

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Octubre de 1935

Núm. 130

La teoría lingüística del conocimiento y preliminares a una crítica del método dialéctico ⁽¹⁾

Introducción.—A) La teoría lingüística del conocimiento.—I. Aspecto gnoseológico.—II. Aspecto ontológico.—III. Aspecto totalitario.—B) Preliminares a una crítica del método dialéctico.—I. Ejemplo meramente metafísico.—II. Dos ejemplos de imprecisión y de contenido metafísico.—III. Ejemplo de mera imprecisión.

La necesidad más urgente de las ciencias actuales es acaso la investigación de la palabra (2). Hay que considerarla bajo el aspecto gnoseológico tanto como bajo el aspecto ontológico. La importancia de esta investigación se revelará en seguida cuando se piensa en cualquier ejemplo sencillo: Hablando de la edad de Juan y de Luis,

(1) Aunque a primera vista parezca muy distanciado del ámbito de REVISTA CRÍTICA el tema desenvuelto en este trabajo, son tantos los errores y las falacias en que incurren así los profesionales como los investigadores del derecho, que nos creemos en el deber de iniciar a nuestros lectores (si de ello están necesitados) en estos preliminares de importancia innegable para la lógica jurídica.

(2) Véase Werner Goldschmidt, *Einige rechtstheoretische Probleme im Lichte der linguistischen Erkenntnistheorie*, en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1935, pág. 24-36; bibliografía en nota (1), p. 25; *La conoscenza e le parole*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1935, p. 420 y siguientes.

nadie duda que no quiero saber la edad de las palabras «Juan» y «Luis», sino la edad de las personas, a las que las palabras representan. Sin embargo, se ha de tener presente que la situación se da en dos conjuntos de formaciones, que entre sí constan de dos formaciones, indicando la una la otra. Y se debe tener presente, además, que mi pregunta se refiere a los segundos eslabones de es-

Juan (la palabra) Luis (la palabra)

Juan (la persona) Luis (la persona)

tas dos cadenas de indicaciones. Porque una imprecisión, que no hace daño en una situación sencilla, puede adquirir máxima importancia en una situación complicada. Vamos a hablar, por ejemplo, de individuo y sociedad (1). Se ha dicho, referente a este objeto, que la relación entre estos dos conceptos es una relación dialéctica. El individuo nace dentro de una sociedad y recibe de ella su educación y formación moral e intelectual. En cambio, consta cualquier sociedad de individuos, que le dan su tono especial y sus características. Y aunque, de vez en cuando se levantaban en la filosofía voces condenando el concepto de la causalidad alterna, el método dialéctico le ha adoptado tanto como el principio de contradicción, del cual hace uso como principio científico. Pero «individuo» y «sociedad» no son sino puntos de partida de conjuntos de indicaciones, y representa una vaguedad perjudicial el hablar de estas dos palabras sin decir a cuál eslabón de los conjuntos correspondientes se refiere una. Por ejemplo, se refiere la palabra «individuo» a Luis (y a un sinnúmero de otras personas), y Luis, investigando los orígenes de su nacimiento y de su formación anímica, se refiere a sus padres, a sus profesores, a los sacerdotes, a muchos autores cuyos libros Luis ha leído, etc. La palabra «sociedad» se refiere, a su vez, entre otras cosas, a una multitud de sociedades, por ejemplo, a la sociedad española, y la palabra «sociedad española» se refiere en la segunda indicación, por ejemplo, a la «sociedad española en 1935». Supongamos ahora, por ejemplo, que Luis ha muerto en 1934; entonces es evidente que la sociedad española de 1935 no ha tenido

(1) V. Theodor Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, 3.^a ed., Leipzig, Teubner, 1926 (p. ej. p. 10-24).

ningún influjo sobre él, mientras que sí es posible y probable que Luis haya influido en la sociedad española de 1935, por ejemplo, por la educación dada a su hijo, que forma parte de dicha sociedad.

Individuo

Sociedad

Luis, etc.

Etc. Sociedad española

padres, profesores, sacerdotes, etc. Etc. Sociedad española en 1935

Luis, hijo, etc.

Cuando se supone que Luis aun vive en 1935, tenemos que seguir otras indicaciones, y encontraremos luego, por ejemplo, la pregunta si el acontecimiento político tal, que se realizó en junio, tenía influjo sobre las resoluciones de Luis; de manera que siempre llegaremos a preguntas magníficamente cognoscibles y contestables sin hacer uso de conceptos tan problemáticos como el de la causalidad alterna. Bien es verdad que tal vez se nos oponga que el interés científico no enfoca personas concretas y sociedades concretas, sino los conceptos abstractos del individuo y de la sociedad. Pero tenemos que replicar que el conocimiento no sólo de las palabras, sino de todo lo que existe, consiste en el seguimiento de las indicaciones, y que si bien es verdad que hay palabras que no poseen indicaciones perseguibles (por ejemplo, la palabra «lo incognoscible»), no lo es menos que estas palabras son incognoscibles. Claro es que se plantea la cuestión de saber bajo qué condiciones una indicación es observable, o, en otras palabras, cognoscible, cuestión que trataremos en la parte sistemática. En esta sección era nuestra intención demostrar que el papel de las palabras es de importancia central. La tarea científica actual es someter la palabra a la investigación gnoseológica y ontológica, como se somete a esta investigación plantas, animales, estrellas, números, etc. Este camino tiene que conducirnos a las ciencias culturales exactas. En la actualidad se encuentran en el mismo estado que las ciencias naturales antes de la introducción del experimento.

A) LA TEORIA LINGUISTICA DEL CONOCIMIENTO

Tanto la teoría del conocimiento, como la ontología, han descuidado hasta la actualidad la *cognoscibilidad* y el *ser de la palabra*. Esta dejación se explica psicológicamente por la concepción natural de que las palabras representan los medios de la ciencia. Por virtud de esta concepción, no entraban en la ciencia como su objeto. En cambio, explica esta dejación el confusionismo terrible en todos los campos científicos, el escepticismo, que era su producto, y el misticismo y alogicismo con todas sus consecuencias éticas y sociales, los cuales, a su vez, eran efectos de aquella desesperación.

I.—ASPECTO GNOSEOLÓGICO.

La investigación de las palabras nos ofrece un primer resultado: *palabras representan formaciones sensibles*. El oído o la vista, en su caso el tacto, nos proporcionan las palabras en su forma sensible. Huelga decir que con ésta no sabemos todo lo esencial que implica una palabra. Por lo tanto, hemos de añadir a nuestro primer resultado un segundo: *cada palabra indica otra diversa formación*. Hablando de «esta mesa» es menester, para nuestro entendimiento, por un lado, oír dicha formación sensible, y por otro lado seguir su indicación a esta mesa. Ahora bien, me encuentro con la mesa. La mesa representa también una formación sensible. Me ocupo de su investigación. Entonces compruebo que la mesa consta de cuatro patas y de una tabla y un cajón. En otras palabras: el conjunto de la mesa es mi punto de partida, y luego, siguiendo mi investigación, a la primera, segunda, tercera y cuarta pata, y, en fin, a la tabla y al cajón. Parece que los dos resultados referentes al ser y al conocimiento de las palabras pueden hacerse extensivos a otras formaciones. De hecho, llegaremos al resultado de que *todo lo que encontramos en el mundo son formaciones sensibles y se conocen siguiendo su indicación. Y esta indicación es perseguible en la medida en que se refiere a otras formaciones sensibles*. Así es cognoscible por completo la palabra «esta mesa», por indicar, mera y exclusivamente, la mesa. Si la misma mesa es cognoscible,

resulta otra cuestión diferente. En cambio, es incognoscible por completo la «cosa en sí» kantiana, por no referirse a ninguna formación sensible. Entre estos dos puntos extremos de cognoscibilidad completa e incognoscibilidad completa, hay una gran serie de clases intermedias, cuya investigación será la tarea de la teoría del conocimiento. Figúrese el lector que hasta la actualidad no tenemos una clasificación de las palabras según el grado de su cognoscibilidad. Vamos a dar dos ejemplos:

1) Se habla, por ejemplo, del *carácter de fulano de tal*. Esta palabra indica, entre otras cosas, todos los actos y sentimientos que esta persona realizaba y tenía. Además de indicar todas las exteriorizaciones del carácter de fulano de tal, indica dicha palabra el mismo carácter, es decir, esta sustancia íntima anímica, cuyas emanaciones representan los actos exteriores. Pero este núcleo del carácter no es una formación sensible, sino una formación no sensible, de manera que el «carácter de fulano de tal» sólo es cognoscible en tanto en cuanto dicha palabra hace referencia a las exteriorizaciones del carácter, mientras que, en cambio, el mismo carácter es incognoscible. El resultado de esta investigación apenas encontrará contradicción, por ser evidente.

2) Téngase presente el caso siguiente (3): En París se habían enajenado efectos al portador robados; en virtud del art. 2.280 del Código civil francés, el adquirente no se había hecho propietario, pero había adquirido un derecho al reembolso; los efectos pasaron a Alemania y se vendieron, al fin, a una persona en Hamburgo, donde el primer propietario interpuso demanda reivindicando los efectos al portador. El Tribunal Supremo alemán da importancia decisiva a la cuestión de saber *¿en qué momento ha nacido el derecho a reembolso?* Si el derecho a reembolso nace en el momento de la adquisición de los efectos de buena fe en París, y es transmisible, debe ser reconocido aún en Alemania, cuyo derecho propio desconoce tal crédito. Si, en cambio, no nace antes del momento en que el propietario hace valer su propiedad, es decisivo el orden jurídico alemán, que rige también la reivindicación. Según el derecho francés, tienen el derecho al reembolso, no sólo el primer

(1) V. Duden, *Der Rechtserwerb von Nichtberechtigten an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren im deutschen internationalen Privatrecht*, en *Beiträge zum ausländischen und Internationalen Privatrecht*, Heft 8, p. 40-48.

adquirente, sino también cada uno de sus causahabientes, y exigible es sólo el precio pagado por el primer adquirente. El Tribunal Supremo alemán entendió que el derecho a reembolso no nace antes de que el propietario reivindique los efectos. En la literatura se ha mantenido la opinión opuesta.

«Nacimiento de un crédito» representa una palabra metafórica. Indica palabras simples, como, por ejemplo, «nacimiento de una planta». La frase «nacimiento de una planta» indica una gran serie de formaciones sensibles, a saber: de plantas en el momento del nacer, y representa palabras muy cognoscibles, por referirse a formaciones sensibles, y, además, a muchas. En cambio, se refiere la frase «nacimiento de un crédito» sólo indirectamente al nacimiento de una planta; lo emplea sólo como ilustración. Lo a que estas palabras se refieren, en verdad, es una formación no sensible, y, por lo tanto, incognoscible. De hecho, no podemos ni demostrar, ni rechazar lógicamente, ninguna de las dos opiniones posibles.

El Tribunal Supremo alemán da importancia al momento en que regularmente el derecho al reembolso se hace patente, a saber: cuando el propietario reivindica sus efectos al portador. En cambio, la opinión opuesta tiene en cuenta el momento en que se crean las raíces de este derecho. El hecho de que el segundo adquirente lo tiene también y sólo puede reclamar la cantidad pagada por el primero, no demuestra el nacimiento del derecho al reembolso en el momento de la primera adquisición, porque aun cuando estas características del tipo legal se refieren al tiempo de la primera adquisición, otra característica presupone que el propietario haga valer su propiedad. Este resultado, al principio tal vez un poco sorprendente, se esclarece en seguida cuando se tiene en cuenta que se trata en nuestra hipótesis de la cuestión de saber *si el derecho al reembolso ha de regirse por la lex rei sitae en el momento de la primera adquisición de buena fe, o en el momento de hacer valer la reivindicación*. En otras palabras: se trata del problema relativo a la justificación de un «deber ser», una cuestión que, según la teoría dominante, es independiente de la investigación de «cualquier ser». Nuestro método nos ha revelado un ejemplo de «Begriffsjurisprudenz».

II.—ASPECTO ONTOLÓGICO.

Podemos figurarnos el conjunto de cosas como un *conjunto de formaciones sensibles, que se refieren las unas a las otras*. Quiero hacer plástico este punto fundamental respecto a un ejemplo lógico y un ejemplo jurídico.

1) Se habla, por ejemplo, de *una mesa grande, redonda y encarnada*. Esta situación sencilla se puede ordenar del modo siguiente: La palabra «esta mesa» indica la misma mesa, y la mesa como objeto indica su tamaño, su forma y su superficie.

La palabra : esta mesa

la misma mesa

su tamaño	su forma	su superficie
grande	redonda	encarnada

Cuando ahora digo que «esta mesa es encarnada, grande y redonda», se ve en seguida que «esta mesa» se refiere a tres cosas distintas, o sea : a su tamaño, a su forma y a su superficie, o en otras palabras, que me he expresado vagamente. De manera que los tres atributos que he atribuído a la mesa, de hecho los he atribuído a tres cosas distintas, que, bien es verdad, están relacionadas las unas a las otras de la manera descrita. Teniendo en cuenta este conocimiento, se llega al resultado de que a una cosa sólo es atribuible un atributo, y que precisamente la unidad de una cosa se constituye por esta unidad del atributo, de suerte que el «*principium contradictionis*», a saber : que atributos opuestos no pueden ser verdaderos al mismo tiempo respecto a un mismo objeto, puede ser ampliado al principio de que *diferentes atributos no son atribuibles al mismo objeto*, ya que el ser opuesto es una variedad de la diversidad. La diferencia entre la diversidad en sentido amplio y el ser opuesto, es que atributos diferentes, dejando aparte el que no pueden valer del mismo objeto, ni siquiera se refieren a un solo objeto, mientras que, en cambio, las oposiciones, aun cuando no pueden valer a la vez de un solo objeto, sí se

refieren a éste, de modo que se pueden definir *las oposiciones* como una variedad del ser diverso, que se *refieren al mismo objeto*. Con el principio general se ofrece a la vez el principio del tercio excluido, por la sencilla razón de que, si ni siquiera dos atributos pueden valer de un solo objeto, seguramente no existen tres posibilidades (1).

2) En la filosofía de derecho desempeña un gran papel *el problema del Estado y del Derecho*. No se sabe si el Estado es el que crea el Derecho, o si es el Derecho lo que crea al Estado, o si, tal vez, las dos entidades se encuentran en una relación dialéctica. Se puede ordenar una parte de este problema del modo siguiente :

Estado

Estado español Estado francés Estado inglés, etc.

Estado de Felipe II, etc.

De manera análoga indica la palabra «Derecho» el Derecho español, francés, inglés, etc., y la palabra «Derecho español», a su vez, el Código civil, etc. *Cuando se habla de las relaciones entre Estado y Derecho, se habla de una manera vaga, porque «Estado» y «Derecho» no son sino puntos de partida de conjuntos de indicaciones, de suerte que hay que decir a qué eslabón de esta cadena de indicaciones se hace referencia.* El filólogo puede referirse a la relación temporal entre las palabras «Estado» y «Derecho», investigando la cuestión de saber cuál de las dos palabras surgió primero. En cambio, el jurista se interesará por otros miembros de este conjunto de indicaciones. Por ejemplo: quiere saber si el Estado de Felipe II era anterior al Código civil español de 1888. Todas estas cuestiones, en forma precisa, son cognoscibles por completo. Tal vez se objete: todo esto no interesa a nadie; lo que se quiere saber es la relación del Estado en sí al Derecho en sí. Cuando esta cláusula del «en sí» significa que estas dos palabras no se refieren

(1) Sobre el principio de contradicción v. Aristóteles, *Metafísica*, Libro III; Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, *Transcendentale Elementarlehre*, Abt. I, Libro II, Hauptstück 2, Abschnitt 2; Sigwart, *Logik*, 3.^a ed., 1904, § 3, t. I, p. 188 ss.; Heinrich Maier, *Wahrheit und Wirklichkeit*, 1926, p. 414 ss.

a ninguna formación sensible, tampoco a una formación léxica, la objeción puede pasar. Pero en este caso las dos palabras son incognoscibles, y todo lo que se diga es metafísica. Cuando el «en sí», en cambio, no tiene este significado, sino solamente quiere decir que se trata de conceptos generales, hay que oponer que el conocimiento de conceptos generales precisamente se realiza en conjuntos de indicaciones.

III.—ASPECTO TOTALITARIO.

Después de haber entrado en la filosofía lingüística, tanto por la puerta de la teoría del conocimiento, como por la ontología, tenemos que perfilar una limitación muy importante de la tarea filosófica. Vamos a suponer que se exige de una persona que investigue una casa. Tendremos que esclarecer nuestra petición diciéndola, por ejemplo, que compruebe las dimensiones, o la fachada, o el número de las habitaciones, o el plan de construcción, o al arquitecto, etc. La meta de la investigación dependerá de la meta tradicional o del interés práctico o teórico que tenemos. Y el método que dicha persona seguirá dependerá de la ciencia en cuestión (arquitectura), o de la práctica correspondiente. La filosofía se ocupará sólo de la cognoscibilidad de la tarea y del ser de las formaciones que surgen; pero ni de la meta, ni del método de alcanzarla. Además necesita, para comprobar la cognoscibilidad, el conocimiento de la indicación. Cuando, por ejemplo, hay que comprobar el número de las habitaciones, nos encontramos con una tarea cognoscible, porque esta palabra indica solamente formaciones sensibles (la casa y sus partes). Cuando, en cambio, investigamos la belleza artística de la fachada, esta palabra nos indica primeramente la fachada, pero, además, una formación no sensible, o sea su belleza artística, que, por lo tanto, no es cognoscible por completo. En otras palabras: *la filosofía no nos ofrece el conjunto de indicaciones*. Este conjunto nos lo ofrece la historia (en sentido amplio) o la tarea concreta de que se trata. *Tampoco nos enseña la filosofía a seguir esta indicación*. Eso es oficio de las ciencias particulares. *La filosofía nos informa sólo sobre la posibilidad de seguirla y so-*

bre la naturaleza general de todas las formaciones existentes (1).

Por ejemplo: se discute si *el alma es idéntica con ciertas partes del cerebro* (materialismo), o si *representa una sustancia animica*, es decir, no corpórea (espiritualismo). La filosofía no nos da ningún informe respecto a esta cuestión. Su decisión es de índole hipotética. Supuesto que la palabra «alma» se refiere meramente al cerebro, se trata de una palabra cognoscible. Supuesto que no se refiere a ninguna formación sensible, no es cognoscible. Los conjuntos de indicaciones nos los ofrecen los psicólogos y los metafísicos de todos los tiempos, y también son estas dos clases de personas, y tal vez, además de éstas, los médicos, quienes ponen de relieve la indicación de la palabra «alma». De suerte que la pregunta relativa a la cognoscibilidad de una palabra presupone el conocimiento del conjunto de indicaciones.

Se objetará: lo que nos interesa es exactamente saber lo que la palabra «alma» indica. Pero así como no se puede decir que la casa nos ofrezca un campo de investigación, sino, por ejemplo, respecto a la fachada, tampoco se puede decir que «alma» indique necesariamente una formación determinada. Y así como la casa puede formar el punto de partida de un conjunto cualquiera de indicaciones—se ha dicho, con razón, que se puede tirar del asa de una taza una línea al centro del mundo—, la palabra «alma» puede indicar una formación cualquiera. Según se atribuye a la palabra «alma» esta o aquella indicación, cambia su naturaleza y se convierte en otra formación, por poseer una indicación diferente. De manera que los materialistas y los espiritualistas hablan de cosas distintas. Bien es verdad que, cuando los materialistas niegan la existencia de un alma espiritual, se equivocan gravemente, porque la palabra «alma» de los espiritualistas es incognoscible, de suerte que no es demostrable ni la existencia ni la no existencia de este concepto.

