativas a las fincas, a saber: la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción o a los que afecte el derecho inscribible y su medida superficial, nombre y número, si constare, del título. El artículo 61 del Reglamento desenvuelve el sistema, y creemos innecesaria, por conocida, su inserción.

Pese a los esfuerzos de la legislación catastral, cuyo contenido no vamos ahora ni a examinar ni a analizar; y teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha establecido como datos descriptivos inexcusables: la naturaleza de la finca (res. 15 diciembre 1915); el nombre del pueblo en que radica (res. 19 junio 1901); los linderos por los cuatro puntos cardinales (res. 7 mayo 1907); la medida superficial con arreglo al sistema métrico (res. 8 julio 1892, 31 mayo 1901, 22 septiembre 1904 y 28 enero 1909), pueden sentarse como líneas generales a seguir en la identificación de fincas:

- 1.º Que no se basa la descripción de las fincas en el catastro.
- 2.º Que basta se consignen los datos dichos para considerar suficientemente identificada una finca.
- 3.º Que, en cambio, hay datos que no se consideran inexcusables: el nombre del pago o partido o, en su caso, el nombre que tiene la finca (res. 13 marzo 1928); la naturaleza de los inmuebles colindantes (res. 7 enero 1893, 26 marzo 1909 y 18 octubre 1911); y la falta de la medida superficial (res. 3 febrero 1866).

Con los antecedentes expuestos, se llega al nervio del problema, cuyo principio general podría sintetizarse:

Aun cumpliendo escrupulosamente la legislación española y consignando todos los datos descriptivos que ella exige, relativos a una finca, cabe la posibilidad legal de que pueda ser inscrita dos veces como fincas distintas y a favor de diferentes personas.

La afirmación es de innegable gravedad jurídica y la razón es clara: La formación del catastro y los deslindes de términos municipales, han hecho que fincas sitas en un término, hoy pertenezcan, según el catastro, a un término distinto del que consignan los títulos de propiedad; las partidas o pagos suelen tener, las más de las veces, dos o varios nombres y aun ser confundidos éstos con los del sitio o el nombre de la finca: los nombres de los propietarios colindantes tienen la suficiente movilidad para que no puedan ser considerados como un dato firme para una identificación, y ello sin nombrar aquellos linderos como *camino, carretera, monte blanco*, que nada dicen y nada significan las más de las veces; la naturaleza de las fincas, que puede y cambia muchas veces (el secano se hace regadío, la parcela rústica se convierte en solar, el solar en edificio, etc.); los errores en las reducciones de medidas del país al sistema métrico, hechas muchas veces por quien desconoce las más elementales reglas de una operación con decimales; los continuos cambios de nombres de las calles, las alteraciones de numeración, de las que no suele darse cuenta, como está ordenado; la expresión de que una casa no tiene número, etc., etc., todo ello conduce, repetimos, al hecho posible de una confusión en la identidad de fincas y a una duplicidad de inscripciones relativas a un mismo objeto.

Y, como al principio decíamos, esto, que ya por sí representaba una posibilidad de error, se ve aumentado en un régimen de reconstrucción en que los elementos descriptivos llegan al Registro dispersos, sin orden, desarticulados e incompletos, y se sustituye lo que se destruyó por una descripción improvisada o tomada del catastro, que no coincide siempre con la descripción de las escrituras públicas.

III).—*Identificación de fincas en la vida normal del Registro.*

Son precisas, por tanto, reglas concretas que den al Registrador una pauta para determinar cuándo una finca que se pretende inscribir es o no alguna de las que ya figuran en el catálogo de las registradas, y debe,

o de un modo absoluto impedirle el acceso al Registro, o, de un modo relativo, cuando sólo exista un estado de duda por si es o no, debe exigir aquellos trámites precisos para aclararla y poder o no inscribir la nueva finca.

La jurisprudencia ha sentado las siguientes:

1.^a Hecha la descripción de una finca en el Registro, no puede considerarse identificada con otra descripción diferente de la misma, dada por el Notario en la escritura, aun cuando esta nueva descripción esté acorde en absoluto con la realidad física, pues para llegar a ella deben seguirse los procedimientos adecuados para hacer constar la segregación, agrupación, alteración, creación y extinción de las entidades hipotecarias y la rectificación de los errores cometidos en las inscripciones (resolución 18 mayo 1916).

2.^a Tampoco puede considerarse identificada una finca descrita en una escritura de venta, cuando no coincide con la que en el testamento aparece con facultad de enajenarla, pues son muy distintos la cabida y linderos que se le asignan, en uno y otro documento (resolución 10 agosto 1902).

3.^a Cuando el Registrador determina que es imposible identificar la finca con la que aparece en el Registro, mandará subsanar la falta (resolución 28 julio 1863), suspendiendo la inscripción (resoluciones 20 febrero 1891 y 31 mayo 1910).

4.^a No obstante lo expuesto, hay casos en que, a pesar de haber disparidad entre la descripción de la finca en el documento, y la del asiento del Registro, un examen comparativo convence de que queda identificada la finca por las coincidencias de situación del fundo, un lindero, y la cabida de la finca, con otros datos secundarios (resolución 3 febrero 1894).

En resumen: un examen detenido de la citada jurisprudencia nos lleva a la conclusión de que, exceptuando el caso de que la descripción de la finca en el título sea en absoluto idéntica a la existente en el Registro, goza el Registrador de una cierta facultad discrecional, en la apreciación de cuándo puede considerarse identificada, no obstante existir discrepancias entre título y Registro.

Claro es que, con un criterio de franca prudencia, es aconsejable, en cuanto una descripción presente algunas variantes sustanciales con la del Registro, no dar por identificado el inmueble, suspendiendo su inscripción y evitando con ello que pueda ser inscrita una enajenación, con

el consiguiente temor de que la finca enajenada no sea, en realidad, la misma del Registro. Pero este criterio es un arma de dos filos, pues si bien es aconsejable en el caso propuesto, sistemáticamente considerar como relativas a dos fincas distintas, dos descripciones no coincidentes entre sí, puede llevar al magno error, no menos peligroso que el anterior, de inscribir el mismo inmueble bajo dos números distintos, creando una situación contradictoria, con la inevitable pugna de intereses entre los dos titulares y la lógica responsabilidad del funcionario que autorizó el segundo asiento.

Este y no otro es el gran peligro que apuntábamos anteriormente en el período de reconstrucción de un Registro en que (como queda dicho) los historiales llegan truncados, dispersos y desarticulados, con descripciones distintas y jugando no pequeño papel la mala fe que pudiera existir en quienes pretendieran pescar en río revuelto .

IV) .—*Regla general para la identificación de fincas al practicar la busca para inscribir otras diferentes.*

De la propia forma que al pretender identificar una finca descrita en documento de enajenación o gravamen, con otra constante en los libros registrales, el criterio debe ser restrictivo en el sentido de considerar que no son la misma en cuanto se note alguna discrepancia sustancial, situando el criterio del Registrador en *estado de duda*; a la inversa, cuando se practica busca para ver si una finca que se pretende registrar ya consta inscrita, el criterio debe ser *amplio*, esto es, considerar que puede ser la misma en cuanto coincidan algunos detalles, situando también el criterio del funcionario en *estado de duda*.

No podemos sustraernos de insertar aquí los considerandos de la resolución de 26 de marzo de 1927, una de las que en esta materia merece nuestros aplausos, por sintetizar en forma feliz las causas del problema y la norma a seguir, resolución que, entre los profesionales, no ha alcanzado la atención que se merece, por ser base para fundamentar sobradamente una calificación en esta materia.

Como causas de la facultad discrecional del Registrador en materia de identificación, la aludida resolución fija: a) La falta de un catastro perfecto; b) La deficiencia de los datos descriptivos consignados en las inscripciones; y c) El desconocimiento oficial en que el Centro Direc-

tivo (desconocimiento oficial que asimismo hay que conceder al Registrador) se halla de la topografía del lugar.

Como criterio a seguir, la repetida resolución lo fija así: "Considerando que para inscribir por primera vez en el Registro, al amparo del párrafo tercero del artículo 20 una finca o derecho, es necesario que el mismo no se halle inscrito a favor de nadie, y este precepto debe interpretarse con un criterio restrictivo, porque de admitir los títulos dudosos a tal respecto, se transformaría el privilegio aludido en un medio de extinguir, o por lo menos contradecir, los derechos registrados, introduciendo la confusión en los libros hipotecarios."

Este criterio de la resolución aludida puede y debe seguirse, en nuestra opinión, en todos aquellos casos en que se pretenda considerar como distinta de la del Registro alguna finca descrita en documentos de otra índole (embargos judiciales o administrativos, reinscripciones en Registros destruídos, certificaciones posesorias, etc., etc.).

Termina la resolución que comentamos diciendo que "se impone la aceptación del minucioso estudio practicado por el Registrador, y la aplicación de los artículos 29 y 88 del Reglamento Hipotecario, tanto más cuanto, de este modo, no se priva alapelante de ningún derecho, sino que únicamente se le obliga a recurrir al Juez de primera instancia competente, para que, dando cita a las personas interesadas, según el Registro, declare, si procede, que es inscribible el documento origen del recurso".

V).—*Aplicación de la regla propuesta a los excesos de cabida.*

La resolución de 4 de noviembre de 1935, establece de un modo muy claro cuál deba ser el criterio del Registrador en materia de inscripción de excesos de cabida.

"Considerando—dice—, por lo que respecta a los excesos de cabida no inscritos, que si bien en ocasiones la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha autorizado su inscripción, conviene hacer notar que ha partido siempre del supuesto de la *identificación de los predios* y de la escasa cantidad de la diferencia, circunstancia cuya apreciación por el Registrador se hará, en cada caso, con criterio relativamente *discrecional*, que debe ser respetado en tanto no existan pruebas feha-

cientes de error en el ejercicio de tal arbitrio, y sin perjuicio de que puedan ser inscritos dichos excesos de cabida, mediante la utilización de algunos de los procedimientos previstos en la ley."

VI).—*Identificación de fincas en período de reconstrucción.*

a) *Fincas anteriormente inscritas.*—Un solo precepto contiene la Ley de 5 de julio de 1938 sobre reconstitución de Registros destruidos: el artículo 9.º: "Los Registradores, antes de rehabilitar una inscripción, examinarán cuidadosamente los índices de fincas y de personas que existieran en el Registro, para ver si por ellos puede reconstituirse, aunque sea esquemáticamente, el historial de la finca, y si de los mismos apareciese haberse extendido alguna inscripción posterior a la indicada en la nota del documento y que sea contradictoria de ésta, denegará la operación solicitada."

De este precepto se deducen las siguientes consecuencias:

1.ª Que los índices de personas y fincas que ha de consultar el Registrador, son los nuevos que se van formando paulatinamente durante la reconstrucción, puesto que los índices antiguos, si la destrucción ha sido total, deben haber desaparecido.

2.ª Que para la busca que han de practicar los Registradores deben observar las reglas y el criterio indicado en el apartado IV), esto es, buscar aquellas fincas que puedan coincidir en algún detalle, exigiendo la identificación, caso de duda, por existir el grave peligro, de no hacerlo así, de inscribir como diferente la misma finca.

3.ª Que no ha de limitarse el Registrador a la busca por los índices aludidos, sino que ha de utilizar también los *medios indirectos o suplementarios* que después indicaremos, para lograr una perfecta identificación.

4.ª Que si de la busca resultara existir ya alguna inscripción relativa a la misma finca, pero de *fecha anterior* a la que ahora se pretende extender, ésta se pondrá a continuación, procurando, en lo posible, reconstituir el historial de la finca; pero si, por el contrario, el asiento existente fuera de *fecha posterior* al que ahora se pretende rehabilitar, se denegará la operación solicitada.

Desde luego, al decir *fecha anterior* o *posterior* nos referimos a la fecha, no de la nueva inscripción, sino a la de la nota en el documento primeramente registrado, y a la del que ahora se pretende registrar, y

que, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 11 de la Ley de 15 de agosto de 1873, es la que para todos los efectos legales se considera como fecha de las nuevas inscripciones.

5.^a Que la ley no prevé el caso de que al examinar el Registro aparezca alguna finca que, por coincidir en algunos detalles con la que ahora se pretenda registrar, se dude si es o no la misma, en todo o en parte, por agrupaciones o segregaciones, y, en este caso, es indudable que será de exacta aplicación lo previsto en el párrafo segundo del artículo 88, en relación con el 29 del Reglamento Hipotecario.

En el caso de destrucción parcial, el párrafo segundo del artículo 9.^o de la Ley de 5 de julio de 1938, fija dos supuestos:

1.^o Cuando se identifique la finca que se pretenda inscribir con la existente en el Registro con historial truncado, por el contexto del mismo, en cuyo caso se practicará la inscripción.

2.^o Cuando la identidad no llegara a establecerse, debiendo en este caso suspenderse la inscripción y extendiendo anotación preventiva en la forma ordinaria, para que durante su vigencia pueda acreditarse la expresada identidad. Y, si bien la ley no lo dice, es indudable que esta identidad habrá que acreditarla en el procedimiento que establecen los artículos 88 y 29 del Reglamento Hipotecario.

Como después diremos, no vemos inconveniente en que, en vez de ir al procedimiento judicial, las más de las veces caro y dilatorio, se acepte un acta notarial, en la que, requerido el titular de la finca parecida, manifieste si es o no la misma que se pretende inscribir; pero esto sólo en contados casos, de absoluta confianza en la exactitud de las manifestaciones.

b) *Fincas que no estuvieron inscritas en el Registro destruido.*— Las fincas que no estuvieron antes inscritas en el Registro destruido, pueden tener su acceso al nuevo: durante el período de reconstrucción, en forma de anotaciones de plazo indefinido, hasta que se concluya el término citado; y una vez terminado aquél, en forma de inscripción completa y perfecta. En ambos casos, precisa practicar busca previa para extender el asiento oportuno, y esta busca se regirá por las reglas siguientes:

1.^a Si la inscripción se solicita al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, se practicará busca que devengará los honorarios del número 18 del arancel y, caso de existir algún asiento contradictorio de dominio o posesión de finca o derecho real, cuya des-

cripción coincide en algunos detalles con la contenida en el título, se aplicará lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento; esto es, el Registrador suspenderá la inscripción solicitada, extendiendo anotación preventiva, si la pidiere el interesado, y remitirá copia de los asientos contradictorios al mismo, que, si lo estima procedente, presentará escrito ante el Juez de primera instancia del partido en que radique el inmueble, comunicando cuanto acerca de éste arroje la documentación a su favor, acompañando copia del asiento contradictorio que le haya entregado el Registrador. El Juez de primera instancia dará vista de estos antecedentes a la persona que, según dicho asiento, pueda tener algún derecho sobre el inmueble, y con su audiencia, dictará auto, declarando o no inscribible el documento de que se trate, en armonía con lo dispuesto en el párrafo segundo de la regla 2^a del artículo 393 de la Ley Hipotecaria (artículos 88 y 29 del Reglamento Hipotecario).

Aun cuando la ley no lo dice de modo expreso, López de Haro, en su *Legislación hipotecaria* (1) opina, y con él coincidimos, que será el interesado quien presentará el documento al Juez competente, con la copia de los asientos contradictorios.

Véase, además, lo dispuesto en los artículos 14, de la Ley de 5 de julio de 1938, y 8.^o de la Orden de 18 de noviembre del mismo año.

2.^a Si la inscripción se solicita por medio de expediente posesorio, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en las reglas 1.^a y 2.^a del artículo 393 de la Ley Hipotecaria, o sea que si el Registrador, al hacer la busca correspondiente, encontrase algún asiento de dominio o posesión de finca o derecho real, cuya descripción, *aunque no sea exactamente igual* a la de la finca o derecho que haya de ser objeto de la información, coincide con éstos en algunos detalles, hasta el punto de que pudiera sospecharse que se trata de la misma finca o derecho real, copiará el asiento en la certificación, indicando los detalles en que coincide la descripción.

En este caso, el Juez citará a la persona a cuyo nombre aparezca la inscripción, y, en su caso, a los dueños de la finca gravada y a los partícipes en el derecho real, a fin de que declaren si se trata de la misma finca o derecho, y si resultare así de las declaraciones, acordará también el Juzgado no haber lugar a la información y, en caso contrario, lo propio que en el de no aparecer inscrita la finca o derecho real a nombre de persona alguna, se admitirá la información.

(1) *Manuales Reus de Derecho*. Volumen XXIX

3.^a Sí se pide la inscripción de la posesión por medio de alguna de las certificaciones que admite el artículo 26 y siguientes del Reglamento Hipotecario, por tratarse de inscripción a favor del Estado o Corporaciones civiles o eclesiásticas, se observará lo dispuesto en el artículo 29 del mismo Reglamento.

4.^a Por último, otro caso hay que considerar respecto a la identificación de fincas que nunca estuvieron inscritas en el antiguo ni en el nuevo Registro, y ello es, si se solicita anotación de embargo de finca, al parecer, no registrada. El Registrador, antes de extender la anotación, debe practicar busca minuciosa para determinar si está o no inscrita, ateniéndose a las reglas generales expuestas en el apartado IV).

La jurisprudencia sobre este caso puede condensarse de este modo:

Cuando el Registrador abrigue duda fundada, respecto a que la finca embargada y cuya anotación se pretende, no es la misma que aparece inscrita a favor del deudor, por no convenir las circunstancias que especifican una y otra, hasta el punto de que no pueda tenerse la certidumbre de su identidad en rigor, y mucho más para los efectos de la legislación hipotecaria, debe apreciar que no consta inscrita a nombre de la persona a quien grava el embargo (resolución de 21 de febrero de 1871).

Doctrina parecida sientan la de 25 de noviembre de 1885 y la de 17 de febrero de 1890.

En esencia, en los casos de embargo, la dificultad aumenta para el Registrador, puesto que, al identificar la finca embargada con las que aparecen inscritas en el Registro, puede ocurrir:

Que aparezca registrada una finca con descripción exactamente igual a la embargada; en este caso anota el embargo, si el procedimiento se ha seguido contra el titular del registro o sus causahabientes, y deniega, si dicho procedimiento se siguió contra persona distinta del titular hipotecario.

Que la finca embargada no aparezca registrada, pero sí figuren en los libros de inscripciones fincas cuya descripción haga presumir que se pueda tratar de la misma finca en todo en o parte. Entonces debe aplicarse la doctrina del artículo 88, párrafo segundo del Reglamento Hipotecario, que detalladamente hemos expuesto anteriormente.

Y, finalmente, que el Registrador del examen del Registro adquiera la convicción de que tal finca no figura a nombre de persona alguna. En este caso debe extenderse anotación de suspensión por plazo legal.

c) *Fincas que se dice estuvieron inscritas en el Registro destruido.*

pero sin justificarlo debidamente.—Son las comprendidas en los siguientes documentos:

a) Las actas de notoriedad, reguladas por los artículos 4.º, 5.º y 6.º de la Ley de 5 julio de 1938, puesto que en estos casos se han perdido tanto el original o la matriz del documento como la copia que obraba en poder del interesado, y éste, al reproducir su contenido, o bien ha de dar la descripción de las fincas de memoria, o bien las ha de copiar del catastro, resultando, en ambos casos, la mayoría de las veces que las nuevas descripciones dadas a las fincas no coinciden en absoluto con las obrantes en los documentos destruidos, por lo que existe el temor racional de que, de haberse reinscrito algún documento relativo a las mismas fincas, pudiera inscribirse nuevamente, bajo folio y número distinto, la misma finca a favor de otra persona. En estos casos debe practicarse una busca minuciosa, por la grave responsabilidad que contrae el Registrador, y cumplir, por analogía, lo dispuesto en el artículo 88, párrafo segundo del Reglamento Hipotecario, remitiendo al interesado al Juzgado de primera instancia, con las copias de los asientos de las fincas cuya descripción coincide en algún detalle, para que resuelva.

b) Las segundas copias de escrituras que se dice estuvieron inscritas, pero sin acreditar este extremo (artículo 15, Ley 5 julio 1938, y artículo 5.º de la Orden de 18 de noviembre del mismo año). Toda vez que no se acredita el extremo de la anterior inscripción, cabe la duda de si estuvieron o no inscritas las fincas anteriormente, y por ello pudieran haberse registrado a nombre de persona distinta de la que ahora pretende inscribir. Una busca detenida y una mayor rigidez en la consideración de fincas parecidas debe ser la norma que ponga cortapisas a la libertad de los interesados en tales documentos, que pudieran hacer un mal uso del favor que les dispensa la Ley, fiándose de su sola palabra para admitirles la inscripción, pero sin aportar prueba alguna que lo corrobore. Por el contrario, si por las mismas escrituras o por otras se obtuviere la reseña de la inscripción del derecho del transmitente y se acompañare documento fehaciente que acredite el haber ya estado inscrito el acto o contrato de que se trate, estas escrituras se regirán por las reglas que hemos sentado en la letra a) de este apartado.

ANTONIO VENTURA GONZÁLEZ.

Registrador de la Propiedad.

(Continuará.)

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.

Una vieja letra de cambio española

En una curiosa investigación histórica sobre las antiguas ferias de Medina del Campo, de Cristóbal Espejo y Julián Paz, se lee: "Las letras de cambio jugaron papel importante en las ferias, como puede comprenderse. Distintas opiniones existen sobre su origen: Juan Villani, en su *Historia Universal*; Savary, en su *Perfecto comerciante*, y Montesquieu, en su *Espíritu de las leyes*, las atribuyen a los judíos; Mongier y Alonso Ortiz son partidarios de la misma opinión. Entre otros, refutan la tesis, Dupuy de la Serra y Pardessus, con gran copia de datos. Rubys, en su *Historia de la ciudad de Lyon de Francia*, las atribuye a los florentinos, al ser echados de Italia por los güelfos; es la opinión que parece más probable a Dupuy de la Serra. El señor Rodríguez opina que estos primeros giros tuvieron lugar en Medina del Campo, pero ninguna prueba da en apoyo de su tesis. Prescindiendo de estos datos conjeturales—pues que, realmente, en nada atañen a nuestro propósito—, diremos que las "polizza di cambio", como las llamaron los florentinos refugiados en Amsterdam; que el Estatuto inédito de Avignon de 1243, con su párrafo de "Litteris cambii"; que la cantidad depositada en un Banco de Venecia por el Papa Inocencio IV para hacerla llegar en 1246 a un banquero de Francfort; que el Estatuto de Marsella, en fin, son antecedentes fijos que tenemos sobre este instrumento de cambio. En una ley de Venecia de 1272 se designa claramente la letra de cambio. El texto más antiguo que conocemos de ella está suscrito en Milán a 9 de marzo de 1325, y no contiene cláusula a la orden, que aparece posteriormente, y es lo que le da carácter genuino de documento de giro." Más adelante, afirman: "En España, la letra de cambio se usó en el siglo XIV, ya difundida por los banqueros tos-

canos, a quienes, como a los otros italianos, se debe, según Cibrario, la teoría del crédito y de las letras de cambio.

"La letra más antigua que en España existe es de 1392, pues, si bien poseemos documentos demostrativos de haber sido satisfechas otras con anterioridad, una en 1376, es lo cierto que hasta la fecha indicada no existe otro documento fehaciente. Está datada en Mallorca a 26 de octubre y girada contra Barcelona.

"En los siglos XV, XVI y XVII estaban muy generalizadas.

"Progresando este instrumento con las necesidades del comercio, de presumir es que con la cláusula a la orden fuese conocida en España en la feria de Medina del Campo antes que en otra alguna de nuestro territorio nacional, por ser en aquella época la más conocida de nuestro país."

Entrando de lleno en la materia objeto de nuestro trabajo, vamos a examinar una vieja letra de cambio, que se guarda en el archivo del hospital medinense de Simón Ruiz. La letra dice así:

En Lisboa, a 25 de junio 1594.—1.000.

En pagos por feria deste presente mes de junio pagarán vuestras mercedes por esta primeira de cambio a Diego Roiz, de Lisboa, e en su ausencia a vuestras mercedes mismos, mil ducados maravedís por ducado por ella, valor recibido de D. Diego Roiz, e aséntenos vuestras mercedes por mi cuenta especial con todos.

JUAN ANDRADE.

A Simón y Cosme Roiz, en Medina del Campo.

El 16 de mayo de 1930, *Diario Regional*, de Valladolid, publica un artículo, reproducción del insertado en *A B C*, de Madrid, original del brillante y culto escritor castellano D. Francisco Mendizábal, y que titula "El histórico Hospital de Simón Ruiz y una vieja letra de cambio española". En él, después de afirmar que en la vida española del siglo XVI relucía en vanguardia Medina del Campo, por ser del mundo entero, gracias a sus célebres ferias, el lugar de comercio más celebrado y concurrido en aquellas calendas, nos habla de la Concordia entre Medina del Campo y Simón Ruiz Embito, uno de sus hombres de negocios del siglo XVI, tan abundantes a la sazón en Medina (Espejo y Paz, en su obra, citan, a más de Simón Ruiz, a Baltasar de Paredes, Juan de Villanueva, Pedro de Angulo, Juan Ortega de la Torre, Andrés de Ecija, Pedro de Villamor, Antonio Vázquez y Juan de

Medina). Concordia confirmada por el Rey Felipe II, en la que se instituye en la vieja ciudad castellana un famoso e histórico hospital, la Casa-Hospital de la Purísima Concepción, que, como se ha dicho con galana frase, es de Castilla su gala y de Medina, blasón. A este motivo, dice: "La conseja, que nunca falta en torno de instituciones y personas históricas, hace aquí acto de presencia... Dícese que las cuantiosas ganancias de Simón Ruiz provenían singularmente del comercio de las letras de cambio, y es fama que en un solo día, mejor diré en una sola mañana, ganó nada menos que 12.000 ducados, cantidad exorbitante que, al llegar a casa, dió a conocer con la natural alegría a su mujer, anunciándola que el antiguo proyecto de entrabmos de construir un gran hospital se realizaría inmediatamente con aquellas fabulosas ganancias tan rápida y sorprendentemente obtenidas."

En el archivo de este hospital consérvese una de las letras de cambio—la transcrita líneas más arriba—, cuyo comercio enriqueció tan fabulosamente a Simón Ruiz.

La tradición vulgar—continúa el Sr. Mendizábal—y ciertas referencias escritas dicen de ella, sin titubeos, que es la primera letra de cambio española... Basta leer a Goldschmidt en su *Derecho mercantil* para caminar sobre seguro en este punto y saber que ya en el siglo XVI eran muy viejas las letras de cambio. Por lo que toca a España, Barcelona, importadas de Italia en su constante comercio, presenta las primeras en la Edad Media. Pero, ¿dónde están esas letras de cambio? Esto es otra cosa. Sin duda que, de las que llegaron hasta nosotros, ésta de Medina es una de las más antiguas que se conservan. La letra de cambio española—dice, aceptando la tesis de Espejo y Paz—más antigua que existe es de 1392. Datada en Mallorca y girada contra Barcelona.

Ya casi al final, con ameno estilo: "¡Oh, qué cuadro más vigoroso, de más rico colorido, el que presenta el viejo historiador de Medina, López Osorio, testigo de lo que refiere, al describirnos los actos de finanzas en la Rúa Nueva, pretérita Bolsa española, y hablarnos de cuentas corrientes, corredores de comercio, transferencias de crédito, todo en rudimento si se mira con la lente de ahora, pero de un enorme progreso y utilidad entonces...!"

Este trabajo quedaría incompleto si no aludiésemos a un artículo del escritor portugués José de Figueiredo, publicado en *Diario de Lis-*

boa (15 de febrero de 1928). De él entresacamos los siguientes párrafos: "... Una letra de cambio en que se ve el nombre de Simón Ruiz, y que el Sr. Mendizábal da como siendo una de las más antiguas que existen y "la primera letra de cambio española que se conoce."

"No obstante, ya está probado por un genealogista portugués, el Sr. Dornellas, que Simón Ruiz es alentejano y de Évora, y este hecho, aunque fuera desconocido del Sr. Mendizábal, no era necesario para hacerle ver que la letra de cambio en cuestión, si es la primera de las que existen en la Península, no era, en caso, una afirmación de cultura española, sino de cultura portuguesa. Bastaba ver para eso que está datada en Lisboa y hecha para portugueses y por portugueses, que en portugués está escrita, y eso en 1594 (25 de junio), o sea cuando Portugal estaba ya bajo el dominio español y tantos portugueses, muchos portugueses, escribían en portugués."

.....

"Al contrario de lo que acontece con los grandes ríos que nos son comunes—y eso sucede, por ejemplo, en náutica y en pintura—, algunas de las corrientes que se dice han venido de allá para acá fueron, al final y en verdad, de acá para allá."

Con todo respeto para el escritor portugués, juzgamos más sólida la opinión del Sr. Mendizábal. Ciento que está datada en Lisboa y escrita en portugués; probado queda que Simón Ruiz era alentejano; pero no menos cierto es que Portugal—y el propio Sr. Figueiredo alude a ello—estaba entonces bajo el dominio español. En este caso, nadie puede poner en duda que se trata de una letra de cambio española.

FELIPE STAMPA IRUESTE

La plenitud del orden jurídico

La bibliografía jurídica hispanoamericana se ha enriquecido recientemente con la aportación de un joven filósofo-jurista argentino: Carlos Cossío, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata y uno de los más eficaces propulsores en su país de los estudios de esa disciplina. El volumen en cuestión—*La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires. Editorial Losada, 1939—encabeza, además, una serie de publicaciones del recién fundado Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que el mismo Cossío preside. Consideramos útil hacer una referencia de esta obra, que plantea interesantes cuestiones de teoría jurídica, a las que no debe permanecer ajeno el pensamiento español en esta hora de necesaria renovación en todos los órdenes de la vida cultural.

El autor parte del reconocimiento del postulado de la *plenitud* del orden jurídico como una verdad lógicojurídica *a priori*: “La norma correlativa y periférica en cuya virtud está jurídicamente permitido todo lo que no está regulado de otro modo, nos parece un descubrimiento muy importante para aclarar la estructura lógica del orden jurídico, siempre que esté deducida de la libertad en cuanto supuesto gnoseológico del Derecho, es decir, que se llegue para ella a un fundamento apriorístico del Derecho” (p. 16). Por eso considera, con razón, insuficiente la fundamentación de Zitelmann y, especialmente, la de Donati (1).

(1) Donati: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano 1910. Zitelmann: *Lücken im Recht*. Leizig, 1903. Además de la bibliografía citada por Cossío, cfr. también: Burckhardt: *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, 1925; Darmstaedter: *Recht und Rechtsordnung*, 1925, especialmente pág. 214 y sigs.; B. Donati: *Il principio del diritto*, 1933, especialmente cap. III y IV, pág. 142 y siguientes; Elze: *Lucken im Gesetz. Begriff und Ausfüllung Ein Beitrag zur Methodologie des Rechts*, 1913; Herrfahrdt: *Lücken im Recht*, 1915; Jung: *Von der lo-*

quien infiere de todas las normas positivas y con validez de norma positiva, la norma correlativa en cuya virtud está jurídicamente permitido todo lo que no está prohibido. Las razones que opone Cossío a esta fundamentación empírica son dignas de atención por el rigor filosófico-jurídico que las sustenta. Ahora bien: la plenitud del orden jurídico, ¿puede fundarse en esta norma de libertad en cualquier régimen jurídico, o sólo en el llamado régimen de Estado de Derecho?

Giorgio del Vecchio, en su excelente monografía sobre los principios generales del Derecho (1) limita a este régimen de Estado de Derecho la validez de la norma que da por jurídicamente permitido todo cuanto no se halla jurídicamente prohibido, como completadora del orden jurídico en cuestión. Allí, por el contrario, donde, por ejemplo, imperase el criterio de la escuela del Derecho libre, el principio carecería de validez, en virtud de la ilimitada libertad que al juez concede dicha escuela, y del mismo modo, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* tiene su contradicción en determinados regímenes jurídicos, como la tuvo en el Derecho romano, que admitió la analogía en su legislación penal. Sin embargo, a juicio nuestro, el razonamiento de Del Vecchio peca por un manejo equívoco del concepto de Estado de Derecho, sólo disculpable porque este concepto es ya en sí mismo un concepto equívoco. El equívoco de Del Vecchio consiste en elevar la forma histórica del Estado llamada *Estado de Derecho* a la única forma posible de Estado en la que el Derecho tiene existencia. Error tanto más chocante cuanto que, convertido Del Vecchio a la fe fascista, ha consi-

gischen Geschlossenheit des Rechts, en la *Festgabe für Dernburg*, 1900; Reichel: *Ge-setz und Richterspruch*, 1915; Sauer: *Filosofía jurídica y social*, edición española, 1933, § 35; Schmitt: *Gesetz und Urteil*, 1913; Schreier. *Die Interpretation der Gesetze und der Rechtsgeschäfte*, 1927; Somlo. *Juristische Grundlehre*, 1925; Spiegel: *Gesetz un Recht*, 1913; Stammler: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, tercera edición, 1928, § 132. Véase también particularmente Del Vecchio: *Los principios generales del Derecho*, edición española, Barcelona, 1933, y la bibliografía citada en el texto, así como en el prólogo de F. Clemente de Diego, y el apéndice de Ossorio Morales

(1) *Los principios generales del Derecho*, VI: "Es necesario no olvidar, ante todo, que el principio de la imposibilidad jurídica de imponer a los individuos limitaciones no fundadas en la Ley, no es propio de todo ordenamiento jurídico, sino sólo de algunos que—como el nuestro—han asumido la forma del *estado de Derecho*. Esto nos induce a pensar que aquel principio no es, como se ha sostenido, un complemento lógico necesario de todo sistema jurídico, sino un principio sustancial y concreto que puede estar o no reconocido por un sistema determinado.. " (Páginas 40-42)

derado siempre al Estado fascista como un Estado de Derecho (1), por considerar al fascismo como un heredero de la gran tradición universal del jusnaturalismo, en la que precisamente se ha forjado la ideología del Estado de Derecho. Sin embargo, Del Vecchio ha tenido que comprender que la estructura interna del Estado fascista no es la del Estado (liberal) de Derecho, aun cuando no piensa que esa mutación en la estructura técnica afecte a la calificación jurídica. Pero si ya de este modo se formaliza el concepto de Estado de Derecho, haciéndole admitir tan distintos contenidos políticos como el liberal y el fascista, ¿dónde empieza y dónde acaba la consideración de un Estado cualquiera como Estado jurídico, puesto que todo Estado implica, por esencia y definición, la existencia en su ámbito de un ordenamiento jurídico? La solución no puede ser sino, o bien admitir con Kelsen que todo Estado es, en cuanto Estado, Estado de Derecho, o bien ceñir el concepto de Estado de Derecho a una determinada forma histórica del Estado, a un tipo concreto político de Estado, que no conserva vigencia en el momento en que cambia por otro el contenido político que le dió vida (2). Hecha esta aclaración, la validez de aquel principio que considera jurídicamente permitido todo lo que no está jurídicamente prohibido conserva su plena vigencia, cualquiera que sea la forma concreta política de Estado, siempre, claro es, que éste conozca un régimen jurídico de convivencia y no impere la arbitrariedad desenfrenada, cosa, por otra parte, que no es pensable como fenómeno permanente.

En un régimen de primacía estricta de la ley, el campo de lo permitido—en cuanto no prohibido—es conocido de antemano, y la seguridad que proporciona al ciudadano es la ventaja de ese régimen; pero el principio no dejaría de ser verdad ni aun en un régimen de *Derecho libre* o de poderes excepcionales, etc., pues también el impedimento puesto por el Juez o el Poder ejecutivo a la libertad es una limitación jurídica, y es claro que por grandes que sean esas limitaciones no podrán exceder de un cierto tope, no exactamente determinable, pero del que puede decirse *a priori* que constituye la frontera que separa un régimen

(1) Véase *Saggi intorno allo Stato* (ediciones españolas: *Crisis del Derecho y crisis del Estado* Madrid, Reus, 1935; trad. de Castaño, y *El Estado nuevo*, edición de Beneyto, 1939, especialmente el ensayo *Estado fascista y viejo régimen*.)

(2) Es lo que hemos hecho en nuestro ensayo *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid, Reus, 1934, reeditado en el volumen *Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940.

semejante del de arbitrariedad pura y simple, caracterizada por la ausencia absoluta de toda norma. Ahora bien: la arbitrariedad no es *Derecho libre*, sino sencillamente la ausencia de Derecho, y sólo donde el Derecho falta existe radical incertezza sobre lo que puede hacerse, porque reina la misma incertezza sobre lo que debe omitirse.

Afirmada la plenitud del orden jurídico, la consecuencia, o mejor, una nueva expresión de lo mismo es la negación de *lagunas* del orden jurídico. La doctrina jurídica tradicional plantea el problema distinguiendo entre lagunas del Derecho (para negarlas) y lagunas de la legislación (que afirma). Como Kelsen (1), Cossío rechaza esta distinción: "Nosotros rechazamos por artificiosa la distinción entre lagunas

(1) Véase Kelsen: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, página 100 y siguientes. La existencia de una "laguna" no significa "dass eine Entscheidung mangels einer Norm logisch unmöglich, sondern nur, dass die—logisch mögliche—stattgebende oder abweisende Entscheidung von der zur Entscheidung, das heisst zur Gesetzesanwendung berufenen Instanz als zu unzweckmäßig oder als zu ungerecht empfunden wird, al so unzweckmäßig oder so ungerecht, dass sie zu der Annahme neigt, der Gesetzgeber habe an diesen Fall gar nicht gedacht und hätte, wenn er an ihn gedacht hätte, anders entschieden, als auf Grund des Gesetzes entschieden werden müsste". Respecto a las lagunas de la Ley, o lagunas "técnicas", se trata, o de una laguna en el sentido originario de la palabra, es decir, "eine Differenz zwischen positivem Recht und Wunschrecht, oder jene Unbestimmtheit, die sich aus dem Rahmencharakter der Norm ergibt". Si, por ejemplo, la Ley regula la obligatoriedad de la compraventa y no dice nada sobre quién ha de soportar el riesgo si la cosa desaparece antes de su entrega, sin culpa de las partes, no es, en rigor, que "no diga nada", sino que no dice que el vendedor quede libre de la obligación de entregar la cosa o indemnizar por su pérdida si desaparece; en una palabra, carga el riesgo sobre el vendedor y no sobre el comprador. En los otros casos sólo se trata de que los órganos encargados de la aplicación del Derecho decidan, dentro del margen de libertad que la norma les concede, lo que en ésta queda necesariamente indeterminado. Otras veces, ciertamente, es el mismo legislador quien da por supuesta la existencia de lagunas, y en ese caso remite al Juez la labor de colmarlas, procediendo como si él fuese legislador. Para Kelsen, esta fórmula es típicamente ideológica: "Die Anwendung des Gesetzes, die gegebenenfalls nur eine—nach Ermessen des Rechtsanwenders zu beurteilende—rechtspolitische Unzweckmässigkeit ist, wer als eine rechtslogische Unmöglichkeit dargestellt" (pág. 106). Cfr. Stammer: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, § 132: el Derecho, en cuanto tal, siempre suministra respuestas; donde el Derecho calla, debe buscarse la solución justa. Ahora bien, cuando las soluciones del Derecho positivo están en contradicción con la idea del Derecho, se dice que existe una laguna: "Dann aber muss dieses angeblich lückenhafte Recht, das in Wahrheit in seinen positivem Bestände ja gar keine Lucke aufweist, in der rechtlichen Praxis durchgeführt werden, und es bleibt nur die Frage einer anzustrebenden Abänderung des dann geltenden Rechts "

del Derecho y lagunas de la Ley, sostenida en el plano teorético por la posición tradicional. A nosotros nos parece que carece de sentido afirmar que la ley tiene lagunas, entendiendo esta afirmación como algo que es (teoría) y no como algo que debe ser (axiología)" (págs. 21-22). Lo que Cossío quiere decir con esta distinción entre teoría y axiología es lo siguiente: una *laguna de la ley* no significa una ausencia de solución, sino una solución injusta; ahora bien, "las soluciones injustas no dejan de ser soluciones respecto del todo, y las llamadas lagunas de la ley enfocan el mismo y único problema que se presenta a la Lógica jurídica cuando hablamos de lagunas del Derecho" (pág. 23). No cabe, pues, la distinción. Pero si se insiste en señalar una laguna en la ley, entonces no se entra en el dominio de la lógica, sino en el de la estimativa, "con lo cual no está en tela de juicio la noción de todo, porque un valor, la justicia en este caso, no constituye la estructura de un objeto, sino simplemente lo califica". En sentido equívoco, pues, las lagunas de la ley significan lo mismo que las lagunas del Derecho; pero, en sentido único, "la expresión laguna de la ley es una metáfora para señalar una injusticia" (pág. 24).

Pero Cossío ve muy agudamente que "la estimativa jurídica, en cuanto realidad, cursa por los cauces de la Lógica"; no hay, por tanto, dos problemas, uno de lógica y otro de axiología, pues todo caso jurídico implica en unidad el problema lógicojurídico y el axiológicojurídico. Y así, responde con toda agudeza a la doctrina usual sobre la analogía (1). O se considera que ésta es "sólo raciocinio", como piensa N. Bobbio (2), y que sólo por esta operación lógica del raciocinio es posible extender a un caso no legislado las normas aplicables a otro caso análogo, se mantiene la separación de los dos tipos de plenitud del Derecho (lógico y axiológico); o se piensa con Donati que el Juez completa, al interpretar extensivamente, la plenitud del orden jurídico con una norma positiva, en virtud de la cual, un caso no legislado, en lugar de caer bajo la norma que lo consideraría permitido, cae bajo esa otra norma positiva y contingente; y entonces cabe preguntarse cómo es posible que esa norma positiva y contingente complete un orden que ya era pleno en virtud de la norma de libertad (está permitido todo lo no

(1) Sobre la supuesta diferencia entre la *analogia legis* y la *analogia juris*, véanse las acertadas explicaciones de Del Vecchio *Los principios generales del Derecho*, página 12 y sigs.

(2) *L'analogia nella logica del Diritto* Torino, 1938.

prohibido). La razón de estas dificultades radica en que “la analogía jurídica no está en la esfera teórica”, no es analogía lógica, “sino un juicio estimativo sobre la analogía lógica que consiste en calificar como justo el proceder lógico que nos lleva a lo lógicamente consecuente, sin perjuicio de que sea injusto en sí el resultado (lo análogo) cuando es injusto el término de comparación analógica” (pág. 28). Hay, pues, que distinguir dos significaciones del vocablo analogía: una como modo del raciocinio en la dialéctica formal del pensamiento, y otra como contenidos axiológicos similares constitutivos de las especies de un mismo género. Por eso, cuando el legislador dice “leyes análogas” no sólo se refiere a leyes generales o similares cuya semejanza se establece efectivamente por un razonamiento analógico (en sentido lógico), sino que se refiere también al valor normativo que se confiere a este resultado, pues si no estuviera dispuesto que lo análogo también debe ser, de nada nos valdría saber simplemente que son casos análogos. “La analogía jurídica establece la justicia de un igual trato para dos casos esencialmente iguales; es decir, establece la justicia de la igualdad, y este juicio de valor es lo que da sentido a la analogía lógica involucrada en una norma” (pág. 129). O sea: “la analogía lógica es la verdad de una igualdad, en tanto que la analogía jurídica es la justicia de la igualdad” (pág. 137) y “un principio de Derecho natural en el sentido de que es justicia racional” (pág. 139). Esta analogía no es natural al Derecho, en el sentido de ingrediente lógico del mismo, y así se explica la desconcertante contradicción aparente de la teoría y la práctica, ante el hecho de que a veces no se aplique la analogía, porque ninguna norma la autoriza, y otras veces se la aplique, aunque no se la autorice expresamente; pues se trata de “dos procesos sociológicojurídicos que se desarrollan en todo el Occidente con muy diversa fecha de origen”: el último trae la analogía en la interpretación judicial como dato sociológico del proceso, y el primero no. Para defender la justicia de la igualdad basta con reconocer como un valor a la razón; para defender la justicia de la desigualdad hay, naturalmente, que recurrir a otros criterios. La analogía jurídica, como analogía lógica, ha de estar prescrita por la ley, porque las verdades lógicas no son asunto de la conciencia popular; pero la analogía como juicio de valor sobre la bondad de la analogía lógica sí que cursa sociológicamente a través de la conciencia consuetudinaria, y así es como alcanza vigencia, aun cuando no esté reconocida expresamente por la ley.

Con esta concepción, la plenitud hermética del orden jurídico se eleva por encima de la positividad de las normas positivas y alcanza la categoría de postulado lógicoapriorístico. Cossío recurre a menudo, en este punto, a los postulados de la fenomenología husserliana, superando el punto de vista estrictamente neokantiano-marburgiano de sus obras anteriores, aun cuando, desde luego, sin abandonar el hogar de la "teoría pura del Derecho" de Kelsen, de quien Cossío se considera discípulo. Esta combinación de kelsenismo y fenomenología recuerda la tan conocida de Kaufmann y Schreier. Ya se sabe, sin embargo, el peligro de esta posición: que, en rigor, no tiene nada de fenomenología auténtica (1). En realidad, la fenomenología no ha tenido, en el campo jurídico, la suerte que, por ejemplo, ha gozado el neokantismo, con figuras como la de Stammler y el propio Kelsen. Esto puede parecer tanto más sorprendente cuanto que, en el ámbito puramente filosófico, las figuras de la fenomenología—Husserl, Scheler, Heidegger—representan una dirección filosófica no sólo de mayor magnitud, sino incluso más certera y porvenirista que la neokantiana. Lo cierto es, sin embargo, que de la aplicación de la fenomenología a la ciencia jurídica no han sobre-

(1) La fenomenología fué primeramente aplicada al Derecho por A. Reinach. *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, segunda edición, 1922 (edición española de J. L. Alvarez, Barcelona, Bosch, 1934); B. Schapp: *Die neue Wissenschaft vom Recht* (edición española del tomo I, Madrid, Ed. *Revista de Occidente*, 1930), y G. Husserl: *Rechtkraft und Rechtsgeltung*, 1925; *Recht und Welt*, 1929; *Negatives Sollen im bürgerlichen Recht*, 1931; *Der Rechtsgegenstand*, 1933. Cfr. las críticas de J. G. de la Serna (*Un libro sobre filosofía del Derecho*, en el núm. 67 de la *Revista de Occidente*, 1929). Recaséns (*Los temas de la filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1934, cap. VI-VII) considera que Schapp "pisa terreno más firme y más fértil" que Reinach, por haber orientado el tema fenomenológico "hacia la consideración finalista y estimativa, quizás sin darse cuenta el propio Schapp de la importancia de ese viraje". En cambio, J. Medina (*Situación presente de la Filosofía jurídica*, Madrid, Ed. *Revista de Derecho Privado*, pág. 77 y sigs.) piensa que "la posición de Reinach quizás sea la más estricta dentro de la escuela, y su fracaso sólo se debe a haber sido una aplicación precipitada", considerando menos afortunadas las aplicaciones de Schapp y G. Husserl, el cual se ha apropiado, precipitada y superficialmente, el pensamiento de Heidegger. Bastante distinta es la orientación fenomenológica de Kaufmann y Schreier, discípulos de Kelsen, los cuales, a decir verdad, poco han logrado de nuevo que no esté en la doctrina del maestro, y lo que han logrado no puede asegurarse que se deba al método fenomenológico que aplican (cuestión aparte es la de los motivos que el propio Kelsen pueda tener de común con la crítica husserliana del psicologismo, crítica que tampoco constituye más que un aspecto mínimo, aun cuando importante en sí mismo, de la fenomenología).

venido progresos decisivos para ésta como los que, evidentemente, aportó el neokantismo. La razón de esto puede hallarse en que, en general, se aplica fragmentariamente el pensamiento de Husserl, mientras que las disciplinas prácticas, como lo es el Derecho, pueden esperar apoyos infinitamente más fecundos de la dirección Scheler-Heidegger, especialmente de la de este último, que ha efectuado un viraje fundamental en el pensamiento filosófico. La fenomenología jurídica al uso tiene, pues, mucho de fenomenología mínima y apócrifa. Por eso nos parece un poco ingenuo que Cossío hable de "un punto de partida fenomenológico respecto de la noción de Juez" y que crea haber realizado una "reducción eidética" de esta noción; pues para deducir que la misión del Juez es juzgar y que la obligación de juzgar no se basa en la ley, sino en la misma esencia de la función juzgadora, no es preciso, en realidad, poner en marcha la complicada máquina filosófica del *epojé*. Por lo demás, no se tome esta observación como una crítica. En definitiva, Cossío no trata de elaborar sobre estas bases un sistema de Filosofía del Derecho, sino tan sólo de aclarar conceptos de la Filosofía del Derecho a la luz de una determinada Filosofía. Y aparte de que el procedimiento, en sí, no puede ser más legítimo, poco importa—en una obra de la naturaleza de la que comentamos—creer que se extrae de una Filosofía más de lo que efectivamente se extrae, si lo extraído representa una adquisición positiva por relación a los conocimientos anteriores.

El autor endereza todas estas consideraciones teóricas al esclarecimiento y crítica del artículo 7 del proyecto de reforma del Código Civil argentino, que dice así: "Los jueces no se abstendrán de juzgar por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Cuando una cuestión civil no pudiere resolverse dentro de los preceptos legales, se atenderá a lo dispuesto por otros análogos, y en último término, a los principios generales del Derecho, con arreglo a las circunstancias del caso." Frente a esta redacción, Cossío propone ésta otra, de acuerdo con sus puntos de vista teóricojurídicos: "En los casos de oscuridad o insuficiencia de las leyes o de ausencia de precepto legal expreso, los Jueces explicitarán científicamente la norma jurídica aplicable, extrayéndola de las instituciones análogas y, en su defecto, de la idea de justicia, en cuanto pueda constituir los juicios estimativos de la conciencia nacional, de tal manera que la sentencia se reconozca como parte lógica de una consideración sistemática de nuestro Derecho vigente." Las razones de esta formulación están en lo dicho anteriormente. Por de pronto, la obligación de

juzgar propia de los Jueces no deriva de la ley, sino de la esencia de su función; constituye, por tanto, un *a priori* respecto del orden jurídico, y es innecesario que éste la determine como si fuese creación suya, amenazando con sanción al que la incumple. Observemos a esto, tan sólo, que si bien es cierto que la obligación de juzgar del Juez no es obra de un determinado ordenamiento jurídico, no puede considerarse como un *a priori* respecto de todo ordenamiento jurídico, pues más bien es una exigencia de la idea misma de orden jurídico, la cual no puede pensarse sin la existencia de un Juez que aplica las normas generales, y con esta aplicación crea las normas individuales que lo completan. Ahora bien, el Juez tiene obligación de crear estas normas—es decir, de juzgar—por el “deber ser” ínsito en el orden jurídico en cuestión, y por eso no está totalmente desprovisto de sentido, aunque tampoco sea necesario, que ese orden jurídico reafirme su pretendida intrínseca valiosidad recordando al Juez la obligación de aplicarlo en todo momento, aun cuando falten normas legisladas exactamente aplicables al caso.

También prefiere Cossío que se diga “instituciones análogas” en lugar de “leyes análogas”, porque “las leyes se vertebran en unidades institucionales; y sin considerar el plexo institucional, la analogía de un fragmento puede ser una infundada analogía. Una ley que confiere claramente amplios poderes al padre, no puede sin más ser extendida a una oscura situación similar del tutor; en cambio, puede serlo si las facultades claramente conferidas al tutor no lo han sido claramente para el padre; la analogía, en este caso, funciona desde el tutor al padre, pero no desde el padre al tutor; y la diferencia tiene un puro fundamento institucional” (págs. 124-25).

Rechaza Cossío la expresión “principios generales del Derecho”, ya que “tienen título suficiente para aspirar a esa calificación tanto los juicios estimativos supremos cuanto los principios lógicos que estructuran el comportamiento jurídico” (pág. 151). Ahora bien, la referencia a estos últimos por parte del Legislador es inútil, pues éste sólo legisla cuando determina el contenido del comportamiento. Hoy la ciencia jurídica ha vuelto en parte, como reconoce Cossío, a la posición de la escuela juralista, notablemente enriquecida después de la experiencia del siglo XIX. Es evidente que, desde el punto de vista de los objetos u ontología formal, el Derecho contiene siempre y necesariamente juicios de valor, los cuales “no se circunscriben a llenar las figuras jurídicas trazadas por el legislador, sino que preexisten en la sociedad cubriendo to-

dos sus intersticios de la más variada forma, con una riqueza de situaciones que sorprende al observador más prevenido, pues es frecuente notar que actuamos sobre una valoración sólo en el momento en que la violamos; antes estábamos tan compenetrados con ella que no advertíamos su presencia, cual el organismo en salud no traba nuestros movimientos. Los principios generales del Derecho, son así, estos juicios estimativos de valor muy general o supremo capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor" (págs. 154-55). Ahora bien: sólo aquellos juicios estimativos que corresponden al concepto lógico del Derecho pueden tenerse en cuenta, y a este propósito Cossío se opone a las corrientes que pugnan por una "moralización" del Derecho, que borran la distinción entre Derecho y moral y superan los problemas científicojurídicos no en la órbita éticojurídica, sino en la éticomoral (pág. 157). También a nosotros nos parece que el Derecho no puede ser confundido con la moral, y que "ni la pureza, ni la nobleza ni ningún otro contenido moral puede sustituir o desalojar a la justicia en cuanto principio ético del comportamiento jurídico", y que "un Juez no puede sentenciar por piedad ni por caridad" (pág. 156). Pero no hay que exagerar la oposición entre la justicia y los restantes valores morales. La justicia es un valor moral como los demás, sino que no el más alto—como creía la ética griega, especialmente Platón—, sino el más inferior, porque contiene un mínimo de exigencias éticas positivas, por lo que sus preceptos son más bien negativos: no hacer daño a otro, no sobrepasar la esfera de libertad ajena, etc.; si bien de este modo constituye la justicia la *base y fundamento* de toda moralidad, pues los valores espirituales y culturales en general sólo pueden florecer donde están firmemente asegurados el cuerpo, la vida, la propiedad, la libertad personal, etc. La justicia es, pues, *un valor inferior, pero fundamental* (1), y en cuanto tal está fundado a su vez en el valor objetivo del orden jurídico. A su vez, este orden jurídico, representa "un punto de vista sobre la justicia", entendida ahora ésta no como virtud, como un valor moral de la persona, sino como un *ideal moral logicizado* y viviente, sin agotarse, en las distintas realizaciones del Derecho positivo. *El Derecho es un esfuerzo incesante por transmutar jurídicamente los contenidos morales de la conciencia individual o social.* Aquí radica la

(1) N. Hartmann: *Ethik*, 1926, pág. 381 y sigs.

parte de verdad de la tesis del idealismo gentiliano (1) que reduce el Derecho a moral, aun cuando esta tesis pueda ser objeto de otras críticas (2) y no deba aceptarse incondicionalmente y sin reservas. Por lo demás, es cierto que ningún contenido moral y ningún valor ético-personal puede sustituir a la idea de justicia lógica insita en un orden jurídico determinado, ni desplazar subrepticiamente—por la labor de un juez que aplique unos “principios generales del Derecho”—el espíritu ni las consecuencias de una legislación determinada, que en sí misma representa un valor inatacable para todos los órganos encargados de su aplicación.

Los juicios estimativos que constituyen los principios generales del Derecho son, según Cossío, principios racionales y no simplemente empíricos. “Tomando partido en la polémica metafísica para superar el historicismo, pero no para desconocerlo, hagamos valer el argumento de que también la razón es un valor histórico, aunque su sentido es la eternidad y la universalidad, de modo que invocando todo lo que invoca el historicismo, la razón reclama su puesto en el curso de la vida con los mismos derechos que los otros valores, de tal manera que desconocerla en su sentido es mutilar aquella vida que el historicismo pretende salvar intacta de ultrajes” (pág. 161). Señalemos la corrección filosófica de esta postura, en la que aparece nítidamente planteado “el tema de nuestro tiempo”, que consiste precisamente en superar la antítesis de vitalismo y racionalismo salvando la *ratio*, no como principio antivital y anti-histórico, sino inserta en la vida, la cual, a su vez, no tiene sentido si no se la considera como dotada de un mínimo de “forma”. Una vida (humana) absolutamente informe y antirracional, es una abstracción tan vacía de realidad como una razón pura al margen de la vida. Esta posición lleva a Cossío a considerar bajo una luz favorable la fórmula stammleriana del “Derecho natural de contenido variable” y a admitir “un ideal de la razón de variable contenido en los términos de un derecho natural, porque su fundamento participa, sin moverse, del movimiento de la historia, tal como el punto céntrico de una esfera permanece inmóvil en su movimiento de rotación” (págs. 162-3). De aquí esa alu-

(1) Cfr. G. Gentile: *I fondamenti della filosofia del diritto*, 1916 (nuevas ediciones de 1923 y sigs.: edición española en prensa, en las publicaciones del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, con una noticia preliminar de L. Legaz).

(2) Vid., por ejemplo, M. Ascoli: *L'interpretazione delle leggi*, 1928, y nuestro estudio *La Filosofía jurídica de G. Gentile*, 1940.

sión a la "conciencia nacional" en la determinación de los principios generales del Derecho, pues "la conciencia nacional es la realidad viviente y concreta de nuestro ser histórico" (pág. 166). Por mucho que las sentencias de los Tribunales de un país reflejen una ciencia ecuménica y por mucho que la vida de un país participe en la cultura universal, contendrán siempre aquéllas un ingrediente específico propio de las peculiaridades nacionales. "Este es el valor de la argentinitud que se ha de forjar en el siglo XX y de la cual el nuevo Código ha de ser alta expresión. Pues la historia argentina se transparenta en su sentido fundamental si ponemos bajo el común denominador del problema de la libertad a todo el trayecto que va desde la Revolución de mayo a la batalla de Caseros, y si resolvemos con el común denominador de la civilización, planteado por Saármiento con insuperable símbolo, todas las ecuaciones del nuevo trayecto que va desde aquella fecha hasta otra de nuestros días que quizá sea irreverente precisar aquí" (págs. 166-67) (1).

* * *

La cuestión planteada por Cossío en el interesante estudio que ligeramente hemos reseñado posee, por de pronto, un alto interés teórico, al que se une un no menor interés pragmático, por así decirlo, en cuanto sirve de "fiel contraste" del llamado "formalismo" de la ciencia jurídica moderna.

Para nosotros, como para Cossío, el postulado de la plenitud hermética del orden jurídico es incombustible, y no lo quebranta, a juicio nuestro, ni la distinción entre lagunas del Derecho y lagunas de la Ley, definitivamente refutada por nuestro autor, ni la distinción entre lagunas "trascendentes"—que implican ausencia total de regulación de un hecho social—y lagunas "inmanentes"—que aparecerían dentro del orden jurídico, cuando una cuestión es regulada jurídicamente y no otra cuestión íntimamente ligada con ésta—, propugnada por Schreier (2), quien de este modo se sitúa abiertamente en el campo de las exigencias jurídico-políticas. Y es claro que nuestra posición no es, precisamente, la de despreciar estas exigencias, sino la de reconocer que se trata de cues-

1) El autor se refiere, indudablemente, a la revolución del 6 de septiembre, acerca de la cual puede consultarse su libro del mismo título. Buenos Aires, 1933.

(2) *Die Interpretation der Gesetze und der Rechtsgeschäfte*, 1927.

tiones diferentes. El Derecho, por su misma existencia, que es la existencia de ciertos valores, contiene un "deber ser judicialmente aplicado", y donde exista una imposibilidad de aplicación judicial es que hay ausencia de Derecho. Esta ausencia de Derecho será lamentable desde el punto de vista de la justicia y de la política jurídica; pero que el Derecho falte no quiere decir que el Derecho existente sea deficiente (desde el punto de vista lógico), sino que ciertas materias que quedan bajo el dominio exclusivo de la costumbre, de la convención, etc., sería preferible (desde el punto de vista de la justicia) que fuesen objeto de la regulación jurídica. En la situación jurídica actual de España tenemos un caso palpable de esta necesaria diferenciación de aspectos y cuestiones. Es evidente la necesidad de una reforma de nuestra legislación, de acuerdo con los principios informantes del nuevo Estado. Esta reforma se va llevando parcialmente a cabo mediante actos legislativos sucesivos que afectan ya al Código civil, ya a la legislación social o administrativa, penal, etc. Tampoco puede negarse que existe incluso una contradicción de mayor o menor alcance entre el espíritu y los "principios generales" de la antigua legislación y los que han de informar las leyes futuras emanadas de la revolución nacional. Existen, por consiguiente, todos los supuestos más desfavorables para hablar de "unidad" y "plenitud" de nuestro ordenamiento jurídico, en este momento de transición entre dos épocas. Pero eso sólo quiere decir que en estos momentos tienen que predominar entre nosotros las consideraciones de política jurídica, los puntos de vista estimativos, con arreglo a los cuales es injusto o inadecuado tal o cual sector de la legislación anterior; mas no por eso pierden su verdad los puntos de vista puramente lógicoteoréticos, con arreglo a los cuales sigue siendo rigurosamente cierto que, para nuestros jueces, nuestro ordenamiento jurídico actual (pese a sus deficiencias y contradicciones, inevitables en este momento transitorio entre una legislación pretérita que ha de ser sustituida por otra, pero que aún no lo ha sido del todo ni aun en su mayor parte, y esa futura legislación de la que sólo existen anticipos y tanteos) sigue siendo un "todo herméticamente pleno", y por consiguiente conserva su sentido la norma del artículo 6.^º del Código civil, que prescribe que los jueces que se abstengan de juzgar so pretexto de oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirán en responsabilidad. Otra cosa es que la vigencia de esta norma determine, acaso, mayor cantidad de sentencias "injustas" en su contenido, porque así nos lo parece desde el punto de vista del ideal todavía no realizado en la futura legislación

(para no hablar de las posibilidades que posea ya desde este momento el juez para resolver determinadas cuestiones, no previstas en las normas legisladas, con arreglo a los nuevos principios generales del Derecho que se desprenden, verbigracia, del Fuero del Trabajo, considerado como fuente del Derecho) (1).

Ahora bien: del hecho de que el orden jurídico sea un todo herméticamente pleno no debe pasarse a lo que llamó Bergbohm "fuerza de expansión lógica del Derecho" (*logische Expansionskraft des Rechts*), pues si bien es cierto que el contenido de las normas jurídicas encuentra expresión en forma lógica, lo es también que ese contenido no puede ser aumentado lo más mínimo por la Lógica: la Lógica puede poner orden en los contenidos, pero no crear contenidos nuevos. Por la Lógica no puede descubrirse en las normas ningún sentido nuevo que ya de antemano no estuviese contenido en ellos (2). Por importante que el elemento lógico aparezca dentro del orden jurídico, no es más que un elemento secundario; es un medio para un fin práctico, pues el Derecho tiene fines prácticos y no fines lógicos. Por eso, cuando decimos que el orden jurídico constituye un todo herméticamente pleno, lo hacemos pensando en esa norma según la cual está jurídicamente permitido todo cuanto no se halla jurídicamente prohibido, la cual no posee un sentido puramente lógico, sino precisamente ético. Pues el Derecho tiene sus raíces en la vida moral de la persona, y la vida es ética y metafísicamente libertad. Y a esa libertad pertenece incluso el aspecto puramente formal de la misma, aspecto o momento que si no puede considerarse como supremo, sí en cambio como fundamental, y en ese momento enraiza esta libertad jurídica de hacer lo que jurídicamente no está vedado hacer. Por eso, el postulado de la plenitud hermética, en cuanto dicha plenitud está determinada en última instancia por la norma de libertad, posee un profundo sentido moral.

(1) Sobre el Fuero del Trabajo como fuente de Derecho véase Prieto-Sancho. *Ilustración popular al Fuero del Trabajo*, Zaragoza, 1938; I. Serrano. *Fuero del Trabajo. Doctrina y comentario*, Valladolid 1939; A. Gallart y Folch. *Los principios fundamentales del Fuero del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1939. Con especial referencia al tema discutido en el texto, nuestro artículo: "El Fuero del Trabajo como fuente del Derecho" (en la *Revista del Trabajo*, en prensa).

(2) Cfr. J. Móor: "Das Logische im Recht", en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, p. 172. Cfr nuestro estudio *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la escuela de Viena*, Barcelona, Bosch 1933 páginas 270 y sigs.

Si el Derecho posee plenitud desde el punto de vista lógicoteorético, la función del Juez—aplicar el Derecho—es una función predominantemente lógica: lógica desde el punto de vista formal, creadora en su aspecto material. Formalmente, la función del Juez es formar el silogismo, cuya premisa mayor está en las normas y la *propositio minor* en el caso concreto; siendo su específica misión decidir rectamente en la conclusión. Lo mismo ocurre cuando la norma general le delega para obrar como obraría si actuase como legislador (según la expresión del Código suizo de las obligaciones): la norma ideal formulada entonces por el legislador es el contenido de la norma delegante, y el silogismo es idéntico. Sin embargo, *materialiter*, en la sentencia hay algo nuevo y distinto del simple silogismo: hay la continuación del proceso creador del Derecho. Esto es lo que ha puesto de relieve precisamente la escuela de Kelsen, que, por otra parte, representa un peculiar formalismo, aun cuando no precisamente ese feo formalismo de los juristas que ha contribuído al descrédito y crisis de la ciencia jurídica. Se apoya, pues, en un completo malentendido decir contra Kelsen, por ejemplo, que “si los límites del poder discrecional no son trazados por él mismo, sino por el Derecho, se puede reconocer que el imperio del Derecho está plenamente asegurado. Tal es el *absolutismo jurídico* moderno. Hay algo de común con el absolutismo político del siglo XVIII, en tanto que este último se traducía en términos jurídicos. El dogma de la omnipotencia de la ley ha cedido su plaza al de la omnipotencia del Derecho. La interpretación estaba ya proscrita, pues se creía que la ley podía preverlo todo. En nuestros días, los partidarios del absolutismo jurídico estiman que el Derecho lo prevé todo: la función del Juez se reduce a la construcción de silogismos; la tarea de la administración a lo mismo. Pero tal teoría ensancha la función del Derecho más allá de todo límite. En lugar de ser una fuerza social viva y activa, el Derecho pasaría al estado amorfo de una nebulosidad” (1), después de haber dicho que “la construcción jurídica (kelseniana) no tiene nada que ver con la vida jurídica real”, lo cual es verdad sólo si se piensa que la vida, jurídica o no, puede subsistir en sí como vida caótica, informe, ajena a toda forma, lo cual es precisamente lo que no tiene nada que ver con la realidad de la vida, la cual es vida en cuanto posee forma y racionalidad inmanentes. También aquí puede mostrarse

(1) Alexéef. “L’Etat, le Droit et le pouvoir discretionnaire des autorités publiques”, en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, págs. 218.

que el formalismo filosóficojurídico kelseniano no es el formalismo jurídico que le imputan sus adversarios. En virtud de este formalismo, los órganos no legisladores estarían materialmente vinculados a la ley en términos tan absolutos que ninguna libertad de movimientos estaría permitida al Juez ni a la Administración. Lo contrario es la verdad respecto de Kelsen. En otro lugar hemos citado el siguiente caso, que confirma este aserto (1): En el verano de 1930, el Tribunal austriaco de Justicia Constitucional declaró la posibilidad de revisar la validez de los actos de la Administración por los cuales concedía ésta la dispensa del impedimento de vínculo anterior para contraer nuevo matrimonio; ahora bien, tal decisión del Tribunal de J. C. significaba el triunfo de la opinión contraria a la que en el anterior Tribunal había sostenido el propio Kelsen como ponente; pues según esta opinión, la Justicia estaba ligada al acto administrativo. Pero si se tiene en cuenta que por no existir en Austria una ley de matrimonio civil era asunto "discrecional" para la Administración el otorgamiento de semejante dispensa, no extrañará que la crítica adversa a Kelsen se revolviese contra éste alegando que "concedía a la Administración facultades creadoras de Derecho". Dejando, pues, a un lado la cuestión de fondo, resulta que para Kelsen la Administración, ligada sin duda formalmente a la ley, poseía un margen de libertad suficiente para conceder dispensas matrimoniales no previstas en la legislación; mientras que para los magistrados componentes del Tribunal de Justicia Constitucional en el verano de 1930, la Administración no poseía tal margen de libertad. Otra cosa es que en el fondo de toda esta cuestión jurídica hubiese un difícil y complicado problema políticosocial, cual era el de que la opinión sustentada por Kelsen resultase favorable al divorcio, mientras que en virtud de la decisión del Tribunal quedaban invalidados *ipso facto* alrededor de 50.000 matrimonios contraídos al amparo de la dispensa otorgada por la Administración, "en virtud de una delegación puramente formal de las normas generales", según el criterio kelseniano.

Señalemos también a este propósito que el formalismo y el logicismo de Kelsen son de tan peculiar índole que precisamente le impiden reconocer que el orden jurídico, en sí mismo considerado, posea logicidad inmanente. Kelsen afirma lo contrario. Es la ciencia jurídica la que hace

(1) Cfr. nuestro *Kelsen...*, cit., pág. 272.

del Derecho un "orden". "Si se distingue, dice (1), entre Derecho y ciencia jurídica, como se distingue entre naturaleza y ciencia natural, no se puede ver en el Derecho y en la naturaleza, en tanto que se les considere como objetos del conocimiento, más que puros alógicos." Claro que a esto puede oponerse desde un punto de vista inmanente que el Derecho no es lo mismo que la naturaleza, pues siendo aquél un producto espiritual, ha de conservar necesariamente las trazas lógicas del espíritu que lo crea. Para Kelsen es la ciencia jurídica la que produce las normas, es decir, los "juicios hipotéticos" en que, según él, éstas consisten. Pero ¿por qué no había de poder disponer el legislador de los mismos medios que el jurista y producir por sí mismo los juicios hipotéticos, antes de que la ciencia jurídica se lo atribuyera? Lo que en este punto tiene de verdadero la doctrina de Kelsen es que, como ya se ha indicado, lo lógico no es lo primario en el Derecho, el cual posee fines prácticos y responde a una exigencia moral, como moral es su fundamento en la vida de la persona: mas no por eso carece de logicidad inmanente (2).

Cuando en España los problemas fundamentales de la ciencia jurídica vuelvan de nuevo a ser objeto de meditación—esperamos que ya lo son en la mente de nuestros mejores juristas—habrá que enfrentarse con estas cuestiones y con las infinitas con ellas vinculadas. Nuestra hora es excepcionalmente propicia para una renovación de las concepciones jurídicas vigentes. Y esta hora nos impone, además, el *imperativo de originalidad*, hasta el punto en que en la ciencia es posible dejarse guiar por el afán de originalidad, que en sí mismo no tiene nada que ver con

(1) Kelsen: "Rechtswissenschaft und Recht", en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 162.

(2) Cfr nuestro Kelsen..., cit., pág. 274. Esta verdad no la destruyen críticas como la de Tezner (*Rechtslogik und Rechtswirklichkeit*, 1925, pág. 15), cuando dice que el Derecho "mag ein Sollensein, so hat es dennoch Seinsqualitäten. Es ist bald plump, bald hypokritisch, bald vollkommen, bald kruppelhaft, bald menschlich, bald barbarisch, bald vernünftig, bald irrsinnig wie das Hexenrecht, bald weise, bald idiotisch wie die formale Beweistheorie und das Zensurrecht des Vormärz, bald alles zugleich. Wie sollte auch das Recht Logik und nichts als Logik sein, da doch gar nicht gelehrt werden kann, dass eine Rechtsordnung bestimmte Rechtsinstitute logisch besser durchbildet haben könnte wie die andere?" Pero afirmar la logicidad inmanente del orden jurídico no es afirmar que éste sea "sólo Lógica", ni la Lógica que le es propia impide que se puedan emitir con plena razón juicios estimativos adversos acerca de las determinaciones jurídicas concretas, y que a esos juicios estimativos se les llame "faltas de lógica".

el afán de verdad. Originalidad quiere decir aquí, simplemente, no petrificarse en el pensamiento tradicional y no dejarse arrastrar tampoco por concepciones nuevas vigentes en países europeos de mayor o menor afinidad política al nuestro, sólo por el hecho de su vigencia en esos regímenes afines (pero no idénticos). España tiene que decir al mundo "su" palabra. Y así como Santa Teresa encontraba a Dios aun en los pucheritos, así también en estas áridas cuestiones relativas al orden jurídico, su plenitud hermética o sus lagunas, la posición y función del Juez, etc., debe encontrarse viva, colándose por todos sus intersticios, esa concepción humanista, de respeto a la libertad profunda de la persona que ha de estar en la base del pensamiento español.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA.
Catedrático de la Universidad de Santiago.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE DOMINIO. EXTINGUIDA (COMO CONSECUENCIA DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO) DETERMINADA INSCRIPCIÓN PRODUCIDA POR EXPEDIENTE DE DOMINIO, SEGÚN EL ARTÍCULO 77 DE LA LEY HIPOTECARIA, SU CANCELACIÓN, ORDENADA EN SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO, DEJANDO SUBSISTENTES LAS POSTERIORES INSCRIPCIONES, ADEMÁS DE INÚTIL, RESULTARÍA ANORMAL Y CONTRADICTORIA DE LA LEGALIDAD Y SUSTANTIVIDAD EN QUE DESCANSA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Resolución de 29 de enero de 1940. (B. O. de 9 de febrero.)

Promovido por D. Ignacio Coll Portabella juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Fernando Mejón Eugercios, sobre nulidad de auto aprobatorio en expediente de declaración de dominio y cancelación de su inscripción, la Sala Segunda de lo civil de la Audiencia de Madrid dictó sentencia, con fecha 6 de mayo de 1935, declarando nulo y sin valor ni eficacia alguna el referido auto, por el que se declaró justificado el dominio a favor del demandado del solar sito en dicha capital y su calle de Bravo Murillo, núm. 166, y, como consecuencia, la cancelación de la inscripción primera de la finca.

Presentado el oportuno mandamiento, el Registrador de la Propiedad del Norte denegó la cancelación en la sentencia ordenada, por resultar del Registro inscrita a título de compraventa, después de distintas transmisiones de dominio, la finca que en dicho mandamiento se describe, a favor de la Sociedad Anónima Agromán, Empresa Constructora, y con hipoteca en garantía del precio aplazado de la compra-

venta a favor de los vendedores (hoy inscrita a título de cesión a favor de la Sociedad Anónima "Construcciones Urbanas, S. A. E.", siendo aquella entidad compradora persona distinta del litigante demandado, sin que resulte del documento presentado haber sido citada ni vencida en el procedimiento de que se trata.

La Dirección, confirmando el auto apelado, que, a su vez, ratificó la nota del Registrador, declara:

Que si bien es cierto que las inscripciones de las informaciones de dominio derivan directamente de un título judicial, la inscripción es siempre voluntaria, desapareciendo el Juez para dejar en libertad a los interesados, sin que quede derivación o enlace alguno que los comprenda en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Que si bien la sentencia anuló el auto justificativo del dominio y, en su consecuencia, ordenó la cancelación de la inscripción, ello no puede hacerse extensivo a todos los asientos, como implícitamente reconoce el recurrente, ni produce la nulidad de los títulos en que se fundan las inscripciones vigentes y a que se refiere el núm. 3.º del artículo 79 de la ley citada.

Finalmente, sin afirmar que las inscripciones tengan la fuerza de cosa juzgada, establecen, desde luego, la presunción *Juris tantum* de que quien aparece como titular en el Registro, lo es, de conformidad con el Derecho civil, para realizar actos de dueño, con tal virtualidad, que está admitido que, aun tratándose de enajenaciones verificadas por titulares aparentes, pueden convertir a los adquirentes en terceros hipotecarios, y sin que con esto quiera prejuzgarse tal situación, por lo que respecta a los titulares posteriores de los derechos sobre la finca, es indudable que no han sido oídos ni vencidos en el juicio y deben, en su consecuencia, ser amparados por el Registro.

AMPLIACIÓN DE HIPOTECA. Es suficiente que (en la escritura en que se constituye tal ampliación), después de describir el inmueble afecto al gravamen, de mencionar el tomo y folio en que está inscrito, de reseñar el título de adquisición, de citar las cargas con referencia a la anterior hipoteca y al documento en que ésta conste y de concretar la responsabilidad por capital, intereses, costas y gastos, se estipule que las condiciones contractuales y el plazo para la devolución de la suma adeudada son los mismos pactados en la primera escritura, presentada en el Registro de la Propiedad a la vez que la de ampliación de hipoteca.

Resolución de 7 de febrero de 1940. (B. O. de 21 de febrero.)

En escritura autorizada por el Notario de Oviedo, D. Benedicto Blázquez Jiménez, el 11 de noviembre de 1932, D. Angel Parada hipotecó a favor de D. Pablo Hospital una casa sita en Pola de Lena, en garantía de un préstamo de 10.000 pesetas de capital al 6 por 100 anual, y de 2.000 pesetas más para intereses, costas y gastos, estipulándose que el plazo máximo para la devolución del capital fuese el de cuatro años, a contar de la fecha de la escritura. Inscrita dicha hipoteca en el Registro, mediante otra escritura, otorgada ante el mismo Notario el 23 de agosto de 1934, el prestatario declaró haber recibido otras 6.000 pesetas del prestamista, las cuales se obligó a devolverle, y en garantía de esta obligación amplió en favor del mismo la hipoteca mencionada, pactándose "que el plazo y las demás condiciones de este contrato serán los mismos consignados en las estipulaciones que la referida escritura de 11 de noviembre de 1932 contiene".

Presentada la segunda escritura en el Registro de la Propiedad de Pola de Lena, su titular la suspendió por los defectos de no contener las condiciones del contrato que la produjo, puesto que—a su juicio—el préstamo y la garantía hipotecaria en ella formalizados no derivan su existencia de los anteriores préstamo e hipoteca citados, y porque, en todo caso, no se acompañaba el documento cuyo contenido se decía ser ampliado. Presentadas nuevamente ambas escrituras, el Registrador suspendió por el defecto primeramente apuntado.

La Dirección General—confirmando el auto del Presidente de la

Audiencia—declara que en el caso a que se contrae el recurso, debe estimarse que el fedatario, al redactar la escritura de ampliación de hipoteca, ha observado en su espíritu y en su letra las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de la forma de los instrumentos públicos; porque, presentada en el Registro con la anterior, a la cual está estrechamente enlazada, resultan expresadas auténticamente las circunstancias necesarias para efectuar la inscripción, se refleja con toda claridad la voluntad de los contratantes, se simplifica racionalmente el contenido del segundo documento, se ahorran gastos a los interesados y no se incurre en confusión, ambigüedad, omisión ni inexactitud que dé lugar a error o perjuicio de tercero.

Y añade que los derechos correspondientes a los titulares de cargas que hubieran podido imponerse sobre la finca gravada y que se hubiesen registrado desde la inscripción de la primera escritura hasta la presentación de la de ampliación de hipoteca, habrían de estar protegidos con arreglo al principio de prioridad, fundamental en nuestro régimen inmobiliario, por igual razón que la que sirvió de base al segundo párrafo del artículo 115 de la Ley Hipotecaria, en el caso de ampliación de hipoteca por réditos que excedan de los asegurados en perjuicio de tercero con la primera hipoteca.

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO. OTORGADA ESCRITURA DE AMPLIACIÓN Y COMPLEMENTO DE OTRA ANTERIOR, ESTIPULÁNDOSE QUE POR NO HABERSE RELACIONADO NI DETERMINADO EN LA PRIMERA ESCRITURA LAS FINCAS (CUYOS DERECHOS SOBRE LAS MISMAS SE CEDÍAN, AFIRMÁNDOSE ESTAR UNOS Y OTRAS EN PROINDIVISIÓN), SE HACÍA EN LA DE COMPLEMENTO, TOMADAS DE CIERTO EXPEDIENTE POSESORIO DEL DOMINIO ÚTIL DE AQUÉLLAS QUE TRAMITÓ EL CEDENTE, DEBE ENTENDERSE, INTERPRETADAS RACIONALMENTE AMBAS ESCRITURAS, QUE LOS OTORGANTES SE PROPUISIERON LA TRANSMISIÓN Y ADQUISICIÓN DE DICHO DOMINIO ÚTIL.

Resolución de 28 de febrero de 1940. (B. O. de 7 de marzo.)

Por escritura otorgada ante el Notario de La Coruña D. José Díaz del Corral, el 29 de junio de 1929, D. Salvador López Fernández cedió, mediante el abono de una renta vitalicia de 2.000 pesetas anua-

les, a D. Heli Rolando de Tella y Cantos los derechos hereditarios que al mismo correspondían como único heredero de sus padres D. Lucas y doña María Dominga, de su tía doña Antonia Fernández Sánchez, que le instituyó tal en usufructo vitalicio, y los que adquirió por compra a su tía doña Manuela Fernández Sánchez, en las herencias de los padres de ésta, abuelos del cedente, D. Domingo y doña Josefa, en distintas fincas rústicas y urbanas radicantes en las Parroquias de Santiago de Aday y San Miguel de Piedrafita, del Ayuntamiento del Corgo, y especialmente del lugar llamado de las Aceas, y cuyos derechos, así como los bienes sobre que recaían, se hallaban proindiviso.

Instruído expediente de información posesoria, por D. Salvador López Fernández, de la finca rústica consistente en un lugar acasarado llamado de las Aceas, comprensivo de 23 suertes sitas en las Parroquias de Santiago de Aday y San Miguel de Piedrafita, finca cuyo dominio útil, según manifestación hecha en el escrito inicial del expediente, había venido poseyendo el D. Salvador en concepto de dueño, como causahabiente de D. Domingo Fernández y otros antepasados, desde hacía más de treinta años hasta el 29 de junio de 1929, en que lo vendió a D. Heli Rolando de Tella, estando gravada dicha finca con la pensión anual de trece fanegas de centeno por la medida de Lugo, la cual percibía en la actualidad, por virtud de foro, D. Policarpo de Tella Uz, vecino de Aday; en 29 de diciembre de 1930, a los dos días de hecha la inscripción del testimonio de información posesoria de que se acaba de hacer referencia, se otorgó, ante el Notario de Lugo D. José A. Bernárdez González, escritura de ampliación y complemento de la de 29 de junio de 1929, en la cual, para determinar y relacionar las fincas rústicas y urbanas que radican en las Parroquias de Santiago de Aday y San Miguel de Piedrafita, especialmente del lugar de las Aceas, a que se contraían los derechos cedidos a D. Heli Rolando, se describieron dichas fincas según figuran en el expediente de información posesoria.

Presentadas ambas escrituras—la de 29 de junio de 1929 y la de 29 de diciembre de 1930—en el Registro de la Propiedad de Lugo, fueron calificadas de la siguiente forma: "Suspendida la inscripción del precedente documento de renta vitalicia por los defectos que se indican en la nota anterior; tomada en su lugar, en vista de este documento y una escritura de descripción de fincas, que es la número 493 del año 1930 del Notario de Lugo D. José A. Bernárdez, anotación preventiva sobre el dominio útil del lugar de las Aceas, constitutivo de 23 suertes,

en el tomo . . , etc." ; diciendo, a la letra, la primera nota así: "Suspendida la inscripción del presente documento de renta vitalicia, tanto por contradicción entre el contenido del título y el Registro, que, según el primero, está la finca en proindivisión, y según el segundo, es de propiedad individual, cuanto por no expresarse con fijeza la existencia del derecho transmitido, esto es, si los derechos cedidos integran la totalidad del dominio útil de la finca o parte, como por no determinarse si los diversos trozos o suertes que la constituyen están o no dentro de un perímetro, y, caso afirmativo, si se trata de una sola finca o varias entidades hipotecarias. Tomada en su lugar, en vista de este documento y una escritura de descripción de fincas, que es la número 493 del año 1930, del Notario de Lugo D. José A. Bernárdez, anotación preventiva sobre el dominio útil del lugar de las Aceas, constitutivo de 23 suertes, en el tomo. . , etc."

La Dirección, dejando sin efecto la nota del Registrador respecto a los dos primeros extremos y confirmando el auto apelado en cuanto revoca el último, por la conformidad con la revocación por dicho funcionario, expresa:

Que si bien en la primera de las escrituras calificadas no se cumple el esencial requisito de fijar claramente la naturaleza y extensión del derecho transmitido, toda vez que en la misma se consigna que se transferían los derechos que correspondían al cedente, parte por herencia de sus padres, parte por herencia en usufructo vitalicio de una pariente colateral, y parte por compra a otra pariente colateral de los derechos de ésta en la herencia de sus abuelos; se afirma, además, que los derechos cedidos "se refieren a fincas rústicas y urbanas que radican en las Parroquias de Santiago de Aday y de San Miguel de Piedrafita, pertenecientes al Ayuntamiento del Corgo", cuya descripción se omite, y se expone, por último, que los derechos y fincas "se hallan proindiviso", sin expresar los nombres de todos los condóminos, ni las porciones ideales de cada uno determinadas matemáticamente, ni siquiera que los derechos adquiridos por el cedente agoten o no el contenido económico del dominio directo, del útil, de la nuda propiedad y del usufructo de los bienes ; subsanada la falta de la previa inscripción del derecho cedido mediante una información, en la cual se acreditó que el cedente poseía el dominio útil de las indicadas fincas, las cuales fueron registradas a su favor bajo un solo número, por constituir una unidad orgánica de explotación agrícola, conforme a lo prevenido en el artícu-

lo 57 del Reglamento Hipotecario, los mismos interesados otorgaron la escritura de "ampliación y complemento de otra", en la cual estipularon que "por no haberse determinado ni relacionado en la aludida escritura las fincas rústicas y urbanas . , hacen constar que éstas, según se describen en el expediente de información posesoria, son las siguientes, cuyo dominio directo pertenece hoy a D. Policarpo Tella y Uz, padre de D. Heli, única carga de carácter real que las afecta"; y en la inscripción a nombre del transmitente se manifiesta que éste poseyó el dominio útil de la finca desde hace más de treinta años hasta el 29 de junio de 1929, en que lo enajenó a D. Heli Rolando de Tella, mención expresa que tuvo su origen en la manifestación auténtica hecha por el transferente en el escrito inicial del expediente de titulación supletoria y corroborada por las pruebas practicadas; de todo lo cual se infiere sin duda alguna, interpretadas racionalmente ambas escrituras, que los otorgantes se propusieron la transmisión y adquisición del dominio útil, el cual no aparece en el Registro sujeto a la condición resolutoria a que se refiere el Registrador en su informe; y, por tanto, deben estimarse innecesarios los gastos y dilaciones inherentes al otorgamiento de otra escritura subsanatoria de defectos, la cual, aunque fuese redactada con más precisión y claridad, no podría tener mayor alcance jurídico que la segunda de las escrituras calificadas.

FACULTAD CALIFICADORA DEL REGISTRADOR. CARECE EL MISMO DE LA NECESARIA PARA NEGAR O LIMITAR SU EFICACIA A LAS CERTIFICACIONES DE LAS ACTAS DEL REGISTRO CIVIL, SIQUIERA POR NOTA AL MARGEN DE AQUÉLLAS—Y CON REFERENCIA A LAS DE DEFUNCIÓN—, MEDIANTE EXPEDIENTE INSTRUÍDO Y APROBADO FORMALMENTE, SE HICIESE CONSTAR LA HORA EN QUE FALLECIERON DOS DETERMINADAS PERSONAS Y LA PREMORIENCIA DE UNA DE ELLAS, CUYO DATO HABÍA SIDO MERAMENTE OMITIDO POR IGNORARLO QUIEN HIZO LAS DECLARACIONES QUE SIRVIERON DE BASE PARA EFECTUAR LAS INSCRIPCIONES DE DEFUNCIÓN.

Resolución de 2 de marzo de 1940. (B. O. de 8 de marzo.)

Por testamento otorgado en Mahón ante su Notario, D. Francisco Mercadall y Pons, en 1 de mayo de 1919, D. José Alberti Preto, instituyó heredera usufructuaria de todos sus bienes a su esposa, doña Antonia del Amo y Pons, para todo el tiempo de su viudez, con facultad de gravar y vender, y nudopropietario a su hijo, D. José Alberti del Amo, con varias sustituciones que no interesan a los fines de este recurso, para el caso de fallecer sin descendencia legítima o, con ésta, que muriese en edad pupilar.

Fallecidos D. José Alberti Preto y su hijo, D. José Alberti del Amo, el 16 de noviembre de 1936, a hora ignorada, en la carretera, a consecuencia de heridas por arma de fuego, según certificaciones expedidas por el Juez municipal de Alayor, con referencia a la sección de defunciones del Registro civil, se hizo constar por nota marginal, extendida el 10 de agosto del año último, en virtud de expediente para subsanar la omisión de la hora, que el primero falleció a las diez de la noche, y el segundo de las once y media a las doce, también de la noche, cuyos extremos fueron asimismo acreditados, con referencia a la premoriencia del padre con respecto al hijo, por información testifical de presencia, con intervención del Ministerio Fiscal, aprobada por auto del Juzgado de Primera instancia de Mahón, fecha 21 de julio próximo pasado, protocolizada por el Notario de dicha ciudad D. Adriano Alvarez Paz.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Mahón, por doña Antonia del Amo Pons, como única heredera abintestato de su hijo,

D. José Alberti del Amo, según auto del Juzgado de Primera instancia de dicha ciudad fecha 10 de junio del año último, instancia solicitando la inscripción a favor de su dicho hijo de los bienes relictos—una finca urbana y dos rústicas—al fallecimiento de D. José Alberti Preto, conforme al testamento relacionado, por el que le instituyó heredero nudo-propietario y usufructuaria a la solicitante, fué puesta, a continuación de la instancia, nota denegatoria por el Registrador, cuya consignación se omite puesto que, presentada nuevamente dicha solicitud con los documentos anteriormente relacionados, a más de la certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, para que se hiciera constar que se había tenido a la vista al calificar, el Registrador, insistiendo —y ampliando—en su anterior calificación, recogió aquella primera en la siguiente nota, que, copiada, dice así: "Presentada a las ocho y treinta minutos del día 7 del actual, con el número 449, en unión de certificados de defunción de D. José Alberti Preto y D. José Alberti del Amo; otra del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, al primero referente; testamento del mismo, testimonio del auto de declaración de herederos abintestato de D. José Alberti del Amo; copia de protocolización de información "ad perpetuam", para acreditar que D. José Alberti Preto falleció antes que D. José Alberti del Amo, y solicitud fecha 6 del actual, y, examinados, se deniega la inscripción por los siguientes defectos: 1.º Las tres fincas a que hace referencia la instancia están incritas en el Registro a favor de D. José Alberti Preto, causante de cuya sucesión se trata con la sustitución dispuesta por don José Alberti Gahona a favor de sus otros hijos varones, no a todos juntos, sino uno después del otro, por orden de edad, para el supuesto de fallecer el primogénito, D. José Alberti Preto, en pupilar edad o púbero, pero sin hijos ni otros descendientes legítimos, y en defecto de cualquiera de ellos, a sus respectivos hijos del modo como fuesen herederos de su padre; y de las certificaciones de defunción que, como documentos complementarios, se acompañan, expedidas en 10 de agosto último, referentes a precitados D. José Alberti Preto y a su hijo único y heredero, D. José Alberti del Amo, no resulta acreditada la premoriencia del D. José Alberti Preto sobre la de su citado hijo, requisito éste que hay que acreditar en forma legal, ya que, en otro caso y a tenor de la sustitución relacionada, la transmisión por herencia de dichas fincas no ha tenido lugar a favor del heredero nudopropietario, D. José Alberti del Amo, ni al de la usufructuaria, doña Antonia del Amo

Pons. 2.º No ser suficiente, a efectos del Registro, para acreditar dicha premoriencia la información para perpetua memoria practicada en el Juzgado de Primera instancia y protocolizada en la Notaría de don Adriano Alvarez Paz, en esta ciudad, ya que el artículo 2.002 de la ley de Enjuiciamiento civil impide su práctica por existir personas ciertas y determinadas, según el Registro (sustitución), a quienes puede resultar perjuicio con dicha información. Y 3.º No ser procedimiento adecuado para subsanación del defecto padecido en las dos actas de defunción relacionadas, consistente en no consignarse en las mismas la hora en que tuvieron lugar, el utilizado a tenor de la Real orden de 17 de enero de 1872, ya que dicha subsanación implica una verdadera rectificación y no la de un error material: y no pareciendo los defectos señalados subsanables, no procede tomar anotación preventiva.—Mahón, 22 de septiembre de 1939. Año de la Victoria."

La Dirección, confirmando el auto apelado, que revocó la calificación del Registrador, declara:

Que las certificaciones del Registro civil son documentos públicos que hacen prueba solemne y auténtica respecto de los actos inscribibles en los mismos, no pudiendo dicha prueba ser destruida más que en casos extraordinarios y con arreglo a los procedimientos ordenados en las leyes; por lo cual es evidente que deben surtir plenos efectos las certificaciones de las inscripciones de defunción de los Sres. Alberti, padre e hijo, en las cuales, y por notas marginales causadas mediante expediente instruido y aprobado, de conformidad con el dictamen fiscal, por el Juzgado municipal de Alayor, en el cual se tuvo en cuenta la información testifical de presencia, practicada con intervención del Ministerio Fiscal y aprobada como suficiente por el Juez de Primera instancia, con plena competencia para ello, se acreditó la hora en que fallecieron ambos y la premoriencia del primero, cuyo dato había sido meramente omitido por ignorarlo la persona que hizo las declaraciones que sirvieron de base para efectuar las inscripciones de defunción.

En su consecuencia, y una vez extendida por el Juez encargado del Registro civil las referidas notas marginales, el Registrador carece de facultades para negar o limitar su eficacia, puesto que han sido producidas por el funcionario a quien la ley atribuye competencia para ello y, por tanto, dentro del círculo de sus atribuciones y bajo su responsabilidad.

Finalmente, por igual razón, mientras dichas inscripciones o anota-

ciones no sean anuladas en legal forma, en cuanto a su contenido, y en el procedimiento adecuado por persona a quien puedan perjudicar, es forzoso el respeto al estado de derecho derivado de las mismas, sin que sea lícito al Registrador ir más allá de lo que le autoriza concretamente su función calificadora del título inscribible en la defensa de intereses de tercero que pugnen contra los hechos auténticamente acreditados por las certificaciones de defunción.

G. CÁNOVAS Y COUTIÑO.
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

El *Boletín Oficial* del 8 de abril ha principiado la publicación de las sentencias dictadas por la Sala primera durante el mes de junio de 1939, y para tener al corriente de la doctrina sentada a nuestros lectores, daremos una sucinta idea de las menos interesantes, y una reseña suficiente de las que merezcan la atención de los profesionales.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1939.—Aplica la Ley de 21 de mayo de 1936 con preferencia a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, para decidir las cuestiones de competencia suscitadas por los Juzgados municipales, y declara que el conocimiento de la demanda en cuestión corresponde al Juez del domicilio del demandado, por no tratarse de cosa inmueble ni existir indicio de sumisión a otro.

En el mismo sentido, por falta de sumisión expresa, dos sentencias de 19 de junio. La de 21 de junio, que estimó la existencia de sumisión expresa en una póliza o contrato de seguro, aunque la cláusula correspondiente se refería a los Juzgados de Sevilla y a los de la localidad donde resida el asegurado, y otra también de 21 del mismo mes, que reconoce la competencia del Juez del domicilio del demandado.

La sentencia de 19 de junio, relativa a Juzgados de primera instancia, declara que el Juzgado competente para conocer de la acción de rescisión de un contrato de compraventa y la encaminada a obtener el abono de los gastos, es el del lugar en que han sido entregados los géneros (estación del ferrocarril en que fueron facturados por cuenta y riesgo del comprador). En términos análogos otra de igual fecha. Otra del mismo día atribuye la competencia para entender sobre una demanda de daños y perjuicios causados por la publicidad de una querella de estafa, al Juzgado de primera instancia de Palencia, donde se había presentado el escrito correspondiente ante el de Instrucción.

La de 21 de junio (entre Juzgados de primera instancia) aplica el artículo 62 de la Ley rituaria para decidir a favor del demandado.

SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1940.—Culpa extracontractual.
Responsabilidad de las Compañías ferroviarias.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, por la Compañía del Norte, lo rechaza el Supremo, considerando que, como con reiteración tiene declarado este Tribunal, la responsabilidad penal derivada de la imprudencia temeraria y la civil dimanante de culpa o negligencia, del artículo 1.902 del Código civil, aunque guardan cierta analogía como expresión de un principio de culpa, se rigen, sin embargo, por preceptos diferentes y deben someterse al conocimiento de jurisdicción distinta, y de aquí que la declaración de la jurisdicción criminal referente a no ser penable un hecho, no implica que la civil lo plantee y resuelva si concurrió culpa o negligencia que obliguen a indemnización. Por ello, el auto de sobreseimiento provisional no es una resolución definitiva, y el que dictó la Audiencia en el sumario instruido con motivo de dos muertes violentas, reservó expresamente a la parte perjudicada el ejercicio de la acción civil que pudiera asistirle, sin que a estas afirmaciones pueda oponerse la doctrina de dos sentencias de este Tribunal, que obedecieron a situaciones distintas, ya que es sabido que para alegar con éxito sentencias del Supremo, han de ser idénticos los casos en que recayeron a aquel en que se incoa.

Que las Compañías ferroviarias no pueden excusar su responsabilidad de haber cumplido formulariamente los preceptos reglamentarios a que vienen obligadas para prevenir los siniestros, pues cuando se demuestra que las medidas adoptadas no se ajustan a estos preceptos y que de ellos se originan daños, la reparación se impone por imperativos de justicia. Y, además, aunque se admite la responsabilidad única de la Comisaría del Estado en la clasificación del paso a nivel discutido, tiene que prevalecer la imputación de culpa que a la Compañía hace la sentencia recurrida, a base de la improcedente supresión de la guardería, deducida de los elementos del pleito, que afirman la falta de visualidad de la vía férrea desde la carretera.

Por último, cuando se trata de responsabilidad proveniente de culpa extracontractual, la fijación de daños no patrimoniales, como los de pérdida de la vida, tiene resuelto la jurisprudencia que corresponde fijar su cuantía al juzgador, prudencialmente, según las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de la equidad. Y comoquiera que el Tribunal "a quo" ha dictado las indemnizaciones que corresponde percibir al demandante en el pleito, está visto que carecen de eficacia las im-

pugnaciones del tercer motivo, fundadas en una doctrina sólo aplicable a las reparaciones procedentes o derivadas de la culpa contractual.

* * *

Para un examen de la culpa en general, véase la bibliografía inserta al final y la doctrina de las siguientes sentencias, publicadas en esta misma REVISTA:

29 de junio de 1932 y 25 de enero de 1933, tomo IX, páginas 554 y 713; 12 de marzo, 6 de julio y 13 de noviembre de 1934, tomo X, páginas 469, 716 y 942; 11 de abril de 1935, tomo XI, página 938; 28 de junio de 1935 y 4 de octubre del mismo año, tomo XII, páginas 147 y 383.

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1940.—Precario y desahucio.

Interpuesto recurso contra sentencia que dió lugar al desahucio de un precarista, lo desestima el Supremo y sienta la siguiente doctrina:

Considerando que los motivos 3.^º y 7.^º han de ser desestimados porque, referidos a la falta de prueba del matrimonio del actor con la adjudicataria de la finca litigiosa y de la carencia probatoria también de la existencia entre los mismos de sociedad de gananciales, plantean en casación problemas nuevos no alegados en la instancia, siendo extemporánea su alegación.

Que no cabe confundir el defecto en el ejercicio de la jurisdicción por razón de la materia, con la falta de pronunciamiento en la sentencia recurrida, sobre si el actor es o no dueño de la finca objeto del desahucio; pues, aunque fuera de apreciar esta falta de pronunciamiento, nunca significaría que el Tribunal de instancia debió de conocer y no lo hizo de un asunto sometido por la ley a su jurisdicción, sino que se habría abstenido de resolver una de las cuestiones, lo que sería problema de incongruencia.

Que en los motivos 4.^º y 5.^º se impugna la sentencia recurrida por incongruencia, al afirmarse que el demandante es marido de la adjudicataria de la finca y administrador de la sociedad legal de gananciales, sin que en el pleito se hayan discutido estas cuestiones. Y, además, se alega que la sentencia declara haber lugar al desahucio y se manda requerir de lanzamiento a la precarista, siendo así que en la demanda se pidió que la demandada desalojase la finca, y claro es que estos motivos son absolutamente improcedentes. El primero, porque la incongruencia no se

da entre la demanda y los razonamientos jurídicos de la sentencia, sino entre la súplica de aquélla y el fallo; aparte de que no es, seguramente, exacto el supuesto final que sienta el recurrente; y el segundo, porque aunque difiera literalmente la súplica y la parte dispositiva de la sentencia, hay entre una y otra el debido acoplamiento, en cuanto las dos coinciden en el fondo y tienen idéntica significación procesal.

Que si bien es cierto que en la demanda afirma el actor que es dueño de la finca en litigio, agrega seguidamente, como explicación del concepto en que reclama, que el inmueble de que se trata fué adjudicado a su mujer en procedimiento judicial sumario, y ante esta manifestación del actor, confusa o imprecisa, el Tribunal "a quo" procura fijar el concepto en que realmente se comparece en el juicio y estima con acierto que el actor actuó por razón de la adjudicación hecha a su mujer; esto es, no en concepto de dueño exclusivo de la finca, sino en el de administrador de sus bienes gananciales, entre los que debe catalogarse la finca de referencia, razón por la cual el marido es parte legítima para promover el desahucio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.564 de la Ley procesal, y en su virtud deben ser desestimados los motivos alegados en los que el recurrente parte de supuestos contrarios a los afirmados por la Sala, sin demostrarlos, ya que ni el apuntamiento, ni el testimonio judicial, ni los recibos de inquilinos que se refieren a la actuación del actor como administrador judicial de la finca durante el procedimiento judicial sumario, merecen el concepto de documentos auténticos que demuestren la evidente equivocación del juzgador al estimar que el actor, cuando formuló la demanda, administraba la finca, no por razón del procedimiento judicial, sino por ser bien ganancial suyo y de su mujer.

* * *

Es extraordinariamente copiosa la jurisprudencia que existe sobre precario y desahucio; citaremos como más interesante, para quien desee ampliar esta materia, la siguiente, advirtiendo que al final de cada sentencia se inserta una nota bibliográfica, y que todas las sentencias que se mencionan han aparecido en esta REVISTA: 5 de octubre de 1933, tomo IX, pág. 937; 11 de julio y 11 de diciembre de 1934, tomo X, páginas 777 y 53; 5 de diciembre de 1934, tomo XI, pág. 221; 9 de julio de 1935, tomo XII, pág. 213, y 7 de octubre de 1935, tomo XII, página 386.

Además de las obras citadas en la sentencia de 9 de julio de 1935, de Alvarez Jusué, Vellando, J. González, Casals Torrés y Vázquez Gundín, pueden consultarse: Fuenmayor: "Contratos de inquilinato y revisión de rentas", Valencia, 1936. Gassiot Lloréns: "Arrendamiento de fincas urbanas", Barcelona, 1936, con prólogo de D. José Castán, y la recientemente publicada, de Muñoz y Núñez de Prado: "Arrendamiento y desahucio de fincas urbanas", Pamplona 1940, que contiene la mayor parte de las disposiciones relativas a arrendamientos urbanos, incluso las más recientes.

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1940.—Interpretación de contratos.

En la cláusula sexta de un contrato de arrendamiento se estableció que cualquiera de los contratantes podía hacer uso de la facultad resarcitoria, ejercitándola el arrendatario cuando desease dejar los locales arrendados, y el propietario cuando los necesitara, mediante aviso por escrito con tres meses de anticipación, mientras en la cláusula primera se fijó un año como término del arriendo, y en la séptima se dispuso que, de no haber aviso de una u otra parte, llegada que fuera la fecha en que terminara el contrato, se consideraría renovado por igual período de tiempo. La Audiencia de Tetuán había resuelto, atendiendo al resultado de la prueba, que la cláusula séptima facultaba a los contratantes para rescindir el arriendo, previo aviso que "tuvo realidad bastante".

Interpuesto el recurso de casación por once motivos que se apoyaban en un supuesto contrario al afirmado por la sentencia recurrida, la Sala primera resuelve que sólo cabe en estos casos la impugnación por el número 7.º del artículo 1.469 del Código de Procedimiento civil de la zona de Marruecos (coincidente con el número 7.º del artículo 1.692 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil), toda vez que el Tribunal "a quo" había aplicado acertadamente los preceptos y doctrinas invocados por el recurrente, a quien no era lícito fundamentar el recurso en su personal criterio interpretativo.

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1940.—Competencia.

Por no ser aplicable a juicios verbales el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el demandante puede traer a los autos la nota de pedido de los géneros al ser oído sobre la inhibitoria, y como esta nota, al parecer suscrita por autorización del comprador demandado,

constituye un principio de prueba revelador de que el mismo se sometió expresamente a los Juzgados de León en lo referente al pago de mercancía, es preferente este fuero de elección, con arreglo a lo dispuesto en el artículo único de la Ley de 21 de mayo de 1936 (artículos 56 y 57 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1940.—Interpretación de contrato.

Al ceder un arrendatario, en 28 de noviembre de 1932, los derechos que le correspondían sobre ciertos terrenos destinados a pasto de una ganadería de reses bravas, se estipuló que el adquirente había de pagar "únicamente y en concepto de renta la cuantía fijada por el Catastro como renta líquida". Uno de los interesados sostenía que se trata de la renta registrada en virtud de la declaración hecha por el propietario en 8 de mayo de 1932, y la otra parte afirmaba que la renta en cuestión era la fijada con anterioridad a dicha fecha.

La Sala primera rechaza el recurso de casación interpuesto, en primer lugar, por error de hecho en la apreciación de la prueba, señalando como documentos auténticos que lo demuestran el contrato de cesión y la certificación del Catastro, porque el recurrente los interpretaba de modo contrario a la Sala sentenciadora y hacia supuesto de lo que es cuestión discutida. A mayor abundamiento, entrando en el examen de los razonamientos aducidos por el recurrente, niega que se apoyen en el sentido rigurosamente literal; declara que si el artículo 1.282 del Código civil coloca en primer lugar a los actos coetáneos o posteriores al contrato para interpretar la intención de los contratantes, no excluye que, a falta de ellos, se tengan en cuenta otros motivos; indica que el adverbio "únicamente" podía tener varios significados, y concede valor al hecho de que el arrendatario pagara al dueño la misma renta que reclama al cedentario, aunque no sea concluyente.

Igualmente desestima la alzada el segundo motivo, fundado en la infracción del artículo 1.281 del Código civil, y con la alegación de que los términos copiados son claros, porque el recurrente sustituye su criterio al del juzgador y las palabras empleadas no son bastante diáfanas para ser entendidas en un solo sentido, como lo demuestra el que haya dos sentencias contrarias a la interpretación del recurrente.

SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1940.—Amigables componedores.

Por virtud de la escritura de compromiso se había facultado a los amigables componedores para resolver dos problemas: 1.º Si, habida cuenta de los antecedentes del contrato a favor de un gerente y de las circunstancias del cierre de los almacenes, tenía aquél derecho a ser indemnizado por razón del cese de su gestión, pudiendo determinar libremente la cantidad que estimasen justa, y si había de abonarse la indemnización de una vez o en plazos. 2.º Resolver sobre el derecho o inexistencia del mismo, alegado por aquel gestor para que se le abonase el importe del sueldo que le correspondía por el mes de julio de 1934, en atención a que el cese se le había comunicado con fecha 24 del mismo mes, así como el 2 por 1.000 sobre la cifra de ventas efectuadas desde 1.º de enero del mismo año.

En el recurso de casación interpuesto contra la calificación de los amigables componedores se aducía como primer motivo el de haberse resuelto puntos no sometidos a la decisión de aquéllos, y el Tribunal Supremo lo rechaza porque al fijar la indemnización se habían atenido a los términos establecidos en el número 1.º citado. Pero declara haber lugar al recurso interpuesto por el segundo motivo, referente a la liquidación del sueldo de los veinticuatro días, que ascendía a 4.600 pesetas y al importe del 2 por 1.000 sobre una cifra de ventas que se acercaba al millón de pesetas, considerando que la autorización para señalar las cantidades a percibir no puede entenderse implícitamente comprendida en la facultad de resolver si existe o no existe el derecho invocado, ya que el compromiso es de interpretación estricta, según los artículos 1.821 y 1.815 del Código civil, y, por otra parte, se había autorizado a los amigables componedores para señalar el importe de la indemnización al resolver la primera de las dos cuestiones controvertidas, pero se omitía la segunda.

ENRIQUE TAULET.

Notario de Valencia

BIBLIOGRAFIA

Las tendencias del Nacional-socialismo

Según costumbre alemana, reúnense periódicamente, en diferentes ciudades, los juristas (catedráticos, abogados, notarios, etc.) para establecer un contacto vivo y científico a la vez. El Tercer Reich continuó la costumbre del Segundo Reich. El Congreso de los juristas alemanes de 1936, que tuvo lugar en Leipzig, sede del Tribunal Supremo alemán, ofrece conferencias muy interesantes en un volumen de más de 500 páginas, que comprende las actas de las sesiones generales y de grupos especiales. Las sesiones generales tratan del Derecho en la economía, del Derecho racial, del Derecho en sus relaciones con la comunidad, y últimamente del Partido y del Estado. Los grupos especiales se componen de jueces y fiscales, de abogados, de funcionarios de la Administración, de catedráticos, de economistas, de notarios, de secretarios, etc.

I

1) La economía nacionalsocialista está caracterizada por su oposición a la economía del tipo liberal. La conferencia de Hans Merkl, "De la libertad económica a la economía ordenada", da cuenta de esta situación. El liberalismo reconoció varias clases de libertades: la libertad de abrir una empresa; la libertad contractual; principio de la competencia libre; mercados libres; precios libres; abstención del Estado en lo referente a préstamos, intereses y a deudas, y, finalmente, ausencia de una constitución económica. En todas estas cuestiones ha de susti-

tuirse el principio de la libertad por el de la vigilancia e intervención estatal. Hoy no existe ya libertad completa de abrir una empresa cualquiera. En muchos casos se prohíbe terminantemente la apertura de una empresa nueva. En otros casos hace falta la concesión de la autoridad administrativa que depende de la necesidad económica en lo atinente a la empresa. La libertad contractual también ha sufrido una modificación profunda. El autor llama la atención sobre los contratos de adhesión que grupos de personas (caseros, porteadores, etc.) suelen redactar y a los que la otra parte contratante ha de someterse incondicionalmente, puesto que aquel grupo ejerce el monopolio efectivo del mercado. Así el Estado se ve obligado a intervenir y a dictar un compromiso justo entre los intereses opuestos. La competencia desenfrenada condujo a medidas contra la competencia ilegal e inútil, y hay que fomentar, en cambio, la lucha útil en la cual cada uno intenta superar a su competidor. La libertad de los mercados abrió el paso a la especulación bursátil, abuso típico del liberalismo, que creó grandes capitales sin trabajo y en detrimento de los pequeños ahorros. El Nacionalsocialismo prohíbe, por eso, los negocios a término con trigo. La libre formación de los precios lleva anejos graves perjuicios. La producción de importantes artículos resulta inconveniente por razón de precios bajos en el mercado mundial. En otros campos, al revés, piden las grandes empresas monopolizadas precios abusivos. El comisario de precios, nombrado en 1934, vigila y reglamenta la formación de los precios en el interés de la comunidad del pueblo. La abstención del legislador en lo referente al crédito y a las deudas produjo, por ejemplo, la ruina de los campesinos, cuyas deudas contraídas en ocho años excedían de doce mil millones de marcos. La ley sobre la ayuda al Este, sobre limitaciones de la ejecución forzosa y otras cuestiones, remedió esta situación. Finalmente, hemos de mencionar la constitución gremial de la economía. El Nacionalsocialismo dictó leyes sobre la organización provisional del gremio alimenticio, de los artesanos alemanes y de la estructura racional de la economía alemana. Paúl Giesecke disertó sobre "El derecho de la empresa económica", y Otto Mönckmeier, sobre "Rasgos fundamentales del nuevo orden social y económico".

2) Al Derecho racial se dedican varias conferencias: "Raza y pueblo", de Falk Ruttke; "Raza y familia", de Ferdinand Mössmer; "Raza y herencia", de Heinrich Lange, y otros tres discursos que vamos a analizar brevemente. Roland Freisler habla de "La raza como origen,

pórtador y meta del Derecho popular alemán". En el Estado absolutista y autoritario, en el Estado de antes de la Revolución francesa, fué fuente del Derecho el poder divino del Jefe del Estado. La meta del Derecho fué el aseguramiento o el aumento de este poder. El portador del Derecho fué el mandato autocrático y la autoridad que impuso ese mandato. La esencia del Derecho fué su carácter de instrumento del Poder. En el Estado liberal es el origen del Derecho el contrato social de los individuos; su meta, la protección de la libertad individual; la esencia del Derecho, la de ser "norma coactiva de la vida social"; su portador, los órganos estatales, como mandatarios de la suma de los individuos. En el Estado "de compromiso", como lo fué, por ejemplo, la República de Weimar (compromiso entre burguesía y proletariado), arraiga el Derecho en la convicción intelectual de que un ordenamiento coactivo es necesario. La meta del Derecho es el establecimiento de reglas de guerra para la lucha de todos contra todos. La esencia del Derecho sigue siendo la de ser "norma coactiva de la vida social". El portador del Derecho es en cualquier momento la mayoría parlamentaria de un partido o de una coalición pasajera de partidos. Ninguno de estos tres Estados conoce al pueblo como raíz, meta y portador del Derecho. El Estado absolutista no lo conoce sino como medio y base del Poder; y el Estado liberal, así como su degeneración, el Estado "de compromiso", ven en el pueblo meramente una suma de ciudadanos. En estas dos últimas formas estatales gira el Derecho en torno del individuo. La voluntad general se forma por medio de una adición de las voluntades individuales. El principio "nullum crimen sine lege" favorece al ciudadano astuto, conocedor del Código penal. El matrimonio estaba encaminado hacia la felicidad de los cónyuges sin someterse al bienestar del pueblo. La ciencia jurídica elabora conceptos abstractos. El concepto de la propiedad se aplica a las relaciones del campesino con su finca; a las relaciones del artesano y del patrono con su taller; al dominio de cada cual con referencia a sus vestidos y joyas; en resumidas cuentas: a situaciones vitales completamente diferentes entre sí. El concepto del arrendamiento se refiere tanto al arrendamiento de un libro, de una habitación amueblada, de un hogar familiar, como al arrendamiento de un obrero, sea de un obrero del campo, sea de un obrero industrial. El concepto de daño ataíñe tanto al ataque ofensivo contra un monumento nacional como al ensuciamiento de los vestidos del prójimo. El Derecho dependía del medio; no tuvo la tarea de educar a los hombres. El Derecho era formalista, libre de jui-

cios de valor. Se conceptuó la Justicia como igual en todos los tiempos y entre todos los pueblos. El Derecho no distinguía nacionales y extranjeros, ni dentro de los nacionales las diferentes razas, ni siquiera hombres y mujeres. El Nacionalsocialismo se opone a todos estos puntos de vista. El Derecho arraiga en la sangre del pueblo. El Derecho debe coincidir con la moral. El Derecho descansa sobre la fidelidad hacia la raza y hacia la comunidad. La fidelidad de una persona es su honor; y el honor es el núcleo de la personalidad. El Derecho popular no es Derecho de juristas; y a un Derecho popular no se puede imponer un Derecho extranjero, como lo fué, por ejemplo, el Derecho romano o el Derecho de la Revolución francesa. La meta del Derecho popular es la conservación, purificación y robustecimiento de las fuerzas y valores fundamentales de la vida del pueblo. Los valores eternos de la comunidad son la raza, el suelo, el Estado, el honor nacional y el trabajo nacional. Estos valores sustanciales (y no los conceptos jurídicos) determinarán la interpretación del Derecho. Hoy no rige ya el principio "fiat justitia, pereat mundus", sino los lemas: "summum ius, summa iniuria", "derecho o injusticia: ¡mi país!" y "mi pueblo, por lo tanto, mi Derecho". "Nunca podrá ser en Alemania Derecho lo que perjudica al pueblo alemán; pero sí podrá ser Derecho todo lo que conviene al pueblo alemán." El Estado no es fin, sino medio: es el administrador fiduciario del Derecho. El Derecho popular es el objeto de la fe jurídica. En lugar del intelecto discursivo ponemos la intuición y los sentimientos jurídicos. El Derecho vive mientras que el pueblo existe. El tema de la conferencia de Heinrich Barth, *Seguridad jurídica y justicia*, ocupa vivamente al Nacionalsocialismo. El mismo Goering disertó acerca de estos dos conceptos el 13 de noviembre de 1934. El principio supremo es el bien del pueblo. Por consideración al bien del pueblo puede quedarse en un caso concreto un crimen sin castigo. Por otro lado, el Nacionalsocialismo ha abolido el principio liberal del "nullum crimen sine lege", y lo ha sustituido por el principio "ningún crimen sin castigo". El ideal liberalista de la seguridad jurídica, del que se deducía el reino de la ley previsora y el sometimiento del Juez a ella, es equivocado. La ley no puede abarcar todos los casos posibles. La seguridad de la comunidad no consiste en el mantenimiento de un orden determinado, sino en el cumplimiento de las finalidades nacionales de este orden. El autor termina con las palabras: todo el Derecho viene del pueblo; todo el Derecho para el pueblo y todo el Derecho en el pueblo. Dahm discurre acerca de *Traición racial, traición*

del pueblo e infracción del deber de fidelidad. El crimen es para él infidelidad hacia la comunidad y no desobediencia ni amenaza de la sociedad por personalidades asociales. La raza es la base del pueblo. La "Ley para la defensa de la sangre alemana y del honor alemán", del 15 de septiembre de 1935, protege eficazmente este valor fundamental. Toda clase de comunión sexual prohibida, sea dentro de un matrimonio anulable, sea fuera del matrimonio, se castiga como traición de la raza. Por estos crímenes se pone en peligro la identidad racial, base del pueblo. Desde los tiempos romanos se distingue la "perduellio" y el "crimen maiestatis". La "perduellio" se refiere a los delitos contra la seguridad exterior del Estado; el "crimen maiestatis", a los delitos contra la Constitución y contra el régimen. El liberalismo juzgó gravemente los delitos contra la seguridad exterior, mientras que consideró al culpable de una rebelión contra el régimen como a una persona respetable (así llamado delincuente por convicción). El Nacionalsocialismo acerca el "crimen maiestatis" a la "perduellio". Ambos delitos son traición del pueblo. Deberes especiales de fidelidad resultan, por ejemplo, del lazo familiar; por eso ha de castigarse el infanticidio más severamente que hasta ahora se castigaba. Los funcionarios, también, deben observar una fidelidad especial. Otros deberes especiales existen frente a los compañeros. Así castiga el Código penal militar el hurto entre compañeros con particular severidad. Una omisión infractora del deber de fidelidad es punible. Podemos descuidar un poco los tipos legales rigurosamente establecidos. Tampoco la pena es soluble en un número determinado de efectos. Se extiende a toda la personalidad. El delincuente queda sin honor; y pierde, por ejemplo, su finca familiar (Erbhof) o su posición como caudillo de empresa.

3) La tercera serie, *Derecho y comunidad*, reúne conferencias sobre *La comunidad del pueblo y el Derecho agrario alemán* (Hellmuth Schieck), *Trabajo y comunidad* (Wolfgang Siebert), *Jurisprudencia y comunidad* (Freiherr von Steinaecker), y sobre *Honor y comunidad* (Graf von der Goltz). Hellmuth Schieck distingue tres grupos de leyes referentes al Derecho agrario. El primer grupo abarca el Derecho anticuado liberal; el segundo grupo representa el Derecho agrario de tránsito; el tercer grupo, finalmente, nos enseña el Derecho agrario auténticamente nacionalsocialista. Al primer grupo pertenecen, por ejemplo, las leyes sobre la expropiación forzosa. Su núcleo consistía en la prevalencia de los intereses de la comunidad frente a los intereses particulares. Sin

embargo, desvirtuó el liberalismo esta idea fundamental, concibiendo la facultad estatal de expropiar forzosamente dominio particular como una limitación molesta de la propiedad individual sagrada. Al Derecho transitorio pertenecen, por ejemplo, las leyes sobre la construcción de autopistas del 27 de junio de 1933, sobre la consecución de tierras para fines militares del 20 de marzo de 1935, etc. La finalidad principal de la época de tránsito es la formación de hombres nuevos. Los hombres nuevos cambiarán las leyes antiguas tan sólo mediante el nuevo espíritu de interpretarlas. Una ley auténticamente nacionalsocialista es la ley del Imperio alemán de 29 de septiembre de 1933, sobre "fincas amayorazgadas o vinculadas", de la cual los lectores de nuestra REVISTA han sido enterados en el número 135 del año XII (1936), páginas 233 y sigs. La mencionada ley extiende su ámbito a 750.000 fincas amayorazgadas, sobre las cuales más de la mitad de la población campesina alemana está trabajando. Los campesinos representan la fuente de sangre del pueblo. Hay que proteger las fincas contra deudas excesivas para que estén siempre en manos de labradores libres. La "finca de mayorazgo" es inalienable; no está sometida a la ejecución forzosa; pertenece en herencia al hijo mayor o menor sin sufrir divisiones de ninguna clase. Otra ley importante es la Ley sobre la reglamentación de las necesidades territoriales del Estado del 29 de marzo de 1935, por la cual se organiza una autoridad especial, destinada a vigilar toda clase de expropiaciones y adquisiciones de terrenos de parte del Estado, sea para fines militares, sea para construcción de calles, etc., con el fin de asegurar así la unidad de organización en el Imperio. El profesor Siebert diserta acerca del Derecho de trabajo. El marxismo considera el trabajo como mercancía; e intenta, lógicamente, conseguir para ella un precio favorable. Para esta finalidad los obreros se reunen en sindicatos y representan de este modo una fuerza igual a la de los patronos. El Estado reconoce el derecho de huelga y el *boycott*; en resumidas cuentas: todo el aparato de la lucha de clases. El Nacionalsocialismo considera el trabajo como el desarrollo de las fuerzas personales dentro de la comunidad. No se trata de una maldición antinatural. Comunidad, personalidad, honor y trabajo son inseparables. La ley para la ordenación del trabajo nacional crea una autoridad especial: los fiduciarios del trabajo. El fiduciario del trabajo edita la ley de bases. El trabajo no es nunca objeto de un contrato obligacional. Nos encontramos aquí más bien con una relación jurídica de índole personal. Su contenido es un deber mutuo de fidelidad. El deber

de pagar el salario, de conceder vacaciones, por una vertiente; y el deber de trabajar, de obedecer y de guardar los secretos de la empresa, por la otra, no son sino formas del deber de fidelidad. Freiherr von Steinaecker aborda el tema *Jurisprudencia y Comunidad*. El Juez ha de ser el representante de la sabiduría eterna y el portador de las leyes eternas de la sangre del pueblo alemán. Tiene que producir efectos mediante su personalidad. El Juez es la expresión viva de la comunidad. La función del Juez es la conservación de los valores sustanciales del pueblo alemán: raza, suelo, Estado, trabajo y honor. Dr. Rüdiger Graf von der Goltz exige una protección más amplia del honor, sobre todo en el Derecho penal: hay que limitar la posibilidad de probar la verdad de la calumnia o de la injuria. El Nationalsocialismo ha creado numerosos Tribunales de honor (para funcionarios, oficiales, médicos, abogados, etc.). Las palabras que inician los preceptos sobre la Jurisdicción de honor de los miembros del Partido son características: "El honor es el bien supremo. Su conservación y su protección ha de ser para cada alemán más esencial que su vida. El honor alemán no depende del dinero, posesión, título, situación social y rango. El honor alemán es honor de soldado y depende, por tanto, de su amor hacia la Patria, de su fidelidad, virilidad, compañerismo y honradez." Graf von der Goltz termina con las palabras siguientes: "La Jurisdicción de honor alemana es uno de los hijos más jóvenes de la Jurisdicción alemana en general. Tiene la suerte de vivir en una época en la cual las fórmulas y las formas, la burocracia y los legajos no tienen cotización. No se encuentra manchada con polvo de expedientes y antecedentes, difíciles de hacer desaparecer. Así podrá hacer Justicia en todas las cuestiones del honor, sintiendo la palpitación de la vida y teniendo sus arterias henchidas de sangre. Puesto que el honor y la sangre son inseparables. Y la bandera vale más que la muerte."

4) La serie *Partido y Estado* abarca conferencias sobre *El Estado del Caudillo* (Walz) y sobre *Partido y Estado* (Stuckert). Walz caracteriza el Partido como la fuerza que forma la totalidad política y hace la conglomeración duradera; el Estado es la forma en la cual se realiza la unidad; y el pueblo es el núcleo eterno, la materia viva, de la cual todo se forma y en la cual todo cobra figura. Walz distingue luego varios tipos estatales mediante el orden valorativo que dan a las tres entidades siguientes: Pueblo, Estado, Constitución. El liberalismo considera la Constitución como soberana; y da al Estado y al Pueblo sólo valor derivado, como productos normativos de la Constitución. El Fas-

cismo italiano da el primer lugar al Estado. El produce al Pueblo y la Constitución. El comunismo desconoce los tres valores: el proletariado internacional sustituye al Pueblo; y el Estado y la Constitución tienen sólo valor instrumental. El Nacionalsocialismo coloca en primer lugar al Pueblo determinado racialmente. El Estado y la Constitución sirven al Pueblo. Stuckart expone que el Partido garantiza la estabilidad del régimen, factor importantísimo, si no decisivo, para la felicidad de un Pueblo.

II

En la segunda parte destaca la conferencia de Emge sobre *La tarea de la ciencia jurídica en el nuevo Estado*. El autor es Catedrático de Filosofía de Derecho en Berlín; y no es desconocido al público español (1). Emge comprueba que en el régimen nacionalsocialista, el jurista dispone de más materia que en el régimen liberal, puesto que, además de las leyes positivas, puede recurrir a los mandamientos del Caudillo y a la concepción nacionalsocialista del mundo. Sin embargo, la materia dada no convierte al jurista en un autómata, ya que múltiples principios de la concepción nacionalsocialista del mundo necesitan un desarrollo interpretativo. He aquí la diferencia al comunismo soviético, donde no existen tales principios y donde, por lo tanto, el jurista no es persona libre. Emge discute también el carácter científico del Derecho, citando las célebres palabras de Kirchmann. "Un plumazo del legislador y bibliotecas se inutilizan." Emge menciona la solución de Salomón (bien es verdad, sin nombrarle), que considera como objeto de la ciencia jurídica los problemas jurídicos en vez del Derecho positivo. La discusión de este problema básico ha de girar alrededor de las tres características de toda ciencia: la finalidad de las investigaciones es el conocimiento; las materias forman un terreno de problemas conexos; progresión continua de las exploraciones. Paul Ritterbusch habla de *La tarea de la ciencia jurídica de hoy y de la Facultad de Derecho*. La Revolución nacionalsocialista requiere una revolución jurídica. Toda ciencia jurídica tiene necesidad de una Filosofía jurídica. La nueva Filosofía jurídica se inspirará en el "pensamiento concreto de órdenes y formaciones" (Carl

(1) Véase *Revista de Derecho Público*, 1936, pág. 166

Schmitt), a diferencia del pensamiento abstracto y formalista. La Facultad de Derecho representa la unidad de las ciencias jurídicas. Erwin Wiskemann da un esbozo de las *Ciencias económicas en el nuevo Estado*. Busca una solución intermedia entre un estudio exageradamente teórico y una anteposición extremada de la práctica. Los ataques del Nacionalsocialismo contra la teoría liberal hacen creer a mucha gente que el Nacionalsocialismo sea hostil a toda teoría. Sin embargo, eso no es así. Se trata precisamente de la creación de una teoría nacionalsocialista. Wiskemann nombra, sobre todo, a List como precursor de una ciencia económica alemana; y a Gottl-Ottlilienfeld como representante contemporáneo de ella. Mencionemos finalmente los títulos de las conferencias a las cuales no dedicamos comentario alguno para informar al público español interesado en asuntos jurídicos: "La Jurisprudencia de las autoridades ocupadas de fincas amayorazgadas como ejemplo de Justicia popular" (Martin Busse); "La independencia del Juez y su vinculación a la ley" (Moser von Filseck); "El Abogado libre en el Tercer Reich" (Erwin Noack); "Anwalt und Advokat" (1) (Seydel); "El juramento político" (Höhn); "Desarrollo y esperanzas de la profesión de los economistas" (Buwert); "Derecho constitucional de la juventud" (Neesse); "El Movimiento y los jóvenes juristas" (Schwarz van Berk); "Formación y creación jurídica en el Derecho contractual y de sociedades" (Klausing) (2); "Funciones de la Jurisprudencia cautelar" (Erich Bley).

D. L. PRIETO CARRASCO.—*Concepto del proceso y del Derecho procesal civil*.—Zaragoza. "La Académica". 1936.

El autor, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, y procesalista de los que, con un profundo espíritu español, se hacen cargo de las deficiencias de nuestro Enjuiciamiento, busca

(1) El título no es traducible, máxime porque el autor no distingue bien los dos conceptos, que significan ambos "abogado". Parece que quiere oponer el abogado (*Advokat*) del liberalismo, destinado a proteger al individuo contra el Estado, al abogado (*Anwalt*) nacionalsocialista, que trabaja con el juez—sólo en diferente sitio—para el arreglo justo del conflicto.

(2) Por el especial interés que la materia ofrece a nuestros lectores, publicaremos en el próximo número de REVISTA CRÍTICA una amplia información de esta conferencia, traduciendo literalmente las conclusiones a que llega.

con inquietud en los grandes maestros austriacos, alemanes e italianos las inspiraciones y conceptos que hayan de renovar la técnica legislativa miserable de un Parlamento ramplón y dominado por semianalfabetos.

En este primer capítulo de un sistema de Derecho procesal civil, pasando rápida revista a los autores que definen el proceso como una relación jurídica que se constituye entre las partes entre sí y con el Tribunal, o sólo entre cada parte y el Tribunal, o sólo entre las partes con exclusión del Tribunal, se inclina hacia el profesor Goldchmidt, que sustituye el concepto de relación jurídica por el de situación jurídica y llega, sin sentirse muy satisfecho con el resultado, a definir el proceso como actividad, regulada por el Derecho procesal, de las partes y del Tribunal, instada por el llamado demandante para obtener la sentencia, aero por el cual el Tribunal cumple su misión de defensa del orden jurídico, que le está encomendado por el Estado, y tutela el derecho de la parte que en el curso de él haya demostrado poseerlo.

En cuanto al Derecho procesal, es considerado por el autor como el conjunto de normas que regulan el proceso, y le atribuye la misión de establecer los requisitos, forma y efectos de los actos procesales, regular la competencia del órgano público que actúa en aquél, la capacidad de las partes, los efectos de la cosa juzgada y las condiciones para la ejecución de la sentencia. Del carácter público que atribuye a esta rama del Derecho deriva dos importantes consecuencias: la inadmisibilidad del proceso convencional y del simulado y la vigencia, como regla, del Derecho del país en que los actos procesales se realicen (*lex fori*).

PROF. CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE.—*Tratado de Derecho Civil Español*.—5 tomos en cuarto, de más de 600 páginas. Cuesta. Valladolid.

Al mismo tiempo que el año 1939, ha terminado la publicación de la cuarta edición del conocido Tratado, con que el eximio Catedrático y antiguo Rector de la Universidad de Valladolid corona su laboriosa vida académica.

Aparte de las enmiendas constantes en el texto, de la adición de notas con los resultados de una investigación y lectura infatigables y de las nuevas referencias a una rica bibliografía, se ha añadido a cada tomo un

complemento con las leyes, decretos y órdenes más importantes de la Nueva España.

Todavía la escrupulosa conciencia del autor le lleva a pedir, en una nota final, a sus lectores que suplan las deficiencias, "porque con motivo de la guerra española hemos estado incomunicados con el mundo y no ha sido posible consultar obras y revistas". Pero nosotros podemos asegurar que ni la incomunicación fué absoluta ni la advertencia tiene otro valor que el de confirmar la opinión que sobre la conciencia profesional y literaria del autor tienen los discípulos y maestros que en estos últimos días le han rendido afectuosos homenajes, a que REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO se asocia con toda el alma.

Resumen de la conferencia sobre "La vocación jurídica del pueblo español", leída por el eximio Catedrático D. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS en la Real Academia de Jurisprudencia, el día 13 de marzo de 1940.

Dejando a un lado todo intento de Psicología comparada de los pueblos, se propuso el conferenciante demostrar que España tiene un espíritu jurídico muy destacado; que si hay pueblos de vocación jurídica, es seguramente el nuestro uno de los que más pruebas han dado de esta honrosa cualidad. Y tras una alusión a la génesis del genio jurídico español, determinada quizá por la herencia de Roma, unida a la dote aportada por otros pueblos y a la influencia del Cristianismo, que se encargó de fundir todas esas aportaciones en un espíritu común, pasó a estudiar los índices de la vocación jurídica de nuestro pueblo, distinguiendo este triple grupo: a) La Historia y el Arte, exponentes generales del genio de un pueblo, que nos muestran el espíritu de justicia y el culto a la justicia que han distinguido a los españoles; b) Las manifestaciones directas del pensamiento jurídico, o sea la literatura del Derecho, en sus variadas manifestaciones; c) Las instituciones jurídicaspositivas, legislativas y consuetudinarias, que han plasmado el Derecho vivo.

El *sentimiento jurídico* del pueblo español (manifestación *primaria* de esa vocación jurídica), se traduce en el afán de justicia y en el prestigio tradicional que la justicia gozó en nuestra Patria, como lo acreditan los monumentos de nuestra legislación, el testimonio de los historiadores y tratadistas, las fuentes literarias de origen popular y las

fuentes de la literatura culta. El sentimiento y la idea de justicia han sido, en la Patria del Cid y de Don Quijote, más vivos que la noción de la ley. La forma o matiz de aquéllos es la de un sentimiento de equidad, que a veces adopta actitudes de rebelión contra el exceso de leyes y contra las formas procesales.

El *pensamiento jurídico español* (manifestación *cultural* de aquella vocación) ha tenido manifestaciones variadísimas, que abrazan el extenso campo de la producción, la aplicación y la enseñanza del Derecho; las actividades legislativas y toda clase de trabajos profesionales o científicos. Destacan las grandes colecciones legislativas, que se adelantan en muchos aspectos a las de otros países, y las meritísimas creaciones doctrinales con que nuestra Patria ha enriquecido a la cultura jurídica mundial. Aun los extranjeros, sistemáticamente detractores de los prestigios científicos de nuestra Patria, reconocen que la jurisprudencia ha sido siempre brillantemente cultivada en España. Una de las características del pensamiento español, la intuición o iniciativa de principios y disciplinas nuevas, ha tenido, en los dominios del Derecho, brillantísima confirmación en la ciencia del Derecho canónico, en la del Derecho internacional, en las ciencias penales, en las políticas y sociales, en el Derecho del trabajo. No ha distinguido tanto al pensamiento español la constancia y continuidad de la labor; pero así y todo han existido escuelas jurídicas nacionales, sobre todo en los siglos gloriosos XVI y XVII.

Las *instituciones jurídicas españolas* ofrecen como rasgos dominantes su originalidad (que se va vislumbrando en el actual estado de los estudios, a pesar de que ha constituido una verdadera manía de nuestros historiadores del Derecho la de exagerar las aportaciones e influencias extrañas), la extraordinaria riqueza y variedad de sus formas y, desde un punto de vista interno, el sentido personalista o humanista, de exaltación del valor de la individualidad, contrapesado, sin embargo, en el orden político, por el principio de jefatura jerarquizada, y en el orden civil, por una sólida organización de la familia.

En conclusión, queda bien probado que España es un pueblo de vocación jurídica muy señalada, de personalidad destacadísima en el orden del Derecho. Ha creado una *cultura jurídica* que en algunas épocas se ha difundido por otros países y que, en puntos muy importantes, ha legado a la Humanidad concepciones que pueden considerarse como definitivas. Ha creado al mismo tiempo unas *instituciones positivas* que también han

salido fuera del solar español, aclimatándose en otros continentes. Fundiendo en uno el espíritu jurídico de muchos pueblos, España ha modelado su propio genio y lo ha transmitido a un gran número de nuevas naciones, unidas hoy por los vínculos de una cultura común y de una misma tradición jurídica.

LA REDACCIÓN