

# Revista de Derecho Privado

PUBLICACIÓN MENSUAL

Para el estudio de las cuestiones prácticas del Derecho español civil, mercantil y administrativo.

DIRIGIDA POR LOS SEÑORES

F. Clemente de Diego.

José M.<sup>a</sup> Navarro de Palencia.

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Madrid.  
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

Doctor en Derecho, Oficial de la Dirección general de los Registros.  
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

CON LA COLABORACIÓN DE LOS ESPECIALISTAS EN LA MATERIA

Año III. Núm. 20. Precio de suscripción: España, 6 meses, 6 ptas.-12 meses, 10.-Extranjero, 15. (Pago adelantado.) 15 Mayo 1915.

**SUMARIO:** I. *Ensayo sobre la Filosofía del Derecho en don Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo;* F. de los Ríos, Cat. de la Univ. de Granada.—*La clase de Don Francisco,* Recuerdo de un discípulo; C. Bernaldo de Quirós, Doctor en Derecho.—II. JURISPRUDENCIA: CANÓNICA *sobre matrimonios;* P. F. de Orue, Misionero.—DEL T. S. Civil; I. de Casso, Cat. de la Univ. de Sevilla.—*De Accidentes y Procesal;* P. Calvo

y Camina, Magistrado.—HIPOTECARIA; J. Domínguez, Registrador.—III. REVISTA DE REVISTAS.—*En idioma castellano;* E. Ruiz Carrillo. *En idioma extranjero;* R. Atard.—IV. REVISTA BIBLIOGRÁFICA.—*En idioma castellano;* E. Ruiz Carrillo.—V. BIBLIOGRAFÍAS; Galo Sánchez, Nicolás Alcalá, F. Candil.

[Retrato de don Francisco Giner de los Ríos, fuera del texto].

## Ensayo sobre la Filosofía del Derecho en D. Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo.

A la memoria venerada del maestro y a los que compartieron conmigo sus lecciones.

### PALABRAS DE INTRODUCCIÓN

Las afirmaciones secundarias atribuidas al maestro, que aparezcan en este ensayo, han de acogerse como provisionales. Para que así no fuese, hubiera sido preciso haber hecho una revisión detallada de los paquetes de notas que D. Francisco ha dejado. Estos manuscritos son con frecuencia extractos del pensar ajeno; pero precisamente en ellos es donde mejor puede aprenderse cuál era la actitud personal de nuestro pensador, pues el carácter privado de la nota le permitía lo que su modestia, a menudo, le negaba: acentuar su pensar propio y las observaciones críticas, en sucintas acotaciones marginales de un valor inestimable. Reflexionando sobre ellas y recordando lo que jamás olvidará quien lo viera, los ratos pasados en su cátedra e intimidad, somos llevados a creer que tal vez no pueda hallarse un escritor que estuviera dotado de tan potente y noble poder de objetivación, unido a una tan vigorosa fuerza de crítica. Recogida por él, la observación bal-

buciente e insignificante de cualquier muchacho humilde, se engrandecía hasta adquirir el relieve de una afirmación de filósofo, y la del joven pedante doctoral se deshacía en vacuidad al ponerla en contacto con el criterio de las grandes figuras históricas. Esto no obstante, su acción pedagógica fué tan humana que no puso en trance de humillación a nadie, respetó a todos y sin cesar favorecía una concepción elevada y llena de ponderación de sí mismo.

### I

#### LAS RAÍCES IDEALES

Determinar hasta agotar cuáles fueron los pensadores que influyeron en la formación de su concepción del Derecho, sería un empeño pueril. Aprendió y enriqueció su patrimonio espiritual hasta días antes de su muerte. En todo libro hallaba algo digno de ser retenido y subrayado. En la advertencia a la traducción de los primeros capítulos de la obra de Röder, *Grundzüge des Naturrechts*, publicada en español con el título de *La idea del Derecho* (1), escribe D. Francisco: «No estará de más me adelante a decir que sólo puedo aceptar con reserva gran parte de la

(1) La traducción comprende: la introducción y la primera y segunda parte de la parte general. Madrid, imprenta de Fortanet, 1885.

doctrina de este libro, sólida y profunda como es, sin embargo; pero de la que puedo juzgarme quizá tan afín o tan distante como de las de Hegel, Taparelli o los positivistas.» Estas palabras responden, en parte, a un aspecto de la psicología de su autor. No tradujo a Hegel, Taparelli o los positivistas, sino que tradujo a Röder y Ahrens, y pensó, así lo dice en esta advertencia, traducir a Krause. ¿Por qué a éstos y no a aquéllos, si tan afín o distante estaba de unos como de otros?

Las palabras transcritas sirven para indicar el sentido que tuvo su autor de lo que era una escuela filosófica: algo eternamente vivo, orgánico—era su expresión familiar—, que incesantemente se remoja y origina direcciones muy varias. Dos casos tipos solía señalar D. Francisco: Sócrates y Hegel. Tan socrático era Platón como los cínicos o los cirenaicos, y sin embargo, ¡qué disonancias más grandes había entre ellos! Tan hegeliano era Carlos Marx como el propio Hegel, y ¡cuán distinta fué, no obstante, la actitud ideal de uno y otro! Una escuela era para D. Francisco una orientación del pensamiento, una preocupación sobre un problema matriz, no siempre una igual orientación metodológica. Este sentido antidogmático de escuela explica la sencillez con que acogía y aplaudía ideas venidas de otros campos, y asimismo la complacencia y hasta voluptuosidad con que hacía notar las concomitancias de su pensamiento con los que de él estaban más distantes sobre las cuestiones definitivas y de principio. Este es el caso en que se hallaba respecto de Taparelli y los positivistas.

Su genealogía ideal es fácil de señalar. La metodología de la ciencia del Derecho, así como la determinación de la esencia de éste, son en D. Francisco de pura ortodoxia krausista. No es en Röder, con quien le une lo esencial en muchos problemas últimos; ni en Ahrens, de quien difiere a cada momento en cuestiones sumamente trascendentales, como son la interpretación del método y la fijación del concepto del Derecho, sino en Krause, y

conducido por éste, en Leibnitz, donde se han de buscar las bases del pensamiento jurídico de D. Francisco.

Krause consagró especial atención a los problemas de filosofía del Derecho. Las obras fundamentales, que dedicó por entero al estudio de este género de cuestiones, son: *Los fundamentos del Derecho natural (Grundlage des Naturrechts)*, publicado en Jena en 1803; el *Compendio del sistema de la filosofía del Derecho (Abriss des Systemes der Philosophie des Rechtes)*, que apareció en Göttinga en 1828, y *El sistema de la filosofía del Derecho*, publicado después de su muerte por Röder en 1874 (*Das System der Rechtsphilosophie*). En otras muchas obras, especialmente en el espléndido libro *Ideal de la Humanidad*—libro de horas de varias generaciones españolas—, que D. Julián Sanz del Río, con gran acierto, tradujo y refundió, y en *La doctrina de la vida (Lebenslehre)*, hay trozos admirables en que a veces se tiene una exposición sucinta de la concepción jurídica del filósofo. Krause señaló repetidas veces (1) el progreso que significaba Leibnitz en la historia del pensamiento jurídico. ¿A qué, según Krause, se debía este progreso? (2).

Leibnitz dice en la *Teodicea* (I, § 35): «Le droit universelle est le même pour Dieu et pour les hommes.» No ha de entenderse esta afirmación como si la hiciese un teólogo ortodoxo de una confesión, sino con el acentuado carácter criticista que en el autor ha sido señalado por nuestros contemporáneos, y que;

(1) Véase «Abriss des Systemes der Phil. des R.», páginas 205-6; y «Das System der Rechtsphil.», páginas 408-10.

(2) Sobre Leibnitz pueden verse sus escritos sobre ciencia del Derecho, recogidos en la edición de sus obras por Dutens y otros, que eran desconocidos, y forman parte del volumen 108 de la «Philosophische Bibliothek» con el título *Schriften zur Ethik u. Rechtsphilosophie*, publicados por el profesor Cassirer. Además deben consultarse los libros de Zimmermann, *Das Rechtsprinzip bei Leibnitz*, Wien, 1832; Hartmann, «Leibnitz als Giurist u. Rechtsph.», Tübingen, 1892; y el de Erwin Ruck, «Die Leibnitz'sche Staatsidee», Tübingen, 1909.

por lo que atañe a la Teología, se echa de ver al considerar que, según Leibnitz, el criterio último para decidir sobre una creencia positiva radica en las ideas incambiables y necesarias que en nosotros mismos hallamos. La ciencia de la Justicia era para Leibnitz, como lo fué para Platón, Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás, sus maestros, en este respecto, esencialmente teísta; otro tanto acontece a Krause y su escuela. El Derecho es para Leibnitz una cierta *potentia moralis* y la obligación jurídica, una necesidad moral. Censura severamente a Puffendorf por haber sostenido que la justicia se refiere tan sólo a relaciones exteriores; pues considera que la justicia tiene su origen en el amor, y es la virtud reguladora de éste. Su fin es el bien, el perfeccionamiento del hombre y de la sociedad; de aquí que el Derecho tenga en Leibnitz un aspecto inmanente a más del exterior. El derecho natural comporta tres momentos: *Jus strictum* o justicia conmutativa, que los romanos llamaron *neminem lædere*; *Æquitas* o *charitas*, justicia distributiva, *suum cuique tribuere*; y la *Pietas* o *Probitas*, momento de la justicia universal, encerrado en el bello *honeste*, o mejor, *pie vivere*. Todo lo que esto implica fundamentalmente, a saber: carácter ético, espiritual del derecho, y reconocimiento de un aspecto inmanente en el mismo, eran razones suficientes para que Krause viese en Leibnitz un ascendiente ideal, al tratar de este problema.

La doctrina de Krause sobre el derecho ha sido llamada por Röder («Das System der Rechtsphil, Vorbericht des Herausgebers», XIII) «Evangelio jurídico del futuro». ¿Qué elementos ideales son los que podríamos ofrecer a la consideración del lector para justificar el lugar que, a decir de Röder, está reservado a la doctrina de Krause en la historia? Puesto que en el «Sistema de la Filosofía del Derecho» está contenida esencialmente toda la doctrina, procuraremos hacer una exposición breve de esta obra enormemente profunda, densa y extraordinariamente sugestiva.

La ciencia del Derecho ha menester de una fundamentación, y ésta puede ser subjetivo-analítica o metafísica y sintética. La primera toma como punto de partida la percepción de nosotros mismos como objeto y el estado precientífico de nuestra conciencia; la segunda inserta el derecho en el conocimiento de Dios, en quien el derecho se ofrece como una de sus propiedades, y en el todo orgánico, uno, de la ciencia fundamental o metafísica.

La Filosofía del Derecho no abarca todo el derecho, no comprende el derecho histórico, sino que exclusivamente se ocupa del conocimiento del Derecho y el Estado en pura razón, trata de conocer lo eterno en el derecho, aquello que, cuando se trata del derecho racional humano—para Krause también existe derecho en Dios—, arranca de nuestra propia naturaleza racional y sirve para enjuiciar el derecho histórico y ver en qué tanto concuerda con el natural; se ocupa, pues, del derecho como verdad eterna, y en cuanto todo pensamiento puro de una verdad eterna es llamado idea o concepto originario, puede afirmarse que el objeto del Derecho natural o Filosofía del Derecho lo forma la idea del derecho; mas para la plena fructificación de esta idea del derecho es preciso formar con ella un ideal, entendido éste como forma ejemplar que solicita ser realizada, tipo concreto de aspiraciones prácticas.

Cuando Hegel afirma que el problema de la Filosofía del Derecho no consiste en investigar lo que debe ser el derecho, sino en comprender justamente lo históricamente dado, formar con ello el concreto del derecho y esclarecer este conocimiento así fundado, el concepto, mediante la idea (*Rechtsphil*, Introducción, §§ 1 y 2), Krause protesta vivamente y opone al sentido realista e histórico de Hegel una concepción deontológica. Esta dualidad de posiciones es hoy, como habremos de ver, el tema fundamental y diferenciador de las dos direcciones capitales de nuestra ciencia. Para Hegel, todo el derecho lo hallamos contenido en el Estado, en el Estado social,

siendo el Estado quien crea el derecho; para Krause, todo el derecho debe ser instaurado por el Estado—que no es quien lo crea—, mas los círculos de la vida en que el Estado se muestra objetivado van desde el individuo hasta el actual Estado-nacional, manifestaciones del Estado divino, *Civitas Dei*, y distantes del ideal supremo: Estado-Humanidad (*Das System*, págs. 517-44; aún más esquemático y claro en el *Abriss*, pág. 124 y sigs.).

La Filosofía debe mostrar—dice Krause—cómo lo que es en la vida real del Estado contrario a Derecho debe y puede ser conformado con éste y cómo es posible reelaborar lo imperfecto. La observación y reflexión sobre el derecho realizado no puede conducir a la fundamentación filosófica del derecho, porque el conocimiento filosófico no es una abstracción de algo históricamente dado, sino la abstracción de la esencia eterna como verdad eterna, de esa esencia que hace innecesario al géometra el examen de los casos concretos de círculos para hablar de sus propiedades esenciales (*Das System*, págs. 17-20).

La atribución de derechos la hacemos respecto de seres que están dotados de conciencia de sí mismos y de arbitrio; es, pues, una propiedad de la vida de los seres racionales; pero ¿cuál es su contenido? Antes de responder es preciso aclarar cuestiones previas. Se trata de una *relación* afirmativa para la vida racional, de una dirección de mi voluntad hacia la de otro o hacia la mía propia (1). El sentido se hará patente tomando un ejemplo con que contrasta: la virtud. Esta es una propiedad de la vida racional, pero no una relación, sino una propiedad interna del ser racional mismo como ser que quiere. Debemos ser virtuosos, no para relación alguna, sino porque debemos querer la pureza misma de la voluntad; de esta suerte traza Krause una diferencia entre el derecho y la virtud como propiedades del ser, llamando a ésta, *qualitas*

*absoluta* y a la primera, *relativa* (*Das System*, págs. 28-30).

Hay un derecho, una justicia interna, immanente. La ley de la vida a que se refiere el derecho lleva en sí lo necesario, lo permanente, para alcanzar la libertad. El Derecho es, pues, para la libertad; y al preguntarnos qué es lo esencial e incambiable en la actividad suprema del ser racional finito, lo que buscamos es la respuesta a esta cuestión: ¿cuál es la ley general de la voluntad, la ley general de la libertad, ley práctica? Todas las determinaciones mías deben ser, no según esto o aquello, sino inspiradas y conformes con mi esencia plena; sólo así podré llamarme libre. La forma de mi querer debe ser el bien, y a su implantación en la vida debe dirigirse mi actividad. Si a esta auto determinación al bien se la llama moralidad, puede entonces decirse que la ley general de la voluntad es la ley moral.

Mas la ley moral abarca todo el bien y, por tanto, todo el Derecho, que es un bien parcial, como lo son el arte, el amor, la verdad. La exigencia de la ley moral quiere y realiza pura y libremente el bien; contiene, a fuer de imperativo general y universal, este otro imperativo especial y particular: quiere y realiza el derecho pura y libremente. Sin el derecho no podría realizarse el bien, y por tanto, ni el hombre ni la sociedad humana alcanzarían su determinación suprema. ¿Por qué? Se trata de una relación especial de la vida, pero esencial a ésta, y que acompaña a todas las determinaciones racionales de nuestra conducta. Vive en la intimidad de la espiritualidad y la potencializa y fortifica, si halla acogida, o la desnubre y empobrece de no encontrar desenvolvimiento.

Para precisar el campo de acción del Derecho es indispensable plantearnos el problema del hombre. ¿Cuál es el contenido y fin de toda la vida racional humana? ¿Cuál es el fin para que está determinado el hombre? ¿Qué debe hacer real en el tiempo mediante su libertad? El problema del hombre, dice Krau-

(1) En este sentido, en cuanto relación, le llama Krause «*Conceptus relativus*», no como limitado.

se, uniendo su voto al de todos los clásicos, es advenir realmente hombre, un todo independiente y armónico, esto es, ponderado, y en que lo humano llegue a su plenitud. Pero al obrar depende el hombre de condiciones internas y externas, para cuya remoción o afirmación es necesaria la intervención de la libertad y de la razón. Este es el momento del derecho dentro de la unidad orgánica de la vida del espíritu, aquel en que su función se especifica, al ofrecer las condiciones internas y externas que la vida racional ha menester para la realización de su fin, y en tanto que me falte alguna condición interior o exterior social, que me impida realizar lo que mi naturaleza exige que cumpla, prodré hablar de lo incompleto de mi derecho (*Das System*, 32-48).

El Derecho se ofrece, pues, como «un todo orgánico de condiciones, dependientes de la libertad de la vida racional», y puede decirse, por tanto, que al depender las condiciones jurídicas, de la libertad, muéstrase el derecho como «un todo de condiciones condicionadas»; formulado de un modo más comprensivo su concepto, defínelo Krause como «el organismo de la libre condicionalidad temporal de la vida». En cada persona racional finita, el derecho significa la totalidad de las condiciones libres y temporales de su vida, condiciones que colocan a toda persona en dos situaciones jurídicas distintas, según que en la relación jurídica representa aquel que exige y a quien debe ser dado el derecho, o bien sea de quien depende la condición que se exige y está obligado a prestarla («*Das System*», págs. 62 a 73 y 197 a 207).

Estas indicaciones leves habremos de considerarlas bastantes, a pesar de su insuficiencia, para penetrar en el pensamiento de Don Francisco. Con frecuencia se verá cuán necesarias han sido para situar históricamente al maestro, única forma de tener una perspectiva del lugar en que su sistema queda enclavado. Su espíritu se derrama y rebosa del vaso primitivo: el sistema de Krause; pero la

criadera que hace posible en él un perpetuo madrear, ni cambia ni se impurifica; la dirección, el impulso humanista y metodológico, singularmente el primero, pervivió. Veámoslo.

## II

### EL SISTEMA

#### A) *La teoría del Derecho* (1).

Desde el primer escrito en que trató del problema de la Filosofía del Derecho hasta la última época en que de ello se ocupara, el esquema no ha variado; la misma fidelidad al examen analítico de la conciencia como primera fundamentación posible del Derecho, igual requerimiento al procedimiento deductivo para poder fijar el concepto del derecho de un modo sintético, ya atendiendo al fundamento absoluto, bien construyéndolo «como un sistema racional de principios en su principio de unidad». Pero también desde el primer momento le dió una amplitud al contenido de la Filosofía del Derecho que

(1) Utilizo para esta parte los siguientes trabajos de D. Francisco Giner: «Principios elementales del Derecho», Madrid, 1871; «Principios de Derecho natural», 1873; «Notas a la Enciclopedia jurídica de Ahrens», 1878, especialmente las de los volúmenes 1 y 3; «Resumen de filosofía del Derecho», 1898; «Teoría de la persona social», de igual fecha que el libro anterior; «Sobre el concepto de la ley en el derecho positivo», estudio presentado al Congreso de las Ciencias en 1908. Colección del «Boletín de la Institución Libre de Enseñanza»: tomos 23, «Aspectos del anarquismo»; 32, «La filosofía de los cínicos griegos», nota firmada por X; 34, «La moral y el derecho en Schmoller», por X; 35, «La filosofía del derecho de Korkunov», por G.; 36, «Las ideas de Stammler sobre los problemas del derecho y su ciencia en el porvenir», por X; 37, «La concepción jurídica de Stammler», por X. He tenido asimismo en consideración para el problema del concepto del Derecho, una copia de la breve nota guión que él utilizó en otoño de 1912 para las lecciones que comenzó a dar en su clase—y después dejó—sobre esta especial cuestión, finalmente, he consultado el manuscrito del último estudio completo que hiciera, el de la obra de Radbruch, «Grundzüge der Rechtsphil», Leipzig, 1914. Sabiendo que Radbruch le citaba, he buscado en las notas algo que me indicase lo que Radbruch dijera sobre él, pero, en vano; D. Francisco no se ha hecho eco. Las circunstancias me han impedido hacer venir el libro con oportunidad.

Krause le negó. Krause, como en general el Derecho natural racionalista de aquella época, había asignado a la Filosofía del Derecho como campo de actuación, el estudio de lo que hubiese en el derecho de eterno, de pura razón, abstracción hecha de toda historia; D. Francisco Giner considera de muy otro modo la relación de nuestra ciencia con la experiencia: «ha de comprender la Filosofía del Derecho todo lo particular y vario que se halle en éste, refiriéndolo a su unidad esencial»; y concretando aun más su pensamiento, añade, «no hay nada en el derecho extraño a su filosofía, de tal suerte, que filosofía del Derecho y ciencia del Derecho forman una perfecta ecuación» (véase «Principios elementales del Derecho», página 35 y s.; «Resumen de filosofía del Derecho», Introducción).

La corrección que impone el Sr. Giner al criterio de Krause, en el sentido de dar una mayor importancia a la experiencia, se acentúa al negar la igualdad de términos que afirmaron Fichte, Krause y tantos otros: Derecho natural o filosofía del Derecho. Al publicar «Principios de Derecho natural», no está aún maduro este nuevo sentido, así es, que la lección segunda de este pequeño y admirable libro lleva por título «Idea de la ciencia del Derecho natural o filosofía del Derecho», pero más tarde («Resumen de filosofía del Derecho», introducción y páginas 123 a 133) sostendrá: primero, que no es propia la denominación de Derecho *natural* aplicada con exclusión al elemento inmutable y eterno; segundo, que no es posible hablar de un Derecho natural que descansa y tiene su fundamento en la naturaleza humana, oponiéndosele, como generalmente acontece, a un derecho positivo, al que por lo visto, como hijo de las circunstancias, mudable y transitorio, se le quiere desligar de toda relación con la naturaleza humana; «la razón especulativa se ha hecho ya hoy amiga de la historia, en cuyo fondo reconoce otro modo de su propia sustancia» («Sobre el concepto de la ley», etc., pág. 6). Tan natural, dice el señor

Giner