Opusimos en las primeras dos secciones teoría gnoseológica y ontología. Me parece que una filosofía universal reunirá estos dos aspectos. *Siempre se trata de conjuntos de formaciones sensibles, que poseen carácter indicativo.* En este principio se mezclan inti-

(1) V. Poincaré, *Der Wert der Wissenschaft*, 2.^a ed., 1910; R. Carnap, *Der logische Aufbau der Welt*, Weltkreis Verlag, 1928.

mamente el aspecto gnoseológico (el seguimiento de la indicación) y ontológico (conjunto de formaciones sensibles).

B) PRELIMINARES A UNA CRITICA DEL METODO DIALECTICO

Ya en la parte primera hemos discutido varios ejemplos del método dialéctico (Introducción : individuo-sociedad ; parte primera : Estado-Derecho) (1). La segunda parte seguirá haciéndolo. Tanto el método dialéctico en cuanto *objeto*, como la *manera* en que abordamos este objeto, necesita una justificación.

El método dialéctico desempeña en las ciencias culturales un

(1) Sobre el método dialéctico de Hegel, v. además de las obras de Hegel, Nicolai Hartmann, *Hegel*, Gruyter, 1929, ps. 155 ss. Sobre el método dialéctico en el Marxismo, v. Max Raphael, *Zur Erkenntnistheorie der konkreten Dialektik*, París, Excelsior, 1934, y Lenin, *Aus dem philosophischen Nachlass*, Verlag für Literatur und Politik, Berlín, 1931 (sobre todo ps. 283 ss.). Obras de carácter independiente son, entre otras, Jonas Cohn, *Theorie der Dialektik*, Leipzig, Meiner, 1923 (fundamental) ; Robert Heiss, *Logik des Widerspruch*, Gruyter, 1932. El concepto del método dialéctico es uno de los conceptos más vagos del mundo. Encontramos definiciones de toda índole. He aquí algunas. Hegel (*Encyclopaedia*, § 81) : «Lo dialéctico es el principio mediante el cual únicamente se forman en el contenido de la ciencia contexto immanente y necesidad.» En *Eckermanns Gespräche* dice Hegel (jueves, el 18 de octubre de 1827) : «En el fondo no es otra cosa que el espíritu contradictorio ordenado y metódicamente desarrollado, el cual se encuentra en cada hombre y que es sumamente habilitado para diferenciar lo verdadero de lo falso.» Hartmann (l. c.) dice que dialéctica significa el andar alrededor y al lado de la estructura múltiple y complicada del objeto (p. 167). Pero denomina también dialéctico el desarrollo histórico de un concepto (p. 169 s.). Litt (l. c., v. nota 2) dice que dialéctica representa el «levantamiento» de los resultados pensativos ingenuos mediante la autorreflexión (p. 42). Glockner (*Deutsche Philosophie*, Logos, 1934, p. 13) define la dialéctica como el principio fundamental de la crítica como ampliación. Lenin (l. c.) mantiene que dialéctica es la escisión de lo unitario y el conocimiento de sus partes contradictorias (p. 285). Al fin y a la postre sostiene Deborin (*Introducción al libro de Lenin*, p. X) de la concepción material-dialéctica de la revolución lo siguiente : su esencia es concebir la situación objetiva en toda su concreción, no dejarse gobernar por ejemplos determinados y dirigir activamente la lucha de las masas. Sobre el método dialéctico en Platón, v. Julius Stenzel, *Zum Aufbau des platonischen Dialoges*, t. a. de homenaje de Karl Joel, 1934, p. 246 s., Richard Höningwald, *Die Grundlagen der Denkpsychologie*, 2.^a ed., Teubner, 1925, p. 183.

papel muy grande, que no depende de la posición de la filosofía frente a Hegel, por la sencilla razón de que el marxismo y leninismo han adoptado dicho método. Esta importancia grande basta para justificar una investigación. Pero tampoco su investigación, desde el punto de vista lingüístico, carece de explicación. El método dialéctico proclama la insuficiencia de la lógica antigua y afirma la validez, o, por lo menos, la importancia positiva de los conceptos de la contradicción (1) y de la causalidad alterna, el cual está relacionado con el de la contradicción. Pero me parece a mí que se puede mantener la lógica antigua, modificándola lingüísticamente, o, en otras palabras, ampliando su alcance a la palabra como objeto de investigación.

Precisamente por este motivo discutiremos el método dialéctico para poner de relieve las particularidades de la teoría lingüística del conocimiento. Bien es verdad que no se trata de una exposición completa del método dialéctico, uno de los conceptos más vagos y más ambiguos de toda la lógica, como tampoco se trata de una exposición detallada de la teoría lingüística del conocimiento. Pondremos unos preliminares a la crítica del método dialéctico, analizando algunos ejemplos dialécticos desde el punto de vista lingüístico. La dialéctica es como una alcachofa: que se ha de comer hoja tras hoja.

I. El primer ejemplo ofrece un caso en que las palabras empleadas se refieren a formaciones no sensibles, que, por lo tanto, son incognoscibles. Respecto a estas formaciones, de hecho, no vale el principio aristotélico de la contradicción, porque no están sometidas a los valores verdad o falsedad, sino que pertenecen al campo *metafísico*.

Empieza Hegel en los artículos 86 y siguientes de su *Encyclopedia*, el análisis del *concepto puro del ser*. «Concepto puro» quiere decir que no hace referencia a ningún contenido determinado; no se trata, por ejemplo, del ser de esta casa o de esta mesa, sino mera y simplemente del *ser* puro. Dice Hegel que este concepto, por carecer de especial contenido, representa la abstracción pura, es decir, la *nada*. Y porque el ser es idéntico con la nada y la nada con el ser, encontramos la verdad de los dos conceptos en su unidad, lo que significa el concepto del *devenir*. Hegel da luego como

(1) V. Cohn, l. c., ps. 133 ss.

un ejemplo especial el del «principio», en que lo que vendrá no es y, a la vez, ya es. Vemos cómo al ser puro (tesis) se opone la nada pura (antítesis), que dejando aparte el principio de la contradicción son idénticos y se reúnen en el concepto del devenir.

Pero «ser puro», «nada pura» y «devenir puro» son conceptos incognoscibles, porque un concepto es cognoscible en la medida en que se puede seguir su indicación, y la indicación es perseguible en la medida en que hace referencia a formaciones sensibles. En nuestro ejemplo, los tres conceptos no se refieren a formaciones sensibles, y son, por lo tanto, incognoscibles. Por eso se trata de una investigación metafísica, no sometida a los valores de verdad y falsedad, y, por lo tanto, tampoco al principio de contradicción. En el campo de la metafísica, de hecho, se puede hablar de la «coincidencia oppositorum» (1).

II. Los dos ejemplos que siguen quieren poner de relieve supuestos de *imprecisión*.

1) Reproducimos lo que Heller (2) expone en su *Staatslehre* sobre la *relación de Estado y Derecho*. La relación entre Estado y Derecho no es posible ni como oposición irreductible ni como unidad indiferenciada. La relación del Estado al Derecho se revela, por lo tanto, como una *relación dialéctica*. Por un lado, el Derecho crea el Poder; por otro lado, el Poder tiene la función de crear el Derecho. El primer punto tenemos que considerarlo bajo un doble aspecto. El Poder sólo puede conservarse basándose en principios jurídicos metapositivos, de los que emana fuerza éticomoral. Estos principios metapositivos deben hacerse positivos en el Derecho, para que cobre normatividad. Otra conservación del Poder proviene de la positividad del Derecho, que posibilita la dominación técnica de la vida. Así, el Derecho es la forma necesaria de cada Poder duradero. Por otro lado, el Poder produce Derecho. Normas positivas necesitan un mandamiento real. Sin éste, el Derecho no posee ni la decisión necesaria ni eficacia. Sin la unidad facticia de

(1) V. Cusanus, *Docta ignorantia* (en el campo del intellectus a diferencia del sensus y de la ratio), y Kant, *Kritik der reinen Vernunft (Antithetik der reinen Vernunft)*. Sobre Hegel y el principio de la contradicción, v. Cohn, l. c., p. 41.

(2) Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden Sijthoff, 1934, ps. 182 ss., editado por Gerhard Niemeyer.

la voluntad estatal no hay unidad del orden jurídico positivo, y sin éste, ni justicia ni seguridad jurídica. Para la seguridad jurídica y de ejecución se necesita un Poder voluntario de decisión y de eficacia. También el Poder no legítimo crea Derecho. El Derecho es también su forma necesaria.

Dice la primera parte de la primera tesis: *El Derecho crea el Poder*, porque, por un lado, los principios jurídicos metapositivos aspiran a la positivación y necesitan del Poder estatal, que crea todo el Derecho positivo; por eso conducen a la formación de un tal Poder; de otro lado, porque estos principios metapositivos consolidan el Poder, fundándolo moral y espiritualmente. Aquí «Derecho» se refiere a *principios jurídicos metapositivos*.

Dice la segunda parte de la primera tesis: *El Derecho crea el Poder*, porque cada Poder político representa Poder jurídicamente organizado. Este aspecto técnico del Derecho, que se revela, por un lado, en la concretización racional del contenido jurídico; por otro lado, en la seguridad de la ejecución, lo denominamos *seguridad jurídica*.

La tesis segunda tiene el contenido siguiente: *El Poder crea el Derecho*, porque un mandamiento efectivo quiere, sienta y garantiza las normas positivas. Aquí «Derecho» se refiere a *normas jurídicas positivas particulares*.

Teniendo presente estos tres significados de la voz «Derecho», llegamos a tres antinomias.

Primera antinomia: *Por un lado, los principios jurídicos metapositivos tienden al Estado y le consolidan, porque le justifican; por otro lado, necesitan al Estado para su positivación*. Pero de aquí no se deduce una coexistencia lógica. Porque pensando en un principio determinado y un Estado determinado, nos encontramos con una sucesión. Por ejemplo: existían los principios comunistas ya antes del Estado soviético de 1917. Y sobre la relación entre Estado y Principio jurídico metapositivo, en general, no se puede decir nada, a no ser que sea de contenido metafísico.

Antinomia segunda: *El Estado crea el Derecho positivo. Por otro lado, necesita al Derecho positivo para existir*. Si se piensa en un Estado determinado y en un Derecho determinado, siempre nos encontramos con una sucesión. Así, por ejemplo: existía el Reich alemán antes del Código civil alemán. Si se entiende por

Derecho la constitución del Estado, y por Estado la entidad jurídica creada por la Constitución, de hecho, el Estado presupone el Derecho. Pero si se formula luego el reverso diciendo que el Estado crea la constitución, se maneja al Estado en un sentido diferente, indicando la situación real y política y no el concepto jurídico del Estado. Sobre Estado y derecho positivo, en general, vale el mismo razonamiento que antes.

Antinomia tercera: *El Estado garantiza la seguridad jurídica. Por otro lado, la necesita para existir.* Con «existencia» se quiere decir «duración». Nadie duda que haya Estados en los que provisionalmente no hay seguridad jurídica. Heller quiere decir que Estados en esta situación no pueden existir largo tiempo. De manera que esta antinomia se disuelve, porque sus dos partes no se contradicen. El Estado crea la seguridad jurídica y la necesita para una existencia duradera.

2) El segundo ejemplo es el siguiente: Si consideramos el concepto del «yo», lo desvirtuamos conceptuando *el sujeto* como *objeto*. Por eso tenemos que separar del «yo» verdadero todo lo que le hemos extraído objetivándolo, como mi cuerpo, mi posición social, mis vivencias íntimas, etc. Sin embargo, son características para el «yo» sus relaciones íntimas con estas exteriorizaciones suyas. De manera que el «yo» *lleva en sus adentros la contradicción de pensarse a sí mismo y de ser impensable*, lo que revela un concepto dialéctico (1).

Pero, en verdad, la situación es la siguiente: la palabra «yo» indica una multitud de exteriorizaciones (representaciones, actos, posiciones, etc.). Además de éstas, posee una indicación especial, que se refiere a una formación no sensible, y de la cual resulta la incognoscibilidad parcial de la palabra «yo», porque las referencias a estas formaciones sensibles no agotan el «yo». Como en el ejemplo anterior, hemos de distinguir lo incognoscible de lo cognoscible y de eliminar lo primero del campo científico. En cambio, el método dialéctico mezcla las dos esferas y funda en la situación científicamente incognoscible el concepto seudocientífico de la dialéctica.

III. Hemos reducido en un grupo de casos la dialéctica a problemas meramente metafísicos; en un segundo grupo, a imprecis-

(1) Cohn, l. c., ps. 251 ss.

siones terminológicas y lógicas, que escondían también problemas metafísicos. En el tercer grupo veremos un ejemplo de dialéctica que ha de explicarse por una mera imprecisión. El ejemplo es el siguiente: Por un lado, el juicio es una entidad aislada y sustracto del valor de la verdad; por otro lado, no es separable del conjunto de los demás juicios que lo explican y los que el juicio presupone (1). Así, por ejemplo, presupone el juicio «aquí está azul», el conocimiento del espacio (aquí) y del color (azul).

Sabemos que el conocimiento se realiza en conjuntos de formaciones sensibles e indicativas y en su seguimiento. «Aquí está azul» nos indica cualquier sitio en el espacio del color azul. Si el seguimiento de esta indicación, de hecho, nos conduce a un sitio de color azul, el juicio es verdad. En cuanto a este punto, la primera tesis es acertada. Es verdad también que podemos someter dicho juicio a otra investigación preguntándonos por el sentido general de los palabras «aquí», «está», «azul», y el resultado de nuestra investigación será sometible al mismo procedimiento; de suerte que es exacta la afirmación de que todos los juicios representan un solo conjunto de formaciones indicativas.

Pero lo que no es verdad es la tesis de que haya contradicción entre dichos dos principios. Porque *una cosa es la verdad de un juicio y otra su conocimiento completo*, por la sencilla razón de que para comprobar la verdad de un juicio sólo seguimos una indicación respecto a una referencia, y no todas sus indicaciones en todas sus referencias. Así, por ejemplo, hemos comprobado la verdad del juicio «aquí está azul», después de haber visto en el sitio de referencia un color generalmente denominado «azul»; en cambio, exige el conocimiento total de dicho juicio que sigamos las indicaciones de la palabra «aquí» al espacio, etc., a la palabra de la cual se deriva la palabra «aquí», etc., etc., y de la palabra «azul» a los colores, etc., y también a la palabra de la cual se deriva etimológicamente «azul», etc., etc., lo que representa infinitas cadenas de infinitos eslabones, y, por lo tanto, una tarea, en parte, no resoluble. Puede ser que la tesis imprecisa y combatida estribe inconscientemente en esta situación.

WERNER GOLDSCHMIDT,
Doctor en Derecho

(1) Cohn, l. c., ps. 138 ss.

Valor hipotecario de la acción Pauliana

A Prada, que es algo incrédulo sobre ciertas tesis hipotecarias.

SUMARIO

1. Los títulos de enajenaciones realizadas en fraude de acreedores; naturaleza de la doctrina sobre enajenaciones fraudulentas; reglas hipotecarias; los artículos 36 y 37 de la Ley; resultados del juego de la prescripción civil y la tabular; el tercero en las inscripciones de títulos fraudulentos; la buena fe civil y la buena fe hipotecaria; sus condiciones; las presunciones del Código civil apropiadas a esta doctrina.
2. Efectos de la inscripción de títulos de negocios realizados en fraude de acreedores: La acción Pauliana. Génesis y evolución. Síntesis dogmática de la doctrina de rescisión de enajenaciones fraudulentas: sujetos, objetos, condiciones y efectos, estudiados por Ferrara.
3. La acción Pauliana es una hipoteca tácita, condicional, subsidiaria y extraregstral; problemas planteados en la doctrina y en la práctica; paralelo de los preceptos del Código civil y de la ley Hipotecaria. Corolarios. Conclusiones de Morell. Valor probable, en concreto, de la inscripción registral atacada por la acción Pauliana.

1.—La doctrina sobre el valor de los títulos de enajenaciones realizadas en fraude de acreedores tenida por fundamentalmente sustantiva, tiene un aspecto hipotecario de muy delicada contextura, que aparece a propósito de los efectos de la inscripción.

El artículo 1.291 del Código civil declara rescindibles entre los actos y contratos: «3.º Los celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les deba.» Y que-

da condicionada esta rescisión primeramente por la subsidiariedad de la acción rescisoria—ya que ésta, según el artículo 1.294 no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio—, y postreramente por el respeto a los derechos de tercero, ya que según el artículo 1.295 del Código civil, párrafo 2.º, «Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe». Así, pues, esta doctrina jurídica de las enajenaciones en fraude de acreedores puede calificarse de una doctrina defensiva *a posteriori*, ya que los actos en sí mismo no son posible de tachar, sino que hay que esperar a que operen en el patrimonio del agente una disminución, que comparada con el importe de sus obligaciones, haga imposible su cumplimiento, produciendo su insolvencia; es necesario, digámoslo así, una liquidación, un balance para que los actos puedan ser calificados de fraudulentos y, una vez calificados, han de ser sometidos a que el acreedor no encuentre modo de cobrar, y a que el nuevo poseedor haya procedido en la adquisición de los bienes con mala fe: esto es, con conocimiento de la insolvencia a que llegaría el agente, mediante la enajenación efectuada, y aun diríamos más, cooperando a ella siquiera sea con la determinación de aprovechar el acto favoreciendo la insolvencia. Pero tales predichos se dan fuera del Registro, por lo cual, al llegar a la calificación hipotecaria los actos verificados en fraude de acreedores, no pueden ser diferenciados con esta condición y han de ser inscritos como cualesquiera otros puros.

Ahora bien, una vez inscritos ¿cuál será el valor de la inscripción? Porque si la inscripción no convalida los actos que sean nulos con arreglo a la Ley, y en ese concepto de nulidad entendemos tanto la nulidad absoluta como la anulabilidad o la rescindibilidad, es evidente que donde la Ley dice nulos podemos también decir rescindibles, y entonces la inscripción registral no conferirá garantía alguna al tercero que haya tenido la fatalidad de contratar con un deudor que se propuso defraudar a sus acreedores en su legítimo derecho de ser pagado.

Por eso la ley Hipotecaria—ley de terceros—acude a proteger esta situación en la medida que sea justa y plantea la posibilidad de rescindir los actos en fraude de acreedores sobre la base, natural-

mente, de atacar la inscripción efectuada para anularla. La doctrina de la ley Hipotecaria, con cierto carácter sustantivo, se contiene en los artículos 36 y 37, que dicen :

Regla general afirmativa (art. 36) : «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley.»

Regla de excepción negativa (art. 37) : «Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior : 3.º Las sanciones rescisorias de enajenación hecha en fraude de acreedores en los casos siguientes : cuando la segunda enajenación haya sido hecha a título gratuito ; cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.»

Condición prescriptoria (art. 37, párrafo final) : «En ambos casos no perjudicará al tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro de un año, contando desde el día de la enajenación fraudulenta.»

Es de notar que el Código civil señala como plazo prescriptorio de las acciones rescisorias el de cuatro años, contados desde el momento de la celebración del acto.

Llevados los preceptos hipotecarios a una común proposición, resulta de ellos que la inscripción de los actos o contratos efectuados en fraude de acreedores no los convalida, dejándolos en su eficacia civil según el Derecho de la contratación, y aunque los títulos inscritos, según el artículo 25, surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común, como en ellos no juega elemento extraño hasta una nueva enajenación, los perjudicados por el fraude quedan garantidos en sus derechos de reclamar por todo el lapso de un año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta, y después por tres años más si no se interpone un tercero.

Para que surja un tercero en estos casos de enajenaciones fraudulentas se precisa un nuevo acto o contrato referido a los bienes, y entonces la inscripción, por sus efectos de protectora a los adquirentes de buena fe, cubre con sus beneficios el nuevo adquirente y convalida aquel acto fraudulento, menos en dos casos : uno en el que el adquirente de la segunda enajenación—verdadero tercero—haya sido cómplice en el fraude, otro en el caso de que haya sido adquirente a título gratuito o lucrativo.

Interesa, pues, en estos respectos la doctrina de la buena fe re-

gistrar y de las adquisiciones a título gratuito: en el primer respecto debe tenerse presente que la buena fe hipotecaria no es igual que la buena fe contractual. El concepto de ésta se refiere a que el beneficiario del acto jurídico ignore que en el mismo título de su derecho existe vicio que lo haga inválido y, por tanto, que en su conciencia esté que se han cumplido todos los trámites y exigencias para que resulte justa su adquisición, sin motivos de invalidación o razones para que pueda ser atacado. La buena fe hipotecaria consiste en que el beneficiario o titular del Registro haya llegado a obtener su condición de tal, sobre el supuesto de que la declaración del Registro revela exactamente la realidad sin desacuerdo alguno; esto es, que existe una ecuación exacta entre la realidad jurídica y el contenido de la inscripción; por eso explican los autores que son requisitos de la mala fe registral: 1.º Que se haya roto el paralelismo entre el Registro y la realidad. 2.º Que tal discordancia sea conocida del que pretende la inscripción. 3.º Que sea aprovechada la discordancia para obtener el beneficio del titular perjudicando a otra persona. Este juego de mala fe, referido a los actos o contratos celebrados en fraude de acreedores, se formula diciendo «cómplice en el fraude» para expresar que esta falta se ha de referir a la intención de perjudicar al acreedor facilitando la insolvencia del deudor.

Y este mismo fondo de cooperación a la insolvencia se percibe en las enajenaciones a título gratuito. Estas significan siempre un enriquecimiento sin causa para el adquirente, o si a veces puede tener causa, no es la causa compensatoria que refleja en el patrimonio del obligado dejándolo apto para el pago de sus obligaciones. La antigua ley Hipotecaria contenía especiales preceptos declaratorios de cuándo debía entenderse la complicidad del adquirente en el fraude y citaba: 1.º, cuando se probase que le constaba el fin con que dicha enajenación se hiciera y que coadyuvó a ella como adquirente inmediato con cualquier otro carácter; 2.º, cuando hubiere adquirido un derecho, bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior por la mitad o menos de la mitad del justo precio; 3.º, cuando habiéndose cometido cualquiera especie de suposición o simulación en el contrato celebrado por el deudor se probare que el tercero tuvo noticias o provecho de ella.

El Código civil presume celebradas en fraude de acreedores to-

das las enajenaciones de bienes a título gratuito hechas por un deudor y las hechas a título oneroso por aquellas personas contra las que se hubiere dictado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes. Y tratándose de donaciones se estiman asimismo fraudulentas las verificadas sin reservarse el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ellas.

2.—Los hipotecaristas más extremados resumen así los efectos de la inscripción de títulos referentes a actos y contratos realizados en fraude de acreedores: 1.º Que acortan el plazo de la prescripción respecto de tercero (un año en vez de cuatro). 2.º Que extienden su efecto protector de los defraudados contra terceros y posteriores adquirentes a título gratuito y aun a los de título oneroso si no lo obtienen de buena fe. 3.º Que como la inscripción es siempre atacable por las causas expresadas en la Ley, contra el adquirente de la primera enajenación, a menos que hayan pasado los cuatro años de la Ley civil; no protege al titular adquirente.

Algunos hipotecaristas, entre ellos López de Haro, se extrañan de que la inscripción no produzca los efectos definitivos para el titular inscrito. Pero ello es debido a que insisten en hacer aplicación de la doctrina general de efectos de la inscripción, olvidándose de que estos casos de enajenación en fraude de acreedores son una doctrina de excepción producida por los efectos hipotecarios, de la acción Pauliana, que merece estudio detenido para que pueda ser comprendida en sus influencias y en su cooperación a la defensa de los intereses legítimos de los acreedores, a que acude la ley Hipotecaria, y aun pudiera explicarse con Barrachina que la Ley no puede referirse ni extender sus protecciones al titular inscrito adquirente fraudulento, porque, aunque parezca tercero respecto del acreedor que pueda reclamar su pago a pesar de la enajenación, no es tal tercero, por cuanto tiene su poder y sustituye la personalidad obligada, llevando en la sucesión su propia causa. Esto es lo que nos ha de declarar un estudio acertado de la acción Pauliana, origen y contenido de esta modalidad rescisoria, que conviene estudiar en su origen, fundamento, elementos, condiciones y efectos.

Aunque los autores no acaban de ponerse de acuerdo acerca del origen exacto de la acción Pauliana, parece que un glosador del *Corpus juris* llamó así a la acción que se describe y explica en un

fragmento de Paulo, en el que se estudia la hasta entonces denominada *actio in factum* como recurso contra el fraude de acreedores. Esta acción *in factum* aparece en dicho fragmento como una acción *in persona*, aunque Teófilo en su paráfrasis griega la presenta como una *actio in rem*. En el derecho clásico, dicen los autores que el Pretor concedía a los acreedores defraudados hasta dos acciones: una de restitución *in integrum* contra el deudor, suponiéndose la enajenación no realizada, y otra de interdicto contra los adquirentes para obtener de ellos el retorno de lo adquirido al caudal del deudor, desde donde puedan tomarlo los acreedores en calidad de restitución.

Pero aunque esta acción—interdictal—correspondía a los acreedores, la de restitución *in integrum* correspondía al Magistrado *curator bonorum*, haciendo posible el cobro. En la época justiniana se encuentran refundidas ambas acciones, correspondiendo tanto al *curator bonorum* como a los acreedores, y hecha esta refundición tanto alcanza esta acción a la recuperación de los bienes cuanto al cobro de ellos; como si estuvieran en poder del deudor. Sobre esta complejidad se ha plasmado la moderna acción Pauliana para defender a los acreedores contra las enajenaciones hechas en su fraude, y así puede definirse o explicarse dicha acción como medio procesal que corresponde a los acreedores para obtener el cobro de sus créditos sobre bienes del deudor que hubieren sido enajenados a tercero en fraude de sus derechos al pago.

Esta acción es un supuesto de las legislaciones, si bien no se encuentren en ellas una regulación especial que permita caracterizarla seguramente. Modernamente ha sido estudiada por el profesor Ferrara, y su doctrina, en términos sintéticos y en una ordenación que recoja las características que la encuadren dentro de las instituciones de nuestro derecho, se pueden presentar así: a) En cuanto a los sujetos: la acción corresponde a los acreedores de cualquier clase, incluso a los hipotecarios, por cuanto puedan tener ocasión o interés de hacerla valer, aunque el crédito no esté vencido—siempre que sea cierto—, quedando excluidos los créditos condicionales, por cuanto antes del cumplimiento de las condiciones no son aún acreedores. Y la acción se puede dirigir, no contra el deudor, sino contra tercero que contrató con él. b) En cuanto a los objetos: pueden impugnarse con la acción Pauliana todos los actos que produ-

cen disminución efectiva del patrimonio del deudor, sea cualquiera su naturaleza declarativa, transmisiva o extensiva y aun las meras obligaciones con transcendencia patrimonial : como el arrendamiento o reconocimiento de deudas. c) En cuanto a circunstancias cualificativas : son necesarias unas correspondientes al elemento subjetivo y otras al elemento objetivo. Del primero es el fraude o *consilium fraudis*, esto es, la intención de sustraer algunos bienes a la garantía de los acreedores, disminuyendo expreso la solvencia del deudor. Pero no por el hecho de la propia disminución, sino por la malicia o mala fe que procure una ventaja injusta para el deudor que se concreta en daño del acreedor. En los negocios jurídicos a título oneroso, en atención a que se atraviesa un tercero con su interés, es preciso para que sean atacables que ese ánimo doloso corresponda también al adquirente ; esto es, que sepa y comprenda que la enajenación ha sido consumada como un medio de disminuir el patrimonio obligado ; en los negocios a título gratuito no precisa el dolo en el adquirente, ya que su enriquecimiento indebido cede a la atención del acreedor por el principio de equidad de que deben ser pagados primero los acreedores que los donatarios. Corresponde al elemento objetivo el hecho de la insolvencia o *eventus damni*, que consiste en la efectiva disminución del patrimonio, que agota total o parcialmente la solvencia del deudor. Ambos elementos han de ser objeto de prueba, correspondiendo en el segundo aspecto señalar la relación de causalidad entre la enajenación y la insolvencia, ya que si una enajenación efectuada cuando aun queda activo bastante al deudor para atender a sus obligaciones, puede ser calificada de causa indirecta de insolvencia, no puede ser atacada, porque ello equivaldría a atar de manos a todo deudor.

La prueba, tanto del fraude como del daño, incumbe al acreedor, si bien se encuentra favorecido por ciertas presunciones, como las de nuestro Código civil (art. 1.297), para el que se entienden fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiera pronunciado antes sentencia condenatoria o expedido mandamiento de embargo.

d) En cuanto a efectos. La acción Pauliana revoca el acto fraudulento, pero tan sólo en interés del acreedor defraudado y hasta la concurrencia del daño, quedando el acto firme para todos los demás y produciendo sus efectos naturales en lo que exceda de la sol-

vencia del crédito defraudado. No vuelve, pues, la cosa enajenada a poder del deudor, pues queda sólo en restitución *in integrum*, algo así como si el adquirente *in fraudis* fuera el nuevo obligado. Por ello ni los acreedores posteriores, ni los que no hayan sufrido daño con tal enajenación, pueden aprovecharse de los efectos de la acción.

3.—Según estos efectos y por la dicha contextura, la acción Pauliana no es propiamente una acción rescisoria, sino una acción equivalente a una hipoteca legal, condicionada y subsidiaria, de prescripción rápida a favor de los acreedores defraudados por una enajenación dolosa, y su naturaleza encaja perfectamente dentro de los moldes hipotecarios como garantía de pleno derecho para los acreedores que carezcan de hipoteca especial o las fincas hipotecadas no les alcance a la efectividad de su crédito y hallen insolvente al deudor por enajenaciones dolosas o de sospechosa liberalidad.

El paralelismo es claro: Acción real que persigue los bienes en poder de quien se encuentren (como la hipoteca), sin que sea preciso que resulte especialmente escrita la responsabilidad, sino que se contenga en las circunstancias de la enajenación; esto es la prueba de su fraudulencia (como las hipotecas tácitas) sobre el precedente de que los perjudicados no puedan hacerse cobro en otros bienes del deudor (condicionalidad subsidiaria). Es de naturaleza extrarregistral, porque vive sin inscripción al calor de las protecciones a la buena fe (o improtecciones a la mala fe) y que sólo queda modificada al tomar estado hipotecario en cuanto a un plazo breve prescriptorio (un año). Pero quedando viva y reclamable extrarregistralmente por cuatro.

Nuestro Código civil, no obstante, como hemos visto, se refiere a las enajenaciones hechas en fraude de acreedores al hablar de los actos rescindibles, como si los contratos efectuados en tal designio fueran inválidos y se restituyeran las cosas interpuestas del estado y situación en que se hallaran antes de efectuarlos, concede cuatro años para el ejercicio de la acción y con algún otro detalle de calificación plantea un estado legal diferente del contenido en la ley Hipotecaria, que es causa de problemas de intrincada resolución, que distinguiremos señalándolos con las cuatro primeras letras del alfabeto, a manera de clasificación tácita.

a) El artículo 1.291 del Código dice que son rescindibles : 3.º Los (contratos) celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba. b) El artículo 1.295 dice que la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses ; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviera obligado. Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. c) El artículo 1.297 dice que se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por los cuales el deudor enajenase bienes a título lucrativo ; también se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiera pronunciado antes sentencia condenatoria, en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes. d) El artículo 1.298 dice que «El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños o perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuera imposible devolverlas». e) Y el 1.299, que la acción para pedir la rescisión dura cuatro años.

De otra parte, la ley Hipotecaria regula esta institución de la siguiente forma :

Art. 36. Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta ley.

a) Art. 37. Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior : ... 3.º Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes : c) Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito. Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude. e) En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiese entablado dentro de un año, contando desde el día de la enajenación fraudulenta. Tanto el Código como la ley Hipotecaria, se ocupan en estos respectos de la rescisión de las enajenaciones en fraude de acreedores, el Código las declara rescindibles cuando los acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba, presumiendo hechas en fraude las enajenaciones a título gratuito y aun las hechas a título oneroso

por las personas contra las cuales se hubiera dictado sentencia condenatoria o expedido mandamiento de embargo. La ley Hipotecaria sólo declara rescindibles dichas enajenaciones cuando la nueva o segunda (dice la ley) enajenación haya sido hecha a título gratuito y cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude, con lo cual queda muy restringido el campo de la acción sobre los bienes inscritos.

El Código civil señala como duración de esta acción rescisoria cuatro años, pero la ley Hipotecaria la restringe a un año, contando desde la fecha de la enajenación fraudulenta, según lo antes dicho.

Es evidente la necesidad de poner en armonía los preceptos, pues resulta de ellos, según dice un autor, que el comprador de bienes enajenados en fraude, si inscribe, prescribe al año, y si no, prescribe a los cuatro, lo cual es armónico al beneficio de la inscripción en cuanto significa publicidad, pero no así que el régimen registral sea un encubridor de enajenaciones dolosas.

Pero lo que más pide la revisión de estos preceptos es la consideración concedida al primer adquirente, tratado por la ley como ajeno a su protección y reglamentación, que acude sólo a una segunda enajenación desde el adquirente en fraude hasta el nuevo adquirente.

Según una explicación conjunta de los preceptos civiles e hipotecarios, ha de entenderse que el adquirente en fraude, inscriba o no inscriba, no tiene la protección legal, porque se considera como parte respecto del acreedor que ejercite la acción Pauliana, y caso de que dicho adquirente enajenase nuevamente (segunda enajenación), este adquirente seguirá sin protección hipotecaria si es adquirente a título lucrativo, y si lo fuera a título oneroso tendrá la protección salvo que fuera también cómplice en el fraude. El acreedor tendrá cuatro años para reclamar; pero contra los inscribentes de esta segunda enajenación sólo prosperará la acción entablada durante un año de la enajenación fraudulenta; de modo que, si enajena el adquirente fraudulento después de un año, aunque sea en donación graciosa, una vez inscrita ésta no es ya rescindible, quedando por éste juego la ley como protectora del fraude. Correspondería, pues, diferenciar bien el fraude de la simulación y sobre ello efectuar una regulación sustantiva e hipotecaria armónica con los principios que dejamos explicados, al exponer la naturaleza de esta acción, independiente,

asimismo, del cuadro de las demás comprendidas en el artículo 1.291 del Código civil.

He aquí las doctrinas de Morell en estos respectos.

Entre la ley Hipotecaria de 1869 y la actual se promulgó el Código civil, que al legislar sobre la rescisión de actos y contratos en sus artículos 1.290 al 1.299 admite, como es natural, la rescisión de los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe y sienta las tres reglas generales siguientes : 1.ª La acción de rescisión es subsidiaria. 2.ª La rescisión no puede tener lugar cuando las cosas estén ya en poder de un tercero que haya procedido de buena fe. 3.ª La acción de rescisión dura cuatro años.

Con relación a las enajenaciones fraudulentas, dice el artículo 1.297 que se presumirán celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito y las hechas por los que estuvieren condenados en cualquier instancia o aquellos contra los cuales se haya decretado embargo de bienes. Según esta doctrina sustantiva no procede la acción rescisoria por enajenaciones realizadas en fraude de acreedores, cuando los bienes enajenados se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. Estas terceras personas del orden civil son todas aquellas que no sean primeras o segundas, esto es, acreedor o deudor, y, por tanto, es tercero todo el que adquiere los bienes directamente del deudor. Para esta adquisición no es precisa la inscripción registral; basta el otorgamiento del título según las formalidades aplicables al caso; la inscripción es voluntaria. De modo que según la ley Civil, la persona que adquiera directamente del deudor los bienes enajenados en fraude de sus acreedores, no puede ser privada de ellos por acción rescisoria si tiene buena fe y adquirió legalmente.

Por otro lado, la ley Hipotecaria dice en su artículo 36: «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito su título en el Registro.» Este tercero hipotecario es, según el artículo 27, el que no ha intervenido en el acto o contrato inscrito, es decir, todas las personas distintas a los otorgantes. El que adquiere e inscribe es, a su vez y como consecuencia, tercero con relación a todas esas personas, y de aquí que la ley unas veces se refiera al tercero que inscribe y otras a los terceros que pueden

ser perjudicados por la inscripción o que no pueden perjudicarse si no se inscribe. En el caso de una inscripción de contrato realizado en fraude de acreedores, el adquirente que inscribe es persona ajena a la relación entre acreedor y deudor, por lo cual, según el artículo 25, que preceptúa que los títulos inscritos perjudican aún a los acreedores singularmente privilegiados, no debe padecer las consecuencias de aquel acto de crédito del cual es tercero, y asimismo tiene derecho a que su título perjudique al acreedor privilegiado con la acción Pauliana. El artículo 37 de la ley, sin embargo, nos habla de esta enajenación inscrita que llamaremos primera, que saca del patrimonio del deudor una tinca o derecho valuable y lleva la protección del acreedor no inscrito aún contra el adquirente de la segunda enajenación si fué hecha a título gratuito o fué cómplice en el fraude, dejando prevaleciente la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, que declara que la ley Hipotecaria legisla en favor de los terceros que no han intervenido en el acto o contrato inscrito, por lo que el primer adquirente que contrata con el deudor no es tercero, puesto que interviene en el acto o contrato inscrito y, por tanto, la existencia de tercero supone siempre una segunda enajenación. Puestas así las disposiciones a regular un caso, resulta que el primer adquirente no inscrito no responde de la acción Pauliana, y si inscribe, no se halla protegido por el ordenamiento hipotecario.

Pero no parece lógico suponer que el adquirente en fraude se halla protegido si no inscribe, y no lo está si acude a inscribir. Por lo cual cabría sostener o la necesidad de reformar la ley aclarando el carácter de tercero de dicho adquirente defendido por la inscripción, como lo está por el Código, o entender, como parece lo más justo, que la inscripción no da eficacia alguna contra la acción rescisoria llamada Pauliana, ni tampoco contra la protección establecida en el Código civil para el tercero que adquiere de buena fe del deudor.

De cualquier forma, sería conveniente que la ley fuera reformada en sentido de aclarar los casos propuestos, definiendo directamente la situación que hay que deducir de su silencio, cuajando una verdadera hipoteca tácita como la establecida a favor del acreedor hipotecario por los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente (art. 114).

ANTONIO BELLVER CANO,

N.º 110.

Derecho agrario español

PROPIEDAD FAMILIAR

ARAGÓN, NAVARRA, AYALA, GALICIA Y GUIPÚZCOA

Aragón.—Desde el año 1307 pudieron las familias nobles en Aragón conservar indiviso el patrimonio de la familia mediante la sucesión integral de sus casas y castillos a un solo heredero, pues en tal fecha las Cortes concedieron el privilegio de nombrar heredero a un solo hijo, fundado en aquella beneficiosa conservación (*Fuero de testamentis nobilium*).

Que esto mismo hicieron los labradores o familias modestas, lo prueba que las Cortes, cuatro años más tarde, en el *Fuero de testamentis civium*, extendieron aquella facultad a todas las clases sociales.

Así ha tenido vía libre la transmisión integral del patrimonio familiar, de tan fuerte arraigo en Aragón, que incluso ha marcado con su sello, indebidamente, las leyes de aplicación aun en los lugares en que no tiene lugar dicha transmisión indivisa.

El principio *estandum est chartae* y la costumbre y el Fuero de Don Martín I han contribuido a formar el armazón vigoroso sobre que se asienta, en los lugares en que existe, o sea en el alto Aragón (Huesca y proximidades de Zaragoza), y han informado el Apéndice.

Se plasma de ordinario en las capitulaciones matrimoniales y se basa en las instituciones siguientes:

Heredamiento o donación universal a favor del hijo que se casa o continuador de la familia (artículo 60 del Apéndice).

Sucesión contractual. Por la cual señala las dotes, las legítimas, sus plazos de entrega, etc. (artículos 58 y 34).

Delegación de la facultad de nombrar sucesor, concedida de ordinario al cónyuge sobreviviente (artículo 29).

Consejo de parientes. Esta original institución es, en sus últimas consecuencias, como una encarnación de la familia, que en momentos decisivos deja oír su voz, señala el camino acertado y ordena la conducta precisa. Intervendrá en la elección de heredero y en la distribución de los bienes (artículo 29); novará los contratos matrimoniales, en nombre no sólo de los otorgantes muertos, sino de los descendientes no nacidos (artículo 58), y llegará a prorrogar el usufructo del cónyuge viudo que se vuelve a casar, cuando la corta edad de los hijos del primer matrimonio aconseje que subsista la sociedad familiar, que a través de dicho usufructo armoniza la indivisión familiar, la transmisión integral, la administración personal del patrimonio y la autoridad materna, con el hecho de un segundo matrimonio (artículos 60 y 73).

Por último, entonan la misma canción de melodía familiar, la sucesión troncal intestada, el testamento mancomunado, el régimen de sociedad conyugal tácita y el usufructo viudal.

Ocupándonos de este último, comprobamos que realiza la misma función que el navarro o el catalán. En él se apoyan la vejez digna del matrimonio viejo, la facultad fiduciaria de ordenar la sucesión cuando el premuerto no lo hubiere hecho y la innecesidad de extinción de la sociedad familiar, como consecuencia de la división de la matrimonial, ya que los derechos que por ella le podrían corresponder al viudo quedan embebidos en el usufructo, como quedarán luego unos y otros (los de ambos cónyuges) confundidos en el hijo designado heredero privilegiado por ambos conjuntamente. Y he aquí por qué la extinción del usufructo por segundo matrimonio, que podría llegar a provocar el abandono del patrimonio, plantea una situación complejísima con eclosión de la vida normal de la familia, para la que el derecho aragonés ha hallado una solución original y sabia, de profundo contenido, en el pacto *de casamiento en casa*, para cuyo desenvolvimiento vimos la intervención consuetudinaria del consejo de parientes.

Navarra.—Al igual que en las demás regiones forales examinadas, las leyes desvinculadoras y el Código civil tampoco han sido obstáculo para la subsistencia indivisa del patrimonio familiar.

En el Fuero general se dispone que los padres de calidad infan-

zones e hijosdalgo que no sean de condición de labradores, podrían instituir herederos a sus hijos en partes desiguales.

La desigual distribución hereditaria no implica que los no favorecidos carecieran de derechos hereditarios, sino que, por el contrario, éstos alcanzaban a lo necesario para constituir una vecindad. Y como aun esta pequeña limitación podría en ocasiones ser obstáculo a aquel propósito, la costumbre prescindió de ella, sustituyéndola por la libertad de testar, entre los infanzones, costumbre que fué legalmente decretada por las Cortes de Pamplona de 1688, sin más limitación que la legítima nominal de cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes.

Pues bien : los labradores, a su vez, también por costumbre inmemorial, utilizan este derecho de libertad de testar, y la legalidad vigente, en apariencia privilegiada de los infanzones, se generaliza, hasta que por último es utilizada tan sólo por los labradores.

Crea un instituto básico : la donación *propter nuptias*, que, como los heredamientos, tiene un doble carácter, intervivos y *mortis causa*, y puede revestir también las formas de aquéllos : universal, particular, de todos los bienes presentes, de los presentes y futuros, etc.

Se otorga en el contrato de capitulaciones matrimoniales, cuyas estipulaciones generales son : reserva de usufructo y administración a favor del matrimonio viejo ; reserva para testar ; obligación del donatario de nombrar sucesor único entre los hijos que tenga ; reversión de bienes por carecer de hijos, en armonía con el Amejoramiento del Fuero, o designación de sucesor para este supuesto ; delegación a favor de la viuda o de los parientes, de la facultad de designar sucesor ; señalamiento de dotes a favor de los hijos no favorecidos, que habrán de ser entregadas al tomar estado, con reserva a su favor del derecho a vivir en la casa troncal mientras trabajen a su utilidad (obsérvese que no pueden asimilarse estos derechos a la legítima, que no existe legalmente, lo que constituye la prueba de la naturaleza familiar y no sucesoria de los mismos).

La dote coadyuva al desenvolvimiento de la familia en la forma que hemos expuesto anteriormente.

Son válidos los pactos sucesorios.

Apuntaremos como notas curiosas que si bien el pago de las dotes se efectúa en metálico, ha sido previsto por la ley III, título XI,

libro tercero, de la Novísima Recopilación, la carencia de numerario o de otros bienes diferentes del mayorazgo (hoy patrimonio familiar), imponiendo su afección a tal pago; y que se ha utilizado en algún caso la forma jurídica de censo temporal, que hoy suponemos en desuso.

El régimen matrimonial es de gananciales o conquistas; el usufructo vidual, que, al igual que la libertad de testar, tuvo carácter privilegiado a favor de los infanzones en el Fuero general, capítulo III, título II, libro cuarto, y que por costumbre fué utilizado por los labradores haciéndose general, opera en forma análoga a los restantes usufructos forales examinados.

Ayala.—En el territorio de Ayala (Alava) se conserva como resto del Fuero de Ayala de 1373 y del Aumento del Fuero de 1469 la facultad de disponer libremente por testamento o donación de todos los bienes de la herencia o de parte de ellos, «apartando a los hijos y parientes con poco o mucho, como quisieren o por bien tuviere», que decreta la Carta de privilegio y confirmación de la escritura de iguala y avenencia entre la tierra de Ayala y Don Pedro de Ayala, de 1487.

En aquel Fuero es fácil hallar su carácter troncal, en cuanto distingue el tronco o bienes heredados de las ganancias o bienes adquiridos (capítulo LI). Establece la reversión de bienes por falta de hijos o por no llegar éstos a la edad (capítulo LXXVI); regula el retracto familiar en las ventas (capítulo XXIII), y la conservación de la casa en el caso excepcional del capítulo XXIV.

Pero sea de ello lo que quiera, el más o menos dudoso *apartamiento* del Fuero queda confirmado en 1487, y con él es indudable la práctica secular de transmisión integral del caserío utilizando la capitulación matrimonial con pactos análogos a los de las regiones forales antes examinadas.

Por otra parte, el caso de fallecimiento del cónyuge con hijos menores de edad tiene su solución jurídica en el usufructo *poderoso*, llamado así porque concede a la viuda o viudo el usufructo del caserío; facultándole para disponer del mismo intervivos o *mortis causa* a favor de cualquiera de los descendientes.

A mayor abundamiento, el ejercicio de nuestra profesión en tierras de Ayala nos ha permitido comprobar la subsistencia del caserío en forma idéntica a su vecina Vizcaya.

Galicia.—A diferencia de las regiones anteriores, en Galicia se opone a la organización familiar de la propiedad su ley civil o Código civil común español, de tipo acusadamente individualista. Ha de ser interesante observar cómo es superado el obstáculo legal hasta lograr la transmisión integral de la *casa petrucial*, o patrimonio familiar, siquiera no sea más que como muestra del insuperable ingenio jurídico galaico.

En ocasiones, el mismo Código civil le sirve de medio: instituye legatario del tercio libre y del de mejora al mismo hijo, que con tales participaciones sumadas a su legítima, adquiere la casi totalidad del patrimonio y con ello la facilidad de pagar, mediante convenio, las legítimas de sus hermanos, que cederán a su favor, por la cantidad proporcional que reciben en metálico, la totalidad de sus derechos hereditarios.

Otras veces forma la unidad agrícola a que se refiere el artículo 1.056 del Código civil, y ordena los pagos en metálico de las legítimas.

Si el padre teme que la rebeldía de alguno de los hijos no favorecidos impida las soluciones anteriores, simula una venta a favor del primogénito y seguidamente otorga testamento, favoreciéndole con las participaciones hereditarias antes expresadas, con lo cual el hijo rebelde que lograra la declaración de nulidad de la venta simulada se hallaría en definitiva desposeído por el testamento.

Los mismos conceptos hace jugar cuando organiza la familia en capitulaciones matrimoniales.

Para delegar la facultad de nombrar heredero privilegiado, concepto que en Galicia necesariamente ha de jugar sobre los tercios de libre disposición y de mejora, utiliza los siguientes medios: el artículo 831 del Código civil, para el de mejora, en capitulaciones matrimoniales; la libertad de disposición, para el tercio libre, respecto al que nada se opone la fórmula simple de nombrar usufructuario al cónyuge sobreviviente, facultándole «para disponer de su propiedad por donación intervivos o por testamento a favor de cualquiera de los hijos comunes», ni la más complicada de instituir directamente herederos de su nuda propiedad a uno de todos sus diversos hijos, «que será el que mejor comportamiento observe con el cónyuge viudo después del fallecimiento del testador, debiendo hacer esta determinación o declaración el citado cónyuge, en cualquier

tiempo, durante su vida, en testamento, acta o escritura pública». Y leemos en los mismos protocolos de que copiamos la fórmula anterior, su aclaración: «sin que con esto se contrarie lo más mínimo lo dispuesto en el artículo 670 del Código civil, porque la institución queda hecha por el otorgante y sólo se trata de determinar cuál de las personas nombradas reúne las condiciones que se exigen al instituido, acto perfectamente lícito, como lógicamente se deduce de lo declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de Enero de 1899».

Por su parte, esta sentencia, en la más delicada y difícil referencia del tercio de mejora, facilita otro medio de delegación, pues dice: «que la cláusula en la que se establece la mejora del tercio en favor de aquel de los nietos del testador que procediendo de su difunta hija case con el consentimiento paterno para la *casa petrucial*, no se opone a los artículos 830 y 670»... «y que tampoco se opone al artículo 750, porque la incertidumbre del agraciado con la mejora cesa por el cumplimiento de la condición impuesta en ella, que en el caso actual es el evento a que alude dicho artículo para la validez de las disposiciones testamentarias en favor de personas inciertas».

Y en una finísima flexión del pensamiento jurídico, basándose en esta sentencia, se llega a transformar la prohibida delegación de la facultad de mejorar en una institución condicional válida, mediante instituir heredero del tercio de mejora a uno de todos los hijos, que será precisamente el que resulte nombrado heredero mejorado por el cónyuge sobreviviente en su testamento y para su herencia, con lo que no es éste propiamente quien dispone de la mejora del premuerto, sino el que al disponer de la suya concreta el evento y consuma la condición.

Por último, es digna de mención la invención ingeniosa del apartamiento, mediante *renta sisa o en saco*, por la cual se nombra heredero integral de la casa *petrucial*, indivisible según el artículo 1.056, imponiéndole la obligación de separar a los «restantes hermanos con la correspondiente *renta sisa en saco* a tanto por ferrado de tierra o por peritación justa, que se utiliza, según nuestros informes, en los distritos notariales de Carballo, Ordenes y tal vez Corcubión.

Renta sisa, que no es otra cosa que la fórmula galaica de la carga real rentaria que vimos en Alcanía y del censo al revés o revesejat catalán.

Guipúzcoa.—Viene rigiéndose por el derecho común desde su unión a la Corona de Castilla en 1200, y en consecuencia está sujeta al régimen de legítimas establecido por el Código civil.

Contra tal régimen han protestado repetidamente los fueristas vascos como atentatorio a la conservación íntegra del *caserío*, y, por lo tanto, a la vida económica y social característica de la región.

Primero, en las Juntas celebradas en Tolosa en Mayo de 1696, y después en las Juntas celebradas en Azcoitia en 1747, se muestra la aspiración de lograr una plena libertad testamentaria que suprima o reduzca al límite mínimo las legítimas, a la manera de Navarra, Aragón y Vizcaya. Y por último, el proyecto de Decreto-ley que la Comisión de Agricultura sometió a la aprobación de la Diputación de Guipúzcoa, de fecha 6 de Septiembre de 1929, constituyó el ensayo más serio y el intento más profundo de cuantos se han hecho para solucionar el problema, dando cauce legal al patrimonio familiar.

Sin embargo, es un hecho indudable que el *caserío* sigue conservándose íntegro e *indiviso* en Guipúzcoa.

Es suficiente, para ello, el libre juego, permitido por el Código civil, de la disposición, por el padre, a favor de uno solo de los hijos, de los tercios de libre disposición y de mejora, que no es motivo de celo, ni de envidia, para los demás.

Coadyuvan a ello, a nuestro juicio, la abundancia de industrias remuneratorias en la provincia, que hace menos privilegiada comparativamente la situación del primogénito y acalla todo estímulo egoísta, el respeto con que los hijos acatan la voluntad paterna, y la íntima convicción de su justicia y conveniencia general; y a estas causas añadimos, reproduciendo con verdadero placer la afirmación de D. Vicente de Laffite, la labor de los dignísimos Notarios de los pueblos de la provincia, que a pesar de las grandes dificultades con que tropiezan para acoplar y cohonestar los deseos de los moradores del *caserío* con las exigencias del Código civil en la multitud de ocasiones que a cada paso se les presentan sobre venta y transmisión del *caserío*, han seguido siempre el laudable criterio de buscar solución para evitar la destrucción de su unidad.

En una visión general de las legislaciones forales examinadas, adquirimos las siguientes enseñanzas:

La pequeña propiedad familiar ha subsistido, a través de los siglos, en una organización legal más o menos adecuada a sus fines.

La gran propiedad o antiguos vínculos extensos se ha fraccionado a través de las divisiones hereditarias entre los sucesores de los antiguos señores. Estos no explotan las tierras por sí mismos, sino que las conceden en arrendamiento. Son tierras de rentas, de puro régimen capitalista. Han entrado en el torrente de la comerciabilidad y pasan de dominio a dominio como objeto de renta, mediante su arrendamiento.

Pero ya en régimen de arrendamiento, el arrendatario labrador organiza y asienta sobre ellas su familia, al igual que si fuera propietario: un solo hijo y su familia le suceden en el arrendamiento; a este sucesor transmite íntegramente sus muebles, sus aperos de labranza y su título de arrendatario, y, en compensación, en cuantía más reducida, le impone obligaciones respecto a los demás miembros de la familia, padres y hermanos, en forma análoga a la que vimos al examinar la transmisión de la propiedad.

El arrendatario sentirá el justo deseo de liberar su tierra de la renta; de que ésta sea inalterable, primero; que el arrendamiento sea perpetuo, luego. Que se eleve a dominio, por último.

Afirmamos ahora que ese dominio ha de revestir la forma de propiedad familiar.

Nos hallamos actualmente en el momento histórico en que toman cuerpo todas estas ideas y conceptos.

El mundo jurídico va a la zaga de la realidad. Apenas la intuye. No señala orientaciones, no perfila instituciones, nada dice. La rúbrica «patrimonio familiar inembargable» suena en muchos oídos como carente de contenido, como una novedad, ignorando que tras ella se oculta un mundo vivo y potente.

¿Para qué más? Todavía en las cátedras y en los libros se discute si la libertad de testar es moral o inmoral, si la autoridad paterna se robustece o debilita con ella, si la sucesión vincular y los fideicomisos son formas arcaicas repudiables.

Como si no hubiese llegado el momento de discutir si es o no conveniente la organización familiar de la propiedad en oposición a la propiedad individual, de la cual no son más que consecuen-

cia las discusiones descentradas acerca de legítimas, vínculos, mayorazgos y contratos sucesorales.

Emplazando la discusión todavía, puerilmente, en el campo de la sucesión individualista, único que para ellos parece existir. O en el más pequeño y limitado aún de la unificación de Códigos, de la subsistencia o desaparición de las legislaciones forales. Y aun dentro de esa puerilidad, empequeñecida más y más, tanto de una parte como de la otra, con estériles patriotismos de segundo grado, que la alejan progresivamente del campo jurídico, transportándola al político.

CARACTERES JURÍDICOS

Intentaremos ahora perfilar los conceptos que, a modo de bases, puedan servir para una ordenación de la propiedad adecuada al espíritu familiar.

Sintéticamente, se pretende la adscripción perpetua de un patrimonio económicamente suficiente a la familia que le trabaja.

Hay un solo elemento sobre que operar: la tierra.

Un solo titular al que servir: la familia.

Un solo fin: perpetuidad.

Un solo medio: indivisión.

I

Determinación jurídica de la institución.

Sobre toda institución jurídica nueva de orden familiar se proyecta, inevitablemente, la influencia de los tipos jurídicos individualistas, únicos que viven de momento como una realidad legal. Comienza por imponer su nomenclatura: frente al dominio individualista nos veremos forzados a hablar de un dominio familiar; frente al arrendamiento individualista, de un arrendamiento familiar, como de un usufructo familiar, como, en último término, se alude a un salario familiar.

En el momento presente hemos de ocuparnos del tipo mayor de relación jurídica, al que hemos de denominar «dominio o propie-

dad familiar». Bien se ve que la rúbrica no es precisa ni apropiada. Las facultades del titular no serán las del *dueño* de tipo individualista; sus limitaciones serán otras; su regulación total, diferente. Será otra institución. Su única analogía consistirá en que en uno y otro dominio sus respectivos titulares, individuo y familia, cada uno dentro de la categoría en que se desenvuelve la institución, ostentarán la mayor amplitud de facultades sobre el objeto de la relación, finca, tierra, casa, etc.

Aquella amplitud de facultades en la propiedad familiar es informada por el principio siguiente: la tierra *para* la familia que la trabaja. Este principio, en su aplicación legal, en sus reglas jurídicas, en el articulado de la Ley será la institución misma y la configurará con trazos inconfundibles. Pero, en esencia, ese *para*, o relación de poder, significará exacta y únicamente la regulación misma que hagamos; el titular (familia) de esa relación (dominio) será quien *tenga* la tierra (patrimonio) en su más amplia dominación jurídica, y *para él* (familia) será la tierra (patrimonio), si bien tan sólo en esa institución que llamamos dominio o propiedad familiar.

Y teniendo en cuenta ahora que el titular será la familia, que el objeto de la relación es un patrimonio determinado y que el término *propiedad* no es preciso, tal vez lo más conveniente sea denominar la institución que examinamos «patrimonio familiar», sin más pretensiones científicas.

II

Determinación objetiva.

Equivale el concepto *patrimonio*, objetivamente, a bien sujeto a la regulación especial de tipo familiar, a objeto de la relación jurídica de la propiedad familiar; su determinación equivale a diferenciarlo del objeto de la relación jurídica de la propiedad individual, puesto que todas las cosas pueden, en principio, servir de objeto tanto a una como a otra clase de propiedad.

Deslindemos, por lo tanto, los campos: la Historia nos ha mostrado que el patrimonio familiar se contrae a la propiedad territorial, a los bienes rústicos, pues sólo a ellos hacen referencia las

razones económicas, sociales y políticas que impulsan la nueva organización.

Ahora bien : esta limitación que aceptamos, tierra rústica, patrimonio rústico, no es absoluta.

El problema puede trascender a otros campos y afectar a otra clase de bienes ; es, en realidad, el mismo el que se muestra en la propiedad urbana objeto de la ley de Casas Baratas ; la Constitución de la República declara que en igual forma con que protegerá al campesino legislando sobre el patrimonio familiar inembargable, protegerá también a los pescadores, con lo que, como único término de equivalencia posible, anuncia en realidad la creación a favor de éstos de un patrimonio familiar cuyo objeto será la embarcación pesquera ; y ya apuntamos, respecto de Cataluña, la tendencia a formar un patrimonio familiar con el pequeño comercio y aun con la pequeña industria. Pero, de momento, nos conformaremos con la formación del hogar rústico patrimonial.

Mas ello no es suficiente aún : no todos los bienes rústicos pueden ser explotados agrícolamente en un régimen familiar. En ocasiones tal explotación será inadecuada, antieconómica. Su conveniencia o inconveniencia resultará de las condiciones de la tierra, de los diversos cultivos que admita, del comercio interior y de la organización agrícola general del país, que aconsejaron tal vez su explotación corporativa, o por asociaciones de campesinos, o industrializada en un tipo individualista.

En tal sentido, la determinación del patrimonio rústico familiar surgirá de las siguientes directrices : a), puesto que se contrae a la familia, ha de ser capaz económicamente para subvenir con sus productos, no excesivos ni insuficientes, a la vida familiar ; b), puesto que ha de estar en correlación directa con la familia como entidad de trabajo, no ha de exceder de la capacidad de trabajo de sus miembros, de tal manera que la aportación de trabajadores extraños lleve a desnaturalizar aquel carácter.

En consecuencia, establecido el concepto *familia* y sus componentes normales (matrimonio viejo, matrimonio nuevo, hijos, hermanos, criados, etc.), será fácil señalar las condiciones esenciales determinantes del patrimonio en cada región y momento histórico, tomando por base, bien su extensión, como en los Estados Unidos, o bien su valor medio, como en Francia, Venezuela y Méjico.

A nuestro juicio, este sistema no es conveniente, y, por el contrario, estimamos preferible que técnicos especiales señalen en cada momento y región cuáles son los límites máximo y mínimo exigibles para constituir el patrimonio familiar, con lo cual, además de lograr la flexibilidad adecuada al fin perseguido, dará entrada a un concepto nuevo interesante, que escaparía de aquellos límites si se señalasen de antemano; concepto que no es otro que el de la industrialización de la agricultura, que con prometedoras esperanzas se proyecta en la formación y progreso del hogar campesino.

Ahora bien: dentro del patrimonio familiar se comprende no sólo la tierra, sino el hogar, la casa-habitación, las edificaciones destinadas a su explotación agrícola, los muebles, los semovientes, los aperos de labranza, etc. En una palabra: la unidad orgánica de explotación agrícola.

III

Nacimiento o alumbramiento jurídico del patrimonio.

Tenemos ya el bien rústico con aptitud para servir de patrimonio familiar, y ha de pasar ahora del campo individualista en que se desenvuelve actualmente al campo familiar, totalmente diferente. ¿Qué camino habrá de seguir?

A) Sistema voluntario, facultativo o libre.

Tiene el inconveniente de que queda la transformación a voluntad del titular, que moviéndose actualmente dentro del individualismo, goza de un poder casi ilimitado, que perderá al sujetarse a la regulación más rígida, familiar.

Será difícil que voluntariamente siga tal camino.

Por otra parte, es evidente que en las regiones forales el dueño ha sido nombrado tal dueño como heredero o donatario privilegiado en atención a un fin puramente familiar. Las facultades de enajenación, división, etc., de que no obstante goza, se deben a que se mueve impropriamente dentro de las formas del tipo individualista. Todas ellas son contrarias al espíritu familiar a que debe su posición de dueño. Para defenderlas no puede invocar el espíritu familiar, sino el individualista, pero tan pronto como se sitúe en

este campo será rechazado todo el régimen foral que ha utilizado; v. gr.: la exclusión hereditaria de los hermanos, el privilegio de su nombramiento, los pactos sucesorios contractuales, etc., etc. Su posición no es firme; se contradice a sí misma.

Estimamos preferible, por lo tanto, adoptar el sistema siguiente:

B) Sistema legal o forzoso.

No obstante su justicia, será de difícil implantación, por la resistencia pasiva que opondrán los interesados.

Aceptado, exigirá un examen de los medios de investigación, castigo, etc., necesarios para asegurarla.

En las concesiones nacidas de la reforma agraria, lo estimamos ineludible.

Procedimiento. En el voluntario, el momento más adecuado de implantación será el del contrato matrimonial, sin perjuicio de poderlo establecer en las donaciones o en testamento. Y, en todo caso, mediante instrumento público (sistema francés), previa publicación oficial (Francia, Suiza, Alemania y Brasil) e inscripción especial en el Registro de la Propiedad (ídem).

IV

Sujeto de la relación jurídica.

El sujeto de la relación, el titular del patrimonio, es, sin duda, la familia.

Ahora bien: la familia aparece integrada: a), por una suma de individuos o asociación de personas unidas por el vínculo familiar; b), por dos sociedades conyugales o matrimoniales (viejo y nuevo) dentro de la sociedad mayor anterior.

Se trata, pues, de armonizar todos los intereses y elementos: individuos, matrimonios, familia.

En primer término será preciso determinar su extensión, parentesco y grados.

De ordinario, estará representada en el ejercicio de sus derechos y deberes por el jefe de la misma; pero las facultades, deberes, derechos, obligaciones y relaciones individuales de sus componentes resultarán modificadas por el influjo de la asociación superior y

común, en la forma que resultará de la regulación que se haga de la institución ; y todo ello conformará el tipo nuevo de sujeto-familia, titular-familia, con sus órganos de gestión, intervención de sus socios, etc., y modificará los tipos individualistas de sujeto-individuo, de titular-individuo, así como los derechos del mismo tipo de la organización matrimonial y de la organización sucesoria, derechos viduales, etc., etc. Vivirá ahora en otra órbita totalmente diferente.

V

Destino agrícola del patrimonio.

De la esencia misma del patrimonio, que ha nacido y se nutre de su naturaleza objetiva (tierra), de su destino (agrícola), de su fin (económico) en una distribución (social) conveniente y justa, se desprende lógicamente, sin violencia, que ha de sufrir limitaciones de índole social y económica, la primera de las cuales, referida a su destino, es que única y exclusivamente podrá ser utilizado como explotación agrícola, puesto que un destino diferente llevaría consigo su extinción como tal patrimonio familiar para entrar de nuevo en el dominio individualista (base XII). Dentro de tal norma tendrá ambiente adecuado la intervención del Estado, Región o Municipio o de las entidades técnicas directoras del servicio público agronómico, cuya necesidad y conveniencia se hace sentir actualmente aun dentro y con referencia a la propiedad individualista, si bien provocan una reacción de protesta, al paso que, dado el fin social informante del sistema familiar, tendrá campo abonado para su desenvolvimiento en beneficio armónico de la comunidad, del individuo y de la familia, dentro de la organización tutelar de que hablaremos en la base XIII.

Aun moviéndonos dentro de las anteriores consideraciones, estimamos, sin embargo, esencial la más amplia autonomía posible de la familia en el destino agrícola del patrimonio.

VI

Indivisibilidad del patrimonio.

El principio de integridad exige: a), su indivisión material, y b), su indivisión jurídica.

Ha de ser indivisible materialmente, porque su parcelación implicaría la formación de una finca independiente con la parte segregada, incapaz por sí misma de constituir un patrimonio económicamente suficiente y llevaría consigo, con la disminución del originario, la pérdida de las condiciones económicas indispensables para su subsistencia normal.

No es susceptible de pertenecer en partes ideales indivisas a varios titulares, puesto que siendo su titular la familia, que cubre jurídicamente en su integridad la relación de sujeto y cosa en el tipo específico de comunidad familiar sin cuotas *plurium in solidum*, resultaría incompatible con cualquiera otra comunidad ideal de tipo contrario que, a mayor abundamiento, carecería de objeto en que sustentarse por hallarse íntegramente cubierto.

El mismo principio de integridad se desenvuelve en la transmisión del bien de familia en la modalidad que se examina en la base X.

Ahora bien: dentro de una minuciosa regulación es posible autorizar las segregaciones y agregaciones, en referencia al patrimonio, siempre que con ellas no se destruyan las condiciones económicas máximas y mínimas que la base II señala para su viabilidad.

VII

Inembargabilidad.

Se aconseja, por razones de seguridad, estabilidad y subsistencia del patrimonio, y de defensa y amparo de la familia, que debe quedar a salvo aun de la gestión equivocada o irregular del jefe de la misma.

Ha de alcanzar a los frutos y ser irrenunciable.

El posible perjuicio para los acreedores podrá ser evitado, tal vez, mediante la admisión, regulada convenientemente, de la administración del patrimonio por un gerente, a la manera que se efectúa en Suiza.

La pérdida del crédito en que se traduce la inembargabilidad, respecto de la familia, habrá de suplirse mediante el sistema adecuado, por medio de las instituciones intermedias que son objeto de la base XIII.

El principio de inembargabilidad podrá admitir más o menos excepciones, desde las que hacen referencia a las deudas anteriores a la constitución del patrimonio, hasta el seguro de incendios o el pago de deudas alimenticias de la ley francesa.

VIII

Inhipotecabilidad.

Tiene el mismo fundamento que la inembargabilidad, y por ello a la creación del patrimonio familiar deberá preceder la extinción de las hipotecas anteriores, a la manera del *Heimstätte* germano, y habrán de prohibirse las posteriores, salvo que se estime conveniente, a nuestro juicio equivocadamente, la oportunidad de las hipotecas amortizables germánicas exentas de ejecución.

IX

Inalienabilidad.

Nos movemos en el mismo círculo de ideas.

Constitución de cargas reales.—Parece, en principio, rechazable; sin embargo, será admisible en los casos en que ellas no alteren la función económica del patrimonio y, por el contrario, contribuyan a su racional funcionamiento y explotación; v. gr.: servidumbres recíprocas, de aguas, pastos, paso, etc.

En tales casos se habrá de determinar si el jefe de familia podrá por sí solo concederlas o necesitará el consentimiento o consejo

de su esposa o familiares, o tal vez, además, autorización judicial o técnica.

Enajenación intervivos del patrimonio.—El régimen familiar carece propiamente de un dueño que, como en el individualista, tenga facultad de enajenar el objeto del dominio. Hay sólo un administrador del patrimonio, encarnado en el jefe de familia, que nunca podrá suponerse dueño del mismo. Habiéndola adquirido como heredero privilegiado, tiene el íntimo convencimiento del carácter especial de su título de dueño y distingue con claridad la diferencia de su posición moral respecto de la tierra familiar heredada y de las que adquiere con su trabajo e industria. Intuitivamente percibe la justicia de la fórmula jurídica empleada por sus padres al instituirlo, que le obliga a reservar el patrimonio a favor de sus hijos, como a su vez él impondrá la misma reserva al hijo que elija como sucesor. También intuitivamente sabe que él pasa por el patrimonio como pasaron las generaciones anteriores y pasarán las posteriores, y que el patrimonio es de la familia de la que procede y que subsistirá después de su muerte a través de las generaciones sucesivas. Unicamente por eso él ha sido nombrado dueño con preferencia a sus hermanos, igualmente amados por sus padres. Ese nombramiento no puede tener para el favorecido otro significado que el de haber sido designado representante y continuador de la familia en el solar ancestral.

Podrá, no obstante, rebelarse contra toda limitación, al influjo que, inconscientemente, produce en él el significado que la palabra *dueño* tiene en el ambiente legal individualista en que se mueve y vive.

Pero íntimamente posee la verdad, que le afirma lo contrario.

Pues bien: una vez que el molde legal recoja en la ley futura aquella verdad y la plasme en la regulación del patrimonio, aceptará como algo natural e indiscutible el principio de inalienabilidad decretado.

Si este criterio se considera exagerado de momento y se admite la enajenación del patrimonio, surgirán seguidamente las limitaciones siguientes:

Requisito de la necesidad de la enajenación.—La designación de heredero favorecido o privilegiado implica por parte de éste el asentimiento tácito de cumplir su misión histórica, así como el pa-

dre que le favoreció partió del supuesto de que la cumpliría, razón por la cual lo prefirió entre todos sus descendientes igualmente amados. Si el favorecido intenta convertir este nombramiento, tan característicamente familiar, en un título de dominio individual, disponiendo libremente, sin motivo justificado, del patrimonio, y lo enajena total o parcialmente, habrá consumado un despojo a sus hermanos, una burla a la voluntad paterna y una traición a la familia.

En tal caso, tal vez sea necesaria la intervención de los miembros de la misma y la autorización judicial, orientadas una y otra a la justificación de tal necesidad (Francia, Venezuela, etc.).

Retracto familiar.—Aun existiendo causa justificada de la enajenación, es evidente que la familia, los hermanos excluidos, los descendientes del tronco raíz y toda la serie de familiares que fueron excluidos del patrimonio en beneficio de la unidad de la jefatura de la familia, tendrán el derecho de continuar la vida e historia de la misma en el solar familiar, con preferencia al comprador extraño.

Aquel hogar encierra dentro de sus límites toda la tradición de la familia originaria, y nada más justo que el derecho de ésta a ocuparlo, en una preferencia natural. He aquí el fundamento del retractor familiar.

Admitido, se hace necesario señalar un límite a la familia y señalar un orden de preferencia entre los parientes que, dentro de tal límite, tienen derecho de retraer.

¿Cuál será el precio del retractor? La influencia del Código civil nos llevará a creer que el precio de la venta.

Nada más equivocado. En realidad, en el más puro criterio familiar el vendedor que ha sido dueño privilegiadamente, ha gozado de este privilegio, correlativo del perjuicio de los demás miembros de la familia, en atención y como compensación a su adscripción al patrimonio; si el ascendiente común hubiera previsto la pérdida de contacto del descendiente privilegiado con el patrimonio y que otro descendiente ocuparía su lugar, hubiera nombrado heredero privilegiado a este mismo descendiente y hubiera apartado a aquél de su herencia y patrimonio, asignándole los mínimos derechos, o legítima. En rigor, estos derechos mínimos son los únicos que debería percibir el vendedor.

En un criterio menos riguroso y más viable, la familia (o pariente retrayente que ejercita su derecho de recuperación) no podrá nunca ser obligada a pagar mayor precio que el valor justo y real del patrimonio mismo. Mucho es ya que haya de satisfacerlo íntegramente en beneficio de quien vendió como suyo lo que tal no lo fuera; pero que tenga que pagar por este patrimonio de discutible propiedad un precio mayor de su valor, sería monstruoso e injusto.

He aquí la justificación del retracto por el precio de peritación, sabiamente desenvuelto en el Fuero de Vizcaya.

Parece innecesario hacer constar aquí que el patrimonio no podrá ser dado a censo o arrendamiento, puesto que su finalidad y naturaleza lo proclaman imperiosamente.

JOSÉ URIARTE,

Notario.

Banco Español de Crédito

Capital autorizado	Ptas.	100.000.000
Capital desembolsado	—	51.355.500
RESERVAS	—	70.592.954,34
Cuentas corrientes al 30 de junio de 1935.....	—	1.308.323,771,67

Domicilio social: MADRID, calles de Alcalá, 14, y Sevilla, 3 y 5.

400 SUCURSALES EN ESPAÑA Y MARRUECOS ESPAÑOL

Sucursales Urbanas, En MADRID: Glorieta de Bilbao, 6; Glorieta de Atocha, 8; Conde de Romanones, 6, y Velázquez, 29.

Idem en BARCELONA: Avenida E. Maristany y calle Antonio Ullé, número 11 (BORNE); calle Sans, número 10, y calle España Industrial, número 1 (SANS)

CORRESPONSALES EN LAS PRINCIPALES CIUDADES DEL MUNDO
EJECUCIÓN DE TODA CLASE DE OPERACIONES DE BANCA Y BOLSA

TIPOS DE INTERES

Cuentas corrientes:

A la vista 1 ¼ % anual.

Libretas ordinarias de ahorro:

Tengan o no condiciones limitativas. ... 2 ½ % anual.

Imposiciones a plazo fijo:

A tres meses... .. 2 ½ % anual.

A seis meses... .. 3 % —

A doce meses... .. 3 ½ % —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo y de ahorro los tipos máximos señalados en esta norma.

DEPARTAMENTOS DE CAJAS FUERTES DE ALQUILER

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de Correos núm. 297.

Transformaciones operadas en el Derecho civil cubano por los Gobiernos revolucionarios (*)

I

¿ES LA REVOLUCIÓN FUENTE DEL DERECHO?

El solo enunciado de esta disertación produce inquietudes y dudas en algunos espíritus muy conservadores y legalistas. ¿Es posible—dicen ellos—que Gobiernos revolucionarios de los llamados *de facto* puedan crear derecho, y, aún más, transformar o modificar el ya existente elaborado por Gobiernos *de jure*? ¿Es posible que un Gobierno que no suceda a su antecesor dando cumplimiento a las prescripciones del Derecho constitucional vigenté pueda crear derecho y que su derecho tenga que ser respetado y cumplido?

Para disipar estas dudas y dar contestación a las interrogaciones propuestas debemos, previamente, hacer algunas ligeras consideraciones, aunque pertenezcan a la Filosofía y al Derecho político, ya que nos encontramos frente a un problema muy controvertido, que nosotros sintetizamos en esta sola frase: «¿Es la revolución fuente del Derecho?», y que, no obstante ser materia que puede tratarse en Derecho civil, también es estudiada en la Filosofía del Derecho y en el Derecho político, por ser de naturaleza muy compleja y de difícil localización en la Enciclopedia jurídica.

(*) De la Conferencia pronunciada en la Escuela Privada de Derecho de la Habana (Cuba) el día 19 de Julio de 1935, por el Dr. José Rodolfo Rodríguez Álvarez, Profesor de Derecho civil y de Introducción al Estudio del Derecho en la misma.

Debemos advertir que las consideraciones que nos proponemos hacer serán muy breves, dado el poco tiempo que tenemos a nuestra disposición.

II

LUCHA POR EL DERECHO

El derecho se produce lentamente, a medida que el continuo devenir de la vida lo va exigiendo. Crece espontáneamente, como dice Carlos Octavio Bunge, el notable pensador argentino, y ello entraña una lucha secular y regular contra la injusticia. El fin es la paz; el medio, la lucha, produciéndose una verdadera antítesis en el derecho, según observa muy atinadamente Ihering, y por esto se representa a Temis, diosa de la justicia, con una balanza en una mano y una espada en la otra. Con la balanza pesa el derecho y con la espada lucha por establecerlo.

Esa constante «lucha por el derecho» utilizando la expresión del propio Ihering, se realiza de dos maneras: En una, los Poderes públicos, recogiendo el sentir del pueblo o acudiendo solícitos a llenar sus necesidades, dictan las normas jurídicas requeridas para obtener ese objetivo. Y en la otra, lejos de recoger ese sentimiento, lo desatienden y desoyen, llegando hasta opresionarlo, haciendo muy difícil la vida, por no marchar el derecho en consonancia con ella. El hecho crea el derecho, y entre ambos debe haber un verdadero ajuste armónico. Tienen que marchar acompasadamente, y no de otro modo.

Cuando los Poderes públicos persisten en su resistencia a interpretar fielmente las aspiraciones de un pueblo soberano y éste se considera injuriado, se produce el hecho de la revolución.

Mucho se ha discutido si tiene el pueblo derecho a la revolución. Las opiniones son encontradas. Se afirma que si la soberanía reside en el pueblo y de él dimanar los poderes, cuando los tenedores de esos poderes, como representantes del pueblo, no siguen las inspiraciones de sus mandantes, asiste a éstos el derecho de hacer cesar la situación de poder, en cuyo uso se han extralimitado; y como ello no se consigue siempre en forma amistosa, tiene ese pueblo que

acudir a la violencia para recuperar la posesión del Gobierno y poder entregarla a un mandatario consciente de sus deberes como gobernante y que esté dispuesto a devolverle la tranquilidad y la paz, elaborando las leyes que sean necesarias para lograr esos fines.

En determinadas circunstancias, y como una necesidad, se reconoce al pueblo ese derecho a la revolución o insurrección. Y ese reconocimiento lo hace un cubano, filósofo del derecho de tanto prestigio y renombre como Mariano Aramburo, quien sostiene que el pueblo no sólo ejercita su derecho deponiendo al déspota, sino que cumple el deber de restaurar el orden jurídico devastado y asolado por el despotismo, ya que a su autoridad primordial compete mantener sano y vigoroso ese orden de la justicia.

En España mantiene la misma opinión, en su tesis doctoral titulada *El derecho de revolución y la revolución conforme a derecho*, el que es hoy catedrático de Derecho administrativo, Recaredo Fernández de Velasco; tesis que hubo de discutirse en diciembre de 1912 ante un Tribunal compuesto nada menos que por Santamaría de Paredes, Posada; el marqués de la Merced, Olózaga y Goicoechea, mereciendo la mejor calificación. Y en ese trabajo sostuvo Fernández de Velasco que negar que la revolución sea un derecho, no potestativo, sino irrenunciable y de ejecución forzosa, sería tanto como pensar que el derecho es una cosa artificiosa, y el Estado una traba, y la sociedad un simple conglomerado de individuos, que si hoy se reúnen y se asocian, mañana podrían separarse y vivir cada uno aislado de los demás, todo sin elevarse a la categoría de un dios ni descender hasta confundirse con las fieras. Y he aquí—agrega—cómo la lógica parece resolverse en una proposición paradójica: solamente, únicamente los anarquistas, que son precisamente los que más la predicán, pudieran negar el deber de revolución, porque ellos son, efectivamente, los que hablan de la artificiosidad del derecho, de la esclavitud del Estado y de la accidentalidad de la sociedad. Y porque la base sobre que edifican sus doctrinas los anarquistas es deleznable y falsa, su revolución es una imposibilidad permanente, y, al contrario, y por la propia razón, la nuestra es un deber jurídico, que tienen que reconocer y admitir como tal todos aquellos espíritus que, para diferenciarlos de los anarquistas, pudiéramos llamar conservadores.

En igual forma opina el profesor de la Universidad de Greiswald,

Heinrich Herrfahrdt, en su aún reciente y brillante obra la *Revolución y ciencia del derecho*.

Bunge, en su notable obra *El derecho*, pone como ejemplo más típico de lucha por el derecho, en forma violenta o revolucionaria, a la Revolución francesa. Y recuerda que la Monarquía, la aristocracia y el clero (las fuerzas y clases privilegiadas) defendían el derecho vigente contra la burguesía y el pueblo (las clases desposeídas), y al referir los rasgos más salientes de aquella revolución, destaca, cómo a mediados del siglo XVIII, la masa del pueblo francés se sentía infeliz bajo el absolutismo y los impuestos. La clase media, la burguesía, que poseía ya riquezas, aspiraba a compartir el Gobierno con la aristocracia. El bajo pueblo sufría hambres y miserias de todo género, con lo cual venía a resultar natural aliado de la burguesía. Para mejorar la situación de la clase media y aliviar la de la baja, había que derrocar el despotismo. Pero éste no se basaba solamente en la fuerza; tenía también de su parte el derecho vigente. La Monarquía absoluta se cimentaba en la teoría del derecho divino, y éste disculpaba sus más crueles abusos. A pesar de que tal régimen o sistema de derecho funcionara inconscientemente, o sea como un órgano interno en épocas anteriores, acabó por hacerse doloroso e intolerable. Había que cambiarlo, y para ello era preciso crear un derecho nuevo que, después de destruirlo, lo sustituyese. El pueblo de por sí era demasiado ignorante para crear este nuevo derecho que anhelaba; pero su creación estaba en la corriente del siglo y, por tanto, había de realizarse de un momento a otro... Entonces intervino la élite o «crema», la parte más inteligente del pueblo, que ya no era la aristocracia, sino más bien la burguesía. De la clase media salieron, en efecto, casi todos los pensadores y escritores de la enciclopedia, y, entre ellos, Juan Jacobo Rousseau, que era francés en su espíritu, aunque había nacido en Ginebra. Su obra, el *Contrato Social*—sigue refiriendo Bunge—, apareció en el momento oportuno y suministró al pueblo, especialmente a la clase media, el arma doctrinaria que necesitaba para refutar la teoría de la soberanía de derecho divino. Claro es que inmediatamente se difundió entre las gentes letradas, y sus pasajes más enérgicos eran recitados de memoria. El filósofo de Ginebra cooperó así en Francia, a una especie de educación popular, que siempre acompaña a toda transformación del derecho. No obstante que la mayoría del pueblo era

partidaria acérrima de la teoría innovadora, no faltaba una minoría que sostuviera lo existente y tradicional. Originóse, pues, cruenta lucha entre los revolucionarios, que pertenecían casi totalmente al estado llano, y los conservadores, es decir, la nobleza y el clero, apoyados por la parte del pueblo que permaneció fiel a la corona. Después de varios choques sangrientos triunfó la revolución. De este modo desapareció el derecho antiguo, aristocrático y monárquico, para ser sustituido por el derecho nuevo, republicano y democrático. Aunque la teoría de Rousseau, así como la de Montesquieu, se referían más bien al derecho público, cambiado éste, afirma Bunge, por fuerza debía también renovarse el privado.

Queda, pues, demostrado que en determinadas circunstancias tiene el pueblo derecho a la revolución y que tratadistas muy notables así lo reconocen. Como consecuencia de este derecho y por razonamiento lógico, se llega a concluir que si el pueblo tiene derecho a la revolución, para obtener el Poder indebidamente ejercitado por un Gobierno, puede, una vez alcanzado ese objeto y entregado a un nuevo gobernante, dictar éste las normas jurídicas que sean necesarias. En otras palabras, que «la revolución es fuente del derecho».

A esta fuente del derecho la denomina el gran filósofo alemán de la hora actual, Rodolfo Stammler, en su Tratado de Filosofía del Derecho, «fuente originaria de formación del derecho», en contraposición a la que él llama «derivativa», que es la que se manifiesta de acuerdo con el derecho vigente, produciéndose la anterior sin atender para nada a ese derecho y hasta quizá, afirma el profesor de la Universidad de Berlín, en contra de él, sin que por ello dejen de adquirir la cualidad de «jurídicas».

No importa que esta fuente del derecho no esté específicamente establecida y reconocida por ninguno de los preceptos del ordenamiento jurídico para que se reconozca su existencia, pues ésta se manifiesta como un hecho innegable y como una necesidad política.

El profesor Herrfahrdt declara en su obra, ya citada, *Revolución y ciencia del derecho*, que no conoce ningún caso en Alemania en que los Tribunales hayan rechazado la posibilidad de decretar normas obligatorias por los poderes revolucionarios.

El propio autor manifiesta que el Tribunal Supremo de esa na-

ción, con motivo de un Decreto de amnistía y después que el consejero Paul había pronunciado ante el mismo una conferencia rica en fundamentación doctrinal, declaró el 21 de diciembre de 1918 lo siguiente: «que en virtud de la antigua Constitución alemana, anulada por la revolución, no puede resolverse la cuestión de lo que es Derecho y lo que debe serlo en lo futuro. Si se quiere encauzar paulatinamente en las vías del derecho todo el aparato del Estado, profundamente removido en sus fundamentos legales desde los sucesos de noviembre (se refiere a la revolución que estalló allí el 9 de noviembre de 1918), no queda otro remedio que reconocer como legítima la situación de hecho creada por la revolución, ante la imposibilidad de restaurar nuevamente las anteriores condiciones. Quien tal reconocimiento rechace niega al Estado alemán y a los Estados miembros la posibilidad de desenvolverse en lo futuro sobre una base legal. La consecuencia sería la negación del Estado, del derecho y el caos político. Nadie necesitaría en adelante obedecer al Gobierno, pudiendo, impunemente, oponer resistencia a sus disposiciones. Todas las autoridades ejercerían su actividad únicamente como órgano del poder político momentáneamente soberano. La jurisprudencia, «en nombre» de este poder, no es una fórmula vacía, sino que expresa adecuadamente la fuente de poder, de la cual deducen los Tribunales su competencia jurisprudencial. Las decisiones judiciales son decisiones soberanas, que en ciertos casos necesitan de la ejecución forzosa; pero ésta solamente está en condiciones de realizarla aquel órgano que se encuentre en posesión del poder de hecho».

Ahora sólo nos resta, para corroborar la fuerza jurídica creadora de la revolución, traer a colación lo que ha sido resuelto por los Tribunales de Justicia de nuestra Republica.

El Tribunal Nacional de Sanciones, según publicó el *Diario de la Marina* en su edición del 6 de febrero de 1934, resolviendo un recurso de casación, y siendo ponente el magistrado Francisco Soler Valdés, declaró que «de acuerdo con las nuevas concepciones del Derecho público, las revoluciones pueden ser consideradas como una fuente del Derecho, la más enérgica de todas, susceptible de cambiar y transformar radicalmente, persiguiendo un fin estrictamente jurídico, un estado de derecho por otro estado de derecho, sin las limitaciones impuestas por la normalidad a la ley y a la cos-

tumbre, pues, surgiendo de la inconformidad de la colectividad y de la resistencia del pueblo a los actos arbitrarios o ilegítimos de un Gobierno tiránico que viola, desconoce y usurpa sus derechos, al convertirse esa resistencia en una revolución triunfante y recobrar el pueblo la dirección de sus destinos, necesariamente ha de organizarse un nuevo estado de cosas, pues sería inconcebible que aceptase sin rectificar, anular o castigar los actos arbitrarios e injustos del Gobierno opresor derrocado; y así, el nuevo Gobierno *de facto*, producto de la revolución, tiene que ir fijando las nuevas normas jurídicas que por la adhesión, obediencia y respeto que les presenten el conjunto de los ciudadanos, adquieren el carácter de legítimas, siendo su observancia y cumplimiento obligatorio para todos».

En esta sentencia se acepta que la revolución es fuente del derecho; que los Gobiernos *de facto* pueden legislar y que sus normas son obligatorias si el pueblo no las repele, es decir, si obtiene el Gobierno la «investidura plausible» de que habla Gaston Jèze.

Por último, nos vamos a referir a dos sentencias del Tribunal Supremo en Pleno de esta República:

Una de ellas es la número 2 de 1.º de Marzo de 1934. En dicha sentencia se declara:

«Que en el derecho constitucional la revolución produce un estado de hecho que no se rige por el derecho anterior, sino que, desplazándolo, viene a crear un derecho nuevo, el cual es, precisamente, su justificación, con independencia y abstracción de la Constitución vigente en la fecha de su victoria; a tenor de cuyas normas no le sería posible hacerlo en la forma y por medio de los órganos revolucionarios, ya que todo cambio político violento se realiza fuera de aquéllas y de manera esencialmente incompatible con la subsistencia del régimen jurídico anterior.»

La otra sentencia es la número 39 de 16 de Noviembre de 1934.

Se discutía si por un Decreto del que fué Presidente provisional, Dr. Carlos Manuel de Céspedes, podía modificarse una ley creadora de un impuesto.

Y el Tribunal declaró:

«Que ese Decreto tiene, indudablemente, el carácter de ley, dadas su naturaleza y la fecha de su promulgación, en la que los Poderes legislativo y ejecutivo estaban vinculados en el Presidente de la Re-

pública, como consecuencia de una revolución triunfante, que echó abajo los que a la sazón existían, manteniendo o suprimiendo a su voluntad textos constitucionales»...; y luego agrega: «que *siendo*, por lo tanto, *una ley el repetido Decreto*, aunque no se le haya dado esa denominación, como no se le dió a ninguna de las promulgadas durante el Gobierno del Presidente Céspedes, *pudo establecer un impuesto y derogar implícitamente la ley anterior que disponía lo contrario.*»

Esta sentencia da cumplida contestación a una de las interrogaciones que dejamos propuestas al comienzo de este trabajo: «si era posible que por los Gobiernos revolucionarios se derogaran leyes nacidas al amparo de Gobiernos anteriores no revolucionarios».

Hace años que los tratadistas Cimbali y Duguit escribían en Italia y Francia, respectivamente, el primero, su obra titulada *La nueva fase del Derecho civil*, y el segundo, *Las transformaciones generales del Derecho privado, desde el Código de Napoleón*. No hace mucho tiempo que el notable civilista Castán publicaba en España su interesante obra *Hacia un nuevo Derecho civil*. Y nosotros, muy modestamente y haciendo un gran esfuerzo y sin alardes de erudición de ninguna clase, intentamos presentar un cuadro sintético, casi esquemático, pues no disponemos de tiempo para más, de las transformaciones que nuestro Derecho civil ha experimentado por las normas que se han dictado por los Gobiernos que rigen a esta República desde el 12 de Agosto de 1933, en que cesó el régimen del General Machado. Pero previamente queremos aclarar que sólo nos compete referirnos a una parte del Derecho civil, a la que explicamos en esta Escuela, a la Parte general, Personas, Derecho de Familia y Sucesorio.

DR. JOSÉ R. RODRÍGUEZ,
Catedrático.

ANA ELERS

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad.

Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 42, segundo derecha.—Teléfono 13906.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

HIPOTECA. PROCEDIMIENTO SUMARIO. ADMINISTRACIÓN DE LA FINCA. LA CONDICIÓN ESTABLECIDA EN LA ESCRITURA POR LA QUE SE PACTA QUE, EN CASO DE ENTABLARSE PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA HACER EFECTIVO EL CRÉDITO QUE SE GARANTIZA, SE LE TRANSMITIRÁ AL ACREEDOR LA ADMINISTRACIÓN DE LA FINCA, NO TIENE LA EFICACIA DE IMPEDIR ACTOS DISPOSITIVOS DEL DUEÑO, NI PRODUCE EL EFECTO DE CONCEDER, DESDE LUEGO, DICHA ADMINISTRACIÓN, LA QUE DEBERÁ SOLICITARSE Y OBTENERSE DEL JUZGADO CORRESPONDIENTE.

Resolución de 13 de Junio de 1935. (Gaceta de 20 de Julio.)

El Registrador de la Propiedad de Navahermosa negó la inscripción de escritura de arrendamiento porque la finca que se arrienda está hipotecada por su anterior dueño, D. Rodrigo Rueda de la Flor, a favor de D. Clemente Fernández y González, con la condición expresamente convenida por los interesados, hipotecante e hipotecario, entre otras, en la escritura en que se constituyó la hipoteca, de que «si venciese el plazo fijado en la cláusula segunda, o se diere alguno de los casos previstos en la cuarta, el acreedor podrá ejercitar la acción hipotecaria, utilizando, a su elección, el procedimiento ejecutivo o el especial sumario que regulan los artículos 130 y siguientes de la ley Hipotecaria; que cualquiera que sea el procedimiento que utilice el acreedor, se le transferirá

la administración de la finca mientras dure el litigio». Y constando en este Registro, por la nota marginal a la inscripción segunda referida, que se expidió la certificación a que se refiere el artículo 131 de la ley Hipotecaria, es visto que el hoy arrendador, en la fecha de la presentación de la escritura de arrendamiento en este Registro, y aun en la de la misma escritura, no tenía la administración de la finca que arrienda, por haber pasado dicha administración al acreedor hipotecario, y siendo el arrendar una facultad de administración, no compete ya al arrendador D. Pedro Rueda de la Flor en la fecha que la ejercita. Y no pareciendo subsanable dicho defecto, no ha lugar a tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado.

En el recurso interpuesto por el interesado, el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y la Dirección general revoca el auto apelado, declarando no existir el defecto apreciado en la calificación, con los argumentos que siguen :

No obstante ser función peculiar del Registro de la Propiedad la publicación, respecto de tercero, del dominio y de los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, en algunos casos tienen cabida en el mismo otras relaciones jurídicas que no revisten carácter real, representativas de reservas de derechos o de condiciones a que se sujetan los inscritos, o de titularidades que tienden a la formación o constitución del derecho real, si bien es cierto que a estas relaciones no inscribibles *per se*, pero que cumplen su finalidad de dar a conocer posibles modificaciones del *jus in re*, no les son aplicables en todo su rigor y pureza los principios hipotecarios en orden a producir, desde luego, todas sus consecuencias, sino que, limitadas a proclamar la posibilidad de un derecho, cuando llegue a constituirse surtirán efecto en cuanto a tercero desde la fecha de su constancia en el Registro.

El pacto consignado en la inscripción de hipoteca, de que el acreedor adquirirá la administración de la finca una vez instado el procedimiento judicial sumario, sólo puede tener el alcance de hacer pública la facultad que, llegado el caso, se ha reservado el acreedor, y la posibilidad de que la administración a que se contrae el pacto, una vez solicitada y obtenida, pueda afectar a aquellos que con posterioridad a la inscripción de la hipoteca adquieran algún derecho real sobre la finca, pero no el efecto de conce-

der, desde luego, la administración, ni el de impedir actos dispositivos del dueño, ni el de provocar el cierre del Registro.

Al establecer categóricamente la regla sexta del artículo 131 de la ley Hipotecaria, que el actor *podrá pedir que se le confiera la administración y posesión interina de la finca*, siempre que haya transcurrido el plazo de diez días desde el requerimiento de pago hecho al deudor, y *que tenga derecho a ella por haberse así pactado en la escritura de hipoteca*, es evidente que, aun pactada la administración a favor del acreedor y consignado el pacto en la inscripción, sólo tiene éste el derecho de pedirla, y, por tanto, deberá obtenerla del Juez que conozca del procedimiento, sin que le sea lícito entrar en su ejercicio *ipso jure* y sin el cumplimiento de ese requisito.

* * *

Es, en lo que se refiere al primero de los aspectos que presenta el problema discutido en la Resolución que queda extractada, o sea en cuanto al derecho sustantivo, completamente acertada, a nuestro juicio, la doctrina de la Dirección.

En los títulos inscribibles en el Registro, es lo corriente que al lado del negocio principal, que da motivo a la inscripción, se establezcan, como accesorios de aquél, pactos que pueden dar lugar a la reserva o creación de derechos. Y a esto, a anunciar la posibilidad de que así ocurra, a advertir «erga omnes» la probable creación de una modalidad en el desenvolvimiento de la relación jurídica concertada, tiende el establecimiento de pactos, como el de la concesión de la administración y posesión interina de la finca en los títulos de constitución de hipoteca en garantía. Ahora que esa reserva, por sí sola, no determina la posible modificación ulterior; no produce, desde luego, todas sus consecuencias, sino que queda subordinada a una nueva expresión de la voluntad. Y cuando ésta se produce, o una decisión judicial favorable lo declare, surtirá todos los efectos que al tercero afecten, y siempre a partir del momento en que la modificación se haga constar en el Registro.

Por virtud de tales pactos puede sufrir el derecho inscrito limitaciones o modificaciones. Y para estos casos existen acciones como medios legales para ejercitar el derecho que en aquéllos se consignó. Así, en este caso, el pacto de cesión de la administración de la

finca hipotecada tiene fuerza para obligar al deudor a consentir se realice la entrega de la posesión interina. Tales acciones no son inscribibles; pero los pactos se inscriben con el principal, porque todo lo que suponga limitación de las facultades del dueño, como tal dueño, constituye un derecho inscribible.

* * *

No le es permitido al acreedor entrar en la administración de la finca, ni desde la fecha en que se puso la nota marginal expresiva de haberse expedido la certificación a que se refiere el artículo 131 de la ley Hipotecaria, que parece ser el momento del que se hace depender en el recurso la limitación de las facultades dispositivas del deudor, ni al transcurrir el término de diez días desde el siguiente al en que fuere requerido de pago, que es cuando el acreedor puede reclamar la administración interina de la finca o del derecho. Como tampoco, entre otros muchos casos, pueden, por ejemplo, los acreedores en cuyo beneficio repudia la herencia el heredero, tomar posesión de los bienes, ni aun aceptarla en nombre de aquél, sin que el Juez les autorice para ello a su instancia.

Y es en este otro aspecto, en orden al derecho formal, igualmente irreprochable la teoría del Centro directivo. No dice el mencionado artículo 131 que el acreedor entrará en la administración o posesión interina de la finca, sino que el actor podrá pedir dicha administración o posesión.

Tampoco le reconoce esa facultad el artículo 1.530 de la ley de Enjuiciamiento civil, al conceder al acreedor hipotecario el derecho, cuando la ejecución se haya dirigido contra bienes especialmente hipotecados, a encargarse de la administración de los mismos, en tanto se verifica la venta, si fuere pacto expreso del contrato que resultare de la escritura de préstamo o de otra adicional. Este derecho—dice Escosura—ha de hacerse efectivo pidiendo el acreedor al Juez que le ponga en posesión de los bienes embargados.

Los interesados, en el caso que nos ocupa, han establecido una norma contractual, que es ley entre ellos, que define y regula, y que, entre otras características, tiene la fundamental de ser esencialmente renunciable. Su posibilidad, su eficacia, es algo que compete a la función puramente procesal. Y a los que son órganos ade-

cuados de ésta corresponde, por lo tanto, señalar el momento en que aquélla haya de producirse. El desconocimiento de este principio fundamental, su inobservancia, llegaría a establecer una perturbadora confusión en nuestro derecho positivo. Y por lo que al problema suscitado en la Resolución que comentamos se refiere, dicha confusión se produciría entre las atribuciones peculiares del Registrador de la Propiedad y las de los Tribunales de Justicia.

* * *

La Resolución de 14 de Abril de 1921, que se cita como vista, resuelve el problema planteado al denegar la inscripción de una escritura de hipoteca de una fábrica de harinas en garantía de operaciones mercantiles, constituida por quienes adquirieron lo hipotecado por compra y mediante el precio cuyo pago se aplazó en gran parte, pactándose expresamente, y así consta en el Registro, la prohibición de todo acto de enajenación y gravamen del inmueble hipotecado en el interin no se hubiese satisfecho íntegramente el precio de la venta.

El Centro directivo, después de sentar la conocida teoría de que el pacto de no gravar debe ser excluido del Registro de la Propiedad por varias razones, estudia la eficacia y alcance del que se halla inscrito, clasificando las prohibiciones de disponer en absolutas, es decir, acreditativas de una situación jurídica negativa que, según la inscripción, parece perjudicar al titular de un derecho real, sin mencionar la persona o personas a quien favorece, o limitadas, es decir, establecidas a favor del mismo transferente para que pueda ejercitar más provechosamente una acción, o de otras personas designadas o indicadas, conocidas o determinables a quienes se reserva un derecho. Atribuye a las primeras la facultad de impedir la entrada en el Registro de los actos o contratos expresamente prohibidos. Niega a las segundas fuerza para producir ipso jure el cierre de los libros, ni la nulidad de las enajenaciones realizadas o gravámenes constituidos en cuanto aprovechen o no perjudiquen a la relación jurídica indirectamente protegida, terminando por afirmar, con respecto al caso discutido, que tanto del carácter económico del contrato, como de la naturaleza industrial de la explotación y de la falta de toda mención de terceros a quienes el pac-

to pudiera favorecer, se induce que las únicas personas protegidas por la situación creada son los vendedores, por lo que el amparo hipotecario no puede rebasar los límites de una hipoteca en garantía de crédito, hallándose, por tanto, más ajustada a los principios hipotecarios la solución permisiva, siempre que deje a salvo los intereses garantizados por la inscripción.

HEREDERO. EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 20. CIRCUNSTANCIAS NEGATIVAS. LOS HEREDEROS EN PLENO DOMINIO NO NECESITAN REALIZAR EN EL REGISTRO LAS OPERACIONES DE EXTINCIÓN DE USUFRUCTO UNA VEZ FALLECIDOS LOS TITULARES ANTERIORES, BASTANDO SE HAGAN CONSTAR EN LA INSCRIPCIÓN LAS CIRCUNSTANCIAS EN CUYA VIRTUD SE HAYAN EXTINGUIDO TALES DERECHOS, PORQUE NI EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA AUTORIZA UNA TAN RÍGIDA INTERPRETACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO, NI LOS NUDOPROPIETARIOS SUCEDEN JURÍDICAMENTE A LOS USUFRUCTUARIOS. LOS HEREDEROS INSTITUIDOS ADQUIEREN LOS DERECHOS INHERENTES A ESTA CUALIDAD SIN NECESIDAD DE ACREDITAR QUE NO EXISTEN OTROS QUE TENGAN EL MISMO CARÁCTER.

Resolución de 19 de Junio de 1935. (Gaceta de 30 de Julio.)

El Notario de Córdoba D. Domingo Barber Lloret autorizó escritura pública de aceptación de herencia, en la que comparecieron D. Luis Heredia Vicente, D. Gonzalo, doña Elena y doña Maravilla Reyes Moreno, ésta con su esposo, D. Manuel Romero, documento en el que se hizo constar que D. Luis Suárez Heredia falleció bajo testamento abierto, en el que instituyó por sus herederos a sus hermanos D. Aniceto y doña María Suárez Heredia; que entre los bienes del testador quedaron tres casas; que dichas fincas, con arreglo al testamento, pasaban en usufructo vitalicio y por mitad, a D. Aniceto y doña María Suárez Heredia; que fallecidos doña María y D. Aniceto, las fincas expresadas debían pasar en usufructo a sus sobrinos, D. Ernesto Heredia y doña Maravilla Moreno, que también fallecieron, por lo cual debían pasar a los herederos llamados por el tercer llamamiento, que son D. Luis Heredia Vicente y D. Gonzalo, doña Elena y doña Maravilla Reyes

Moreno, quienes representando el primero a D. Ernesto y los demás a doña Maravilla, se adjudicaban por mitad *pro indivisamente*, por estirpe, dichas tres casas en pleno dominio.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Córdoba la escritura anterior, se puso en la misma nota, cuyo tenor es el siguiente :

«Suspendida la inscripción del anterior título : primero, por falta de «visado» en el primer pliego, con arreglo a la base liquidada ; segundo, por no haberse practicado las operaciones previas, ni la extinción del usufructo que disfrutara en la mitad de las tres casas doña María Suárez Heredia, fallecida, ni la adquisición de dichas mitades igualmente en usufructo por D. Aniceto Suárez Heredia, ni la extinción de este segundo usufructo por fallecimiento de su titular ; tercero, porque practicadas dichas operaciones previas, precisa que por D. Luis Heredia Vicente, de una parte, y D. Gonzalo, doña Elena y doña Maravilla Reyes Moreno, acrediten documentalmente, por los medios formales legales adecuados, según se trate de herencia testada o intestada, el carácter necesario que tengan con relación a sus respectivos causantes. Y estimándose subsanables estos defectos, no se toma anotación por no haber sido solicitada.

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador y la Dirección general revoca el auto apelado, con los siguientes fundamentos :

Nuestra ley Hipotecaria, en su artículo 20, reconoce el principio del tracto sucesivo para lograr, con la historia de las fincas, que las transferencias y actos de constitución y extinción de derechos reales se fundamenten en el consentimiento del titular inscrito o en una sucesión del mismo conforme a la ley, exigiendo el precepto legal expresado que ha de constar «previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen», con lo cual se declara el poder de disposición a favor del dueño con el alcance y extensión que aparezcan en el Registro.

En cuanto al segundo defecto—ya que el primero fué subsanado—, si al fallecimiento de doña María Suárez Heredia acreció la participación que le pertenecía en el usufructo a su hermano don Aniceto, la necesidad de realizar en el Registro las operaciones que pretende el Registrador de la Propiedad de Córdoba contradicen

la voluntariedad de la inscripción del usufructo, por obligar a los herederos en pleno dominio a llevar a cabo una serie de operaciones registrales, ahora sin plena justificación y susceptibles de ser reducidas a hacer constar en la inscripción las particularidades que declaren la extinción del derecho inscrito y vicisitudes del mismo con la debida claridad, porque el repetido artículo 20 de la ley no parece autorizar interpretación tan rígida, ni los nudopropietarios suceden jurídicamente a los usufructuarios en el goce de la finca, por lo cual en nada habría perjudicado al tracto sucesivo la falta de inscripción de usufructo.

En cuanto al último extremo señalado en la nota calificadora, ni el Código civil ni la ley Hipotecaria exigen que los descendientes de las personas instituidas como herederas en un testamento acrediten, para pedir los derechos que les correspondan, que no existen otros que tengan esa cualidad, por cuya razón no han establecido tampoco procedimientos encaminados a obtener justificación de semejantes circunstancias negativas, conforme ha declarado en varias Resoluciones esta Dirección, entre otras, en las de 2 de Diciembre de 1897, 11 de Mayo de 1900, 26 de Junio de 1901 y 7 de Junio de 1915, careciendo, por tanto, de fundamento la nota recurrida al exigir que se acredite documentalmente, por testamento o declaración de herederos *ab intestato*, que los otorgantes de la escritura, D. Luis Heredia, en representación de D. Ernesto, y don Gonzalo, doña Elena y doña Maravilla Reyes Moreno, en representación de doña Maravilla, eran los únicos que tenían el carácter de descendientes de los legatarios de D. Luis Suárez Heredia.

Mantiene la Dirección su tendencia, en otras ocasiones manifestada, a excluir del Registro de la Propiedad asientos notoriamente innecesarios. No tiene finalidad alguna obligar a extender unas inscripciones de extinción de usufructo constituido en favor de legatarios ya fallecidos, como previas a la inscripción de dominio en favor de herederos, ya que en este caso carecen de eficacia actual.

Los derechos de los herederos propietarios proceden, única y exclusivamente, del testamento, provienen del testador que les instituyó genéricamente en el dominio, sin depender, en manera alguna, de las escrituras o convenios que hayan podido otorgar los que en el disfrute de la herencia les precedieron, ni de los asientos

que hayan podido extenderse, dado el carácter voluntario de la inscripción del usufructo.

Si el pleno dominio se halla inscrito en favor del testador, la inscripción que del mismo se practique a favor de su heredero llenará cumplidamente las exigencias del artículo 20 de la ley Hipotecaria. Extinguido actualmente el usufructo de los legatarios, y acreditada fehacientemente la extinción, queda probado que se ha cumplido, que no interesa la condición de que dependía la adquisición del derecho por el heredero. Lo que importa verdaderamente al Registrador, lo que el Registro debe recoger, no es un usufructo o usufructos ya desaparecidos, y de cuya inscripción no hay por qué ocuparse a efectos del tracto sucesivo, sino la consolidación del dominio ya consumado mediante la desaparición de los motivos que impedían se efectuase. Bastará, dice la Dirección, «hacer constar en la inscripción las particularidades que declaren la extinción del derecho inscrito y vicisitudes del mismo con la debida claridad...»

* * *

Podría también basarse, en el caso objeto de la Resolución que extractada queda, el criterio que en este su primer particular la inspira, en una cierta aplicación analógica del contenido del párrafo último del artículo 20 de la ley Hipotecaria. Se trata de igual modo, en éste, de la supresión de operaciones registrales intermedias, como excepción de la regla general, que se estiman ya innecesarias, sin práctica finalidad; de unas inscripciones especiales que se engloban o refunden en otra única y posterior, definitiva, con plena eficacia y vigencia: las que en partición de herencia, practicada después del fallecimiento de alguno o algunos de los herederos, habían de extenderse en favor de éstos cuando los bienes que les debían ser atribuidos se adjudican a los que adquieren su herencia. También en este caso el precepto legal se limita a mandar que en la inscripción que se practique en favor del que en definitiva adquiriera los bienes se haga historia de las transmisiones realizadas. Hagamos constar, de pasada, la necesidad, a nuestro juicio, de que este precepto, justo en principio, sea modificado en el sentido de una restricción, de una fecha tope para hacer la partición, de una limitación que impida el torpe abuso que se hace de la excepción en él consignada.

Otro antecedente de la doctrina que nos ocupa podrá ser el de la no necesidad de la inscripción previa, en favor del viudo, de los bienes que se le adjudiquen en usufructo en pago de su cuota viudal, para que pueda practicarse la inscripción en favor de los herederos en plena propiedad, una vez fallecido aquél, que algunos autores dan como cierta.

Y para dar fin a este apartado, y por considerar que se trata también de una aplicación de dicho párrafo final del artículo 20, en el que creemos ver un antecedente de la doctrina que nos ocupa, traemos a este lugar el caso de no necesidad de inscripción previa a favor del viudo, ni la expresión de qué parte es procedente del padre y cuál de la madre, en una partición de ambos cónyuges en la que los hijos y herederos de ambos expresan que una finca tiene el carácter de ganancial, que por muerte del primer cónyuge pasó la mitad a sus dos hijos y la otra mitad al cónyuge superviviente, y por su fallecimiento, esta última también a los mismos hijos, adjudicándose una mitad como finca independiente a un heredero y la otra mitad al otro.

Fundamenta la Dirección esta doctrina en que tiene establecido que la sociedad conyugal crea una comunidad especial entre marido y mujer, distinta de la «pro indivisión», sin atribución de cuotas, ni facultad de pedir su división mientras dure la sociedad, comunidad que por distintas razones puede continuar por fallecimiento de un cónyuge, estando facultados los herederos de ambos para atribuir los bienes gananciales a un cónyuge y a otro, como crean procedente... (Resoluciones de 30 de Junio, 19 de Octubre, 29 de Noviembre, 5, 6 y 13 de Diciembre de 1927, que pueden verse en las páginas 853 del número 35, y 43, 53, 58, 59 y 66, del número 37 de esta REVISTA.)

* * *

En cuanto al segundo motivo del recurso, la Dirección aplica acertadamente el principio procesal de que es innecesaria la prueba negativa, reiterando así la doctrina ya establecida por las Resoluciones que enumera en el último de los considerandos, que son las únicas que se citan como vistas, y según las cuales ni el Código civil ni la ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas herederos en un testamento acrediten, para adquirir los dere-

chos inherentes a esa cualidad, que no existen otros que tengan dicho carácter, por cuya razón no han establecido tampoco procedimientos encaminados a obtener la justificación de semejantes circunstancias negativas, careciendo de fuerza de obligar la exigencia de una información «ad perpetuam» o auto de declaración de herederos «ab intestato», para justificar que los otorgantes de una escritura de partición, como hijos de una persona, instituidos herederos por otra, eran los únicos que tenían este derecho.

EXCESO DE CABIDA. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20. ES INSCRIBIBLE, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA, LA DIFERENCIA ENTRE LA CABIDA REAL DE LAS FINCAS Y LA QUE SE HALLA REGISTRADA, NO SÓLO POR LOS PRECEDENTES CON QUE LA JURISPRUDENCIA HIPOTECARIA HA IDO FACILITANDO LA INSCRIPCIÓN EN CASOS ANÁLOGOS, Y PORQUE LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD NO ALCANZA AL EXTREMO DE GARANTIZAR QUE EL INMUEBLE TIENE LA CABIDA QUE SE LE ASIGNA EN LA INSCRIPCIÓN, SINO PORQUE SE HA CUMPLIDO EN EL CASO PROPUESTO LA CIRCUNSTANCIA INEXCUSABLE DE IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA Y CONCURREN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE HICIERON POSIBLE SE DICTARA LA RESOLUCIÓN DE 17 DE JULIO DE 1933.

Resolución de 27 de Junio de 1935. (Gaceta de 31 de Julio.)

El Registrador de la Propiedad de Alcalá la Real suspendió, en escritura otorgada por el Notario del mismo sitio, D. Rafael Azpitarte Sánchez, la inscripción de parte de la cabida de una finca inscrita, por el defecto de falta de previa inscripción del exceso.

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección general revoca el auto con los siguientes fundamentos:

El problema planteado en el recurso consiste en determinar si la diferencia que, por varias causas, suele existir entre la cabida real de las fincas y la cabida registrada, puede inscribirse al amparo de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley Hipotecaria, o si, por el contrario, para su inscripción es ineludible tramitar en todo caso el expediente judicial de posesión o de dominio que menciona el artículo 504 del Reglamento hipotecario.

Por no estar basada en los datos topográficos de un Catastro la descripción de las fincas que figura en los libros del Registro de la Propiedad y por no ser su medida superficial circunstancia esencial de las inscripciones, según el artículo 9.º de la ley Hipotecaria—salvo el caso de segregaciones de fincas en cuyos asientos no conste la cabida, acertadamente regulado por el art. 6º de su Reglamento—, la jurisprudencia ha ido facilitando la adaptación del Registro a la realidad, reconociendo unas veces facultades discrecionales en los Registradores para estimar demostrada la existencia de los excesos de cabida ; declarando, otras, que su inscripción se practicara, sin necesidad de prueba, si no pasaba de ciertos límites en relación con la cabida inscrita ; autorizando, algunas, que la inscripción se extendiese cuando la cabida obrante en los libros del Registro se designaba aproximadamente o con frases como «o lo que fuere», consignadas después de expresar la extensión superficial atribuida al inmueble ; y decidiendo últimamente que tales excesos de cabida no están excluidos, concurriendo ciertas circunstancias descriptivas, de los beneficios del artículo 20 de la ley Hipotecaria ; si bien en todos los casos se requirió que resultase claramente la identidad de la finca.

Nuestra legislación hipotecaria, conforme en este particular con la germánica, no preceptúa que los asientos garanticen que el inmueble inscrito tenga la cabida que conste en las respectivas inscripciones y, por consiguiente, la protección del fundamental principio de publicidad no abarca tal extremo, lo cual ha influido seguramente en el criterio inspirador de la jurisprudencia, encaminado a obtener el paralelismo entre el Registro y los inmuebles, siempre que no haya dudas acerca de la identidad de éstos ; trayectoria doctrinal en la cual, con esta inexcusable condición, debe persistirse.

La finca cuya diferencia de cabida se trata de inscribir, la adquirieron la actual dueña y su hermano hace más de doce años, mediante escritura pública particional de la herencia de su abuelo, y fué segregada de una finca del causante que por Norte y Sur tiene linderos fijos, dividida por los interesados en tres, dos laterales asignadas al hijo heredero, y otra incluída entre ambas, con las cuales limita por Este y Oeste, adjudicada a dichos hermanos y también herederos ; que el hijo vendió las dos fincas que le correspondieron, con las circunstancias descriptivas fijadas en la citada escritura, y

los compradores de las mismas son los únicos propietarios colindantes de aquélla; y que, por lo tanto, en el caso que motiva el recurso, cabe reputar cumplidas y, en cierto aspecto, superadas las especiales circunstancias que sirvieron de base para que en la resolución de 26 de Junio de 1933 se declarara inscribible el exceso de cabida de una finca, conforme al artículo 20 de la Ley.

* * *

Antecedentes. La modificación del artículo 20 de la ley Hipotecaria en 21 de Junio de 1934, término de las de 21 de Abril de 1909, 3 de Agosto de 1922 y 18 de Febrero de 1932. El artículo 504 del Reglamento hipotecario, que dispone que siempre que la cabida inscrita sea menor que la real, podrá el propietario acreditar la posesión del exceso en expediente de posesión o dominio. El artículo 9.º de la misma Ley, que no exige la medida superficial como circunstancia esencial de las inscripciones. La doctrina de distintas resoluciones, según la cual los Registradores pueden inscribir ciertos excesos de cabida sin formalizar titulación supletoria, en el caso de que la diferencia a inscribir no rebase cierto límite, que la de 28 de Marzo de 1898 hace llegar a la quinta parte, como en el de que la diferencia obedezca a errores anteriores en la medición y sea de poca importancia, y con mayor razón si la cabida se expresaba sólo de un modo aproximado. Y la Resolución de 17 de Julio de 1933 (pág. 760 del núm. 106 de esta REVISTA), por la que se declara inscribible el exceso de cabida de finca inscrita, no sólo por la salvaguardia que respecto al derecho de tercero supone la especie de condición resolutoria que se crea en el artículo 20 citado, y por no hallarse registrado el exceso a nombre de otra persona, sino porque, además, en este caso los linderos de la finca son fijos y fué vendida sin sujeción a cabida.

* * *

Una vez más conoce la Dirección del problema frecuente en la práctica registral de la inscripción del exceso de cabida de una finca inscrita, con arreglo al párrafo 3.º del artículo 20 de la ley Hipotecaria.

El Notario recurrente en su alegación no limita su deseo a reca-

bar una decisión conforme en el caso de que se trata, sino que pretende, además, que se falle con una disposición ampliatoria de la jurisprudencia hipotecaria para todos los casos análogos. No accede el Centro directivo a este requerimiento, al que se suma el Registrador en su informe y que con tantos apoyos contaría. En su doctrina va estableciendo con prudente cautela, y con su acostumbrado acierto, un criterio favorable a la aplicación del citado párrafo a la inscripción primordial de los excesos de cabida de fincas ya situadas en el Registro, siempre con la condición inexcusable—y un poco difícil de cumplir, decimos nosotros—de que no haya dudas acerca de la identidad de los inmuebles.

En nuestra modestísima opinión no podía ser de otro modo. La repetida excepción del artículo 20 tiene por finalidad, ya que no pudo realizarse, por la voluntariedad de la inscripción, el principio de la exigencia de la previa inscripción como único reconocimiento del derecho del dueño a transmitir o gravar, facilitar el acceso al Registro a titularidades que no podían ingresar en él por falta de inscripción previa, sin que, para lograrlo, hubiera necesidad de acudir a los trámites costosos y dilatorios de las informaciones de posesión y dominio. La declaración primera del artículo 20, considerada como una de las bases fundamentales de nuestro sistema hipotecario, se ha procurado conciliar con la autorización de inscribir los títulos anteriores a determinada fecha de fincas no registradas. Y las sucesivas modificaciones de dicho artículo—no hablamos de la última, que merece párrafo aparte—, sin dejar de sentar cada vez el mismo principio racional y justo, han procurado, con la excepción, darle nuevo vigor.

Podrá o no considerarse el principio que informa la excepción dicha, justo y atendible en su aspecto doctrinal; pero, teniendo que partir de hechos consumados, incorporado como está a la legislación vigente, es forzoso ocuparse en buscar su práctico desenvolvimiento. Y colocados en este terreno es posible que a unos parezca extraño—a muchos inexplicable—que siendo en determinados casos posible la inscripción de una superficie territorial individualizada, que se halla fuera del Registro, que pertenece a propietario que vive al margen de él, no lo pueda ser la de cualquier área superficial sólo por carecer de independencia física al formar con otra porción un objeto cierto y diferenciado. De donde se infiere que al constituir

éste una o varias unidades inmobiliarias se hace depender, en todo caso, de la conveniencia particular de su respectivo dueño y, por consiguiente, es susceptible de transformación a medida que la voluntad lo disponga. Por lo que resultaría que la mencionada excepción sería o no aplicable a la inscripción de los excesos de cabida, más que por imperio de la ley, por la decisión del propietario a mantener la unidad del inmueble o a crear una pluralidad de fincas. Y que se negaría a la parte lo que se concede al todo, que el beneficio de la ley se concedería a la propiedad alejada del Registro con preferencia a la inscrita en parte.

* * *

Cuida el Centro directivo de señalar, como requisito indispensable para que la inscripción pueda verificarse en estos casos, el de que no haya dudas acerca de la identidad de las fincas. No parece que en nuestro sistema hipotecario sea obstáculo de gran fuerza la posible dificultad que, en algunos casos, pueda existir para identificar la parte de superficie que se pretende inscribir, al efecto de conocer si ella está o no inscrita anteriormente. Mientras la determinación específica de los inmuebles sea descriptiva y no gráfica, como sucede entre nosotros, tal obstáculo surgirá siempre que haya de inscribirse algún exceso de cabida, ya sirva de base para ello una escritura pública o un documento judicial. El Registrador está obligado a salvar ese obstáculo, a calificar las diferencias de cabida entre el Registro y los documentos, siempre que afecte a la identidad de la finca o a la extensión del derecho, como afirma la Resolución de 18 de Octubre de 1911. Y esto no sólo en el caso del artículo 20, sino en el del 393—certificación negativa para el expediente posesorio—, ambos de la ley Hipotecaria, y en el 497 de su Reglamento—certificación para el de dominio.

* * *

Precisamente las Memorias correspondientes al año actual que, en cumplimiento del artículo 514 del Reglamento, habrán redactado los Registradores, examinarán esta cuestión con la habitual competencia y sentido de la realidad característica de estos funcio-

narios. Y seguramente también, el conjunto de tales Memorias ofrecerá, en el resumen que de ellas se haga oportunamente, un cuerpo de doctrina que, en lo sucesivo, unifique la práctica profesional, con la garantía de acierto, en la calificación del gran número de títulos análogos al que motivó la precedente Resolución como habrán de presentarse constantemente en los Registros de la Propiedad.

No faltará en ellas, creemos, la crítica en cuanto al fondo y a la forma de la Ley de 21 de Julio de 1934, tan descuidadamente redactada además. Pero, sobre todo, lo que no escapará a la atención de los Registradores es la falta de tope, dos, cinco, diez años, los que sean, que lleve de existencia el documento que se trate de inscribir, que haga imposible, o dificulte al menos, el hecho de dar entrada en el Registro a una escritura de fecha corriente, apoyada en un documento fabricado el día anterior.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

BIBLIOGRAFIA

EDMUNDO MEZGER: *Tratado de Derecho penal*. Traducción española y Notas de Derecho español, por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1935.

Antigua es la influencia de la ciencia penal alemana sobre la española. La traducción de las obras de Röder determinó en el siglo pasado el nacimiento de la escuela correccionalista española. No tuvo gran difusión en nuestro público el Tratado de Merkel, traducido por Dorado Montero en 1906. En cambio, en la versión del Liszt, debida a Saldaña y Jiménez de Asúa, ha aprendido Derecho penal una generación de juristas, y la moderación con que el profesor alemán administraba la dirección moderna sirvió de compensación durante algún tiempo a las tendencias exageradas de algunos autores españoles propicios a las utopías correccionalistas y positivistas.

Se hacía necesario informar a los juristas de habla española del movimiento científico penal en Alemania posterior a la 15.ª edición del Liszt, que fué la vertida al castellano. El libro de Mezger sirve admirablemente a este fin, por el sistema perfecto, la documentación completa y la brillantez de la exposición con que el autor logra, sobre rutas trilladas, destacar su personalidad profundamente original.

Pertenece Mezger a la dirección estrictamente dogmática. En

su Tratado, reducido al sistema del Derecho positivo, faltan los capítulos que los Liszt-Schmidt e Hippel dedican a la política criminal. Problemas que constituyen la preocupación, a veces angustiosa, del penalista actual, como los del estado peligroso, la semi-imputabilidad, las medidas de seguridad, etc., etc., se encuentran relegados a segundo término. No obstante la pretensión, enunciada en el prólogo, de tender puentes entre lo antiguo y lo nuevo, es lo cierto que las leyes penales del nacionalsocialismo, como la de 24 de Noviembre de 1933 contra los delincuentes peligrosos, han hecho envejecer tempranamente a este Tratado de Derecho penal alemán, donde sólo se dedica una página a las medidas de seguridad.

Al autor, sin embargo, le preocupan grandemente los cuidados del momento politicocriminal, como lo demuestra su libro posterior *Kriminal-Politick*—cuya publicación en castellano se anuncia como inmediata—y sus trabajos como miembro de la Comisión encargada de preparar el nuevo Código penal; pero ha querido mantener la separación entre Política criminal y Derecho penal, en los términos demasiado tajantes que son corrientes en los dogmáticos modernos.

Mas, a diferencia de la escuela técnico-jurista italiana, los dogmáticos alemanes no se encierran en los estrechos límites del formalismo legal. La educación filosófica de Mezger en el neokantismo y en la llamada escuela Sudoeste, en Alemania, o filosofía de la cultura, le llevan a considerar los conceptos jurídicos como conceptos de valor, necesitados siempre de interpretación teleológica, y remontarse constantemente a las normas de cultura y a la idea racional del Derecho. He aquí por qué, no obstante la orientación clásica de estos autores, han disfrutado del favor de algunos penalistas de la dirección moderna o sociológica, satisfechos de encontrar en el Derecho positivo brecha abierta para sus personales concepciones.

La parte más extensa y notable de la obra es la dedicada a la teoría del delito. El concepto de éste, que en Beling había llegado al máximum de prolijidad analítica, se encuentra en Mezger simplificado al prescindir de las condiciones objetivas y de la penalidad, mientras la tipicidad queda absorbida en la antijuridicidad. No sería oportuno en este lugar comentar la nueva definición, don-

de quizá se ha prescindido indebidamente del carácter de penalidad y en la cual la extensión dada a la antijuricidad hace pensar si sería justo continuar por este camino hasta considerar la antijuricidad como la esencia de la infracción y expresión sintética de todos sus caracteres. Por ahora nos contentaremos con apuntar la ventaja que sin duda supone reducir un tanto los excesos a que había conducido el análisis demasiado meticuloso de los predecesores de Mezger.

Tres son los caracteres a que queda reducido el delito y que sirven de base a la sistematización de su teoría: acción, antijuricidad y culpabilidad. La solución dada al problema, siempre difícil y fatigoso, de la causalidad, distinguiendo ésta de su relevancia jurídica; la antijuricidad material y el principio de valoración de los bienes jurídicos, deducida de consideraciones legales o supraleales, así como la doctrina de la culpa normativa y de la no exigibilidad de otra conducta como elemento de aquélla, son los puntos que pudiéramos llamar neurálgicos de la teoría del delito en Mezger, cuyas ideas, a veces demasiado expeditivas, se prestan al fácil abuso en la práctica forense.

En la breve y discreta parte dedicada a la pena adopta el profesor alemán una doctrina unitaria, juntando la retribución con los fines de la pena: la primera forma el concepto, y los fines la justifican. Estos son: la prevención general, la prevención especial y el respeto o consideración de la personalidad.

Rodríguez Muñoz ha hecho una traducción exacta, solamente posible mediante el conocimiento de la materia y la simpatía decidida hacia el autor. Hubiéramos preferido en algunos pasajes una versión más libre; pero es preciso reconocer que la traducción de obras alemanas científicas exige el sacrificio del purismo castellano o de alguna parte de los matices y detalles del complicado pensamiento germánico.

El mayor mérito aportado por el traductor son las notas. No se han limitado éstas a señalar las concordancias entre las legislaciones alemana y española, sino que ofrecen al lector la experimentación de las teorías de Mezger sobre el Derecho penal español. Aspectos de nuestro Código insuficientemente tratados, aparecen destacados por Rodríguez Muñoz con concisión y acierto insuperables. Es lástima que el sentido de la proporción, al que ha

permanecido fiel el anotador, le haya impedido lucir en mayor escala sus cualidades excepcionales de comentarista.—J. A. O.

* * *

JOSÉ ANTONIO GIMÉNEZ ARNAU: *Legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio*. Con un prólogo del profesor Cicu.

Si no temiéramos que las cordiales relaciones que nos unen a la familia del Sr. Giménez, gran Notario de Zaragoza, y el buen recuerdo que guardamos de nuestro malogrado colaborador don Faustino, hicieran sospechosa la declaración, afirmaríamos que la tesis en cuestión, enaltecida con el Premio «Vittorio Emanuele II», es la más clara y precisa de cuantas hemos leído sobre temas de Derecho privado.

Acaso los *atrevidos* encuentren sus desenvolvimientos demasiado pegados a los moldes franceses e italianos, y la solución, como el mismo autor teme, «jurídica y socialmente reaccionaria»; pero según indica el profesor Cicu (a cuya tutela docente deben tanto los españoles que se gradúan en la R. Universidad de Bolonia), «el estudio... pone, de relieve de un modo concluyente la necesidad y utilidad que en la aplicación del Derecho tiene la así dicha construcción jurídica, o sea la determinación del medio técnico de que se sirve el legislador para conseguir un determinado fin político-social».

Tras una breve reseña histórica, a la que siguen los trabajos preparatorios y el texto del Código Napoleónico, examina el señor Giménez, en casi todas las legislaciones de los pueblos cultos, el hecho que determina la legitimidad (concepción, nacimiento o ambos), los límites de la gestación (180-300 días, 7.º y 10.º mes, 200-300 días, etc., etc.) y la posición jurídica en que se coloca al hijo nacido antes de los 180 días (¿legítimo?, ¿legitimado?).

En la segunda parte expone las teorías que reconocen la legitimidad del hijo, partiendo: a) Del supuesto de haber sido concebido después del matrimonio. b) De una presunción de legiti-

dad, y c), De la presunta paternidad. Las teorías que llama intermedias, que sitúan al hijo entre la legitimidad y la legitimación: a) Fundándose en una ficción análoga a la que sirve de base a la legitimación por subsiguiente matrimonio. b) Considerando al hijo como legítimo o ilegítimo, según el momento (anterior o posterior al nacimiento) en que se enfoca el problema, y c) Haciendo uso de un beneficio legal. Y por último, las teorías que defienden la existencia de una legitimación: a) Por reconocimiento tácito. b) Por ministerio de la Ley, y c) Por aplicación analógica de la legitimación por subsiguiente matrimonio, en virtud de un reconocimiento tácito (opinión del autor).

Para hacer ver las profundas distinciones que existen entre las teorías expuestas cuando se llega a los casos prácticos, la tercera parte de la tesis estudia los siguientes problemas:

I. Los padres, en el momento de la concepción, estaban casados con persona distinta.

II. Derechos hereditarios del hijo entre la concepción y el matrimonio.

III. Derechos de impugnación que pueden corresponder a terceras personas.

IV. Renuncia de la acción de desconocimiento por parte del marido o de los herederos.

V. Valor del reconocimiento tácito o expreso hecho en forma distinta a la establecida por el artículo 110 del Código civil español.

VI. Necesidad de ejercitar una acción judicial para desconocer al hijo.

VII. Si puede oponerse al desconocimiento la prueba de que el marido es el padre.

VIII. Imposibilidad de que el marido pruebe la *no paternidad* cuando ha conocido el embarazo antes del matrimonio o ha intervenido en la partida de nacimiento.

IX. Derecho del inscrito como hijo de padres desconocidos, si demuestra la maternidad y el nacimiento dentro de los 180 días.

X. Los herederos no tienen la facultad de desconocer al hijo en cuestión con un simple acto denegatorio, y

XI. Prueba de la filiación discutida.

Termina el trabajo con unas breves observaciones dedicadas al

aspecto social, y una bibliografía que comprende cerca de doscientas obras.—J. G.

* * *

Controversiarum illustrium, aliarumque usu frequentium. Obra del ilustre jurisconsulto vallisoletano D. Fernando Vázquez de Menchaca. Talleres tipográficos «Cuesta», Valladolid.

La Universidad de Valladolid ha publicado el volumen cuarto de las *Controversias fundamentales*, cuidadosamente transcrito, anotado y traducido, como los anteriores, por D. Fidel Rodríguez Alcalde, Catedrático de Lengua y Literatura latina.

Comprende los capítulos LXX-LXXXIX del segundo libro, que tratan de la buena y mala fe en las prescripciones; de la prescripción de cosas ajenas; de la realizada por el heredero de las cosas que el difunto poseía de mala fe; de la *mala fide superveniens* y de la restitución *in integrum* una vez terminada la prescripción; de la prescripción de acciones personales; de la duda, credulidad y error en la materia; de la prescripción de servidumbres; de la buena y mala fe del poseedor y del comprador; de la mala fe en las prescripciones de treinta y cuarenta años e inmemorial en el Derecho canónico; de las cosas que pueden prescribir; de la prescripción de tributaciones anuales; de la alegación de título; de la intención fundada en derecho; del título en la prescripción de largo tiempo en Derecho canónico; de las excepciones contra la posesión, y de la prescripción de los diezmos, lugares públicos, etcétera.

Terminada así la reimpresión del libro segundo, sólo falta la publicación del tercero para dar cima a la colosal labor emprendida.—J. G.

* * *

SCHAPIRA (Martín): *Das Unternehmen und seine Kennzeichen*.
St. Gallen, Fehr 1935; 152 páginas.

El presente trabajo representa una fase en la guerra por la independencia del *Unternehmen* (empresa). Por empresa entiende el autor la fortuna de una entidad, que regularmente posee la forma de una sociedad mercantil. El derecho respecto a la empresa es un derecho subjetivo absoluto, como la propiedad. En consecuencia de esta opinión, da el autor al titular del derecho respecto a la empresa la *actio* negatoria y un derecho a indemnización; el autor considera posible la transmisión de la empresa, en analogía a la transmisión de la propiedad de una cosa, mientras que la teoría dominante sólo permite la transmisión de algunos elementos de la empresa (de las cosas y de los créditos) y juzga inadmisibles la transmisión de los derechos inmateriales; vale el mismo razonamiento respecto al usufructo, a la prenda, al embargo y a la quiebra. En la segunda parte del libro investiga el autor el concepto, el valor económico y la naturaleza jurídica de la firma, de la marca industrial, etc. El autor conceptúa la firma como nombre de la empresa, a diferencia de muchos autores, que la consideran como nombre del titular de la sociedad, diferencia de gran trascendencia práctica respecto a la transmisibilidad independiente de la firma en relación con el titular, por un lado, y respecto a su dependencia en relación con la empresa, por otro lado.

El trabajo, que se basa en el Derecho suizo y alemán, teniendo en cuenta el Derecho italiano, francés y austríaco, es de gran valor. Claro está que el problema fundamental no es de índole ontológica, a saber, de si existe o no la empresa independiente como concepto jurídico, sino que es de índole legislativa y ha de formularse del modo siguiente: ¿Conviene o no crear la institución de la empresa independiente? Esta cuestión ha de discutirse bajo un aspecto económico y bajo un aspecto tecnicojurídico. En ambos sentidos nos ofrece el presente libro argumentos fuertes para una contestación afirmativa.—WERNER GOLDSCHMIDT.

La situación presente de la Filosofía jurídica ; esquema de una interpretación, por D. José Medina de Echevarría, Catedrático de Filosofía del Derecho. Un volumen de 171 págs., que en las publicaciones de la Editorial de Derecho Privado forma parte de la serie H, destinada a obras de Sociología y Filosofía del Derecho.

El autor, después de poner de relieve la crisis jurídica de nuestro tiempo, el apagamiento del Derecho ante la fuerza, dibuja la situación del pensamiento jurídico dentro de la Filosofía general y en perspectiva histórica. Los grandes nombres y las grandes concepciones que van desde la secularización del Derecho natural al normativismo ; las últimas formulaciones del subjetivismo de la libertad (positivismo, empirismo, neokantismo) ; la reacción naturalista, que niega el *a priori* jurídico en todas sus formas ; el idealismo armónico, que acentúa los aspectos objetivista, totalitario y antiindividualista, y, en fin, el irracionalismo, como rebelde manifestación de las energías oprimidas por la *ratio*, son desenvueltos en breves capítulos, para llegar en el último a fijar las soluciones que la Sociología contemporánea ofrece al problema de la oposición de fuerzas (*clasista*) dentro de la sociedad y del Estado : 1.^a La imposición de la clase ascendente sobre la clase en defensiva, con la transformación del Estado en Estado servidor de esa clase. 2.^a La absorción y dominación de las fuerzas en pugna por el Estado nacional. 3.^a La cooperación de los elementos intermedios para constituir una sociedad en que aparezcan reconocidos el valor de la personalidad y ponderados los distintos grupos sociales : Libertad y organización.

La obra, que tiene unas 170 páginas, servirá más bien como índice a los especialistas que como introducción en la ciencia jurídica a los estudiantes. Sus vuelos filosóficos, su tecnicismo concentrado y las alusiones a doctrinas y autores dificultan la comprensión de una materia por sí ya difícil y abstrusa.—*La Redacción.*

Una copia más que un plagio.—En uno de los últimos cursos de Estudios superiores de Derecho Privado, que estuvieron a cargo del firmante, un alumno, más atrevido que ingenioso, presentó un trabajo sobre la «Distinción del Derecho en público y privado en las obras de Kelsen».

Al hacerle notar que cierto texto alemán contenía una falta de ortografía, se disculpó, indicando que no conocía bien el idioma, y que un hermano, perito en el mismo, le había traducido los pasajes.

Aunque el trabajo resultaba poco original, se le aceptó como suficiente, por la claridad y profundidad de la exposición, y se le concedieron los honores de la publicación en el número 108 de esta Revista. Cuál sería nuestra sorpresa y nuestro disgusto al comprobar que el estudio en cuestión era uno de los «Ensayos sobre temas fundamentales del Derecho civil», publicado por el doctor J. Alguer en la *Revista Jurídica de Catalunya*, correspondiente a los meses de Gener-Juny de 1931. . . .

Más que de un plagio se trata de una reproducción *ad pedem litterae*, que no ha hecho perder su mérito al trabajo original del hoy profesor de la Facultad de Derecho de Barcelona.—J. G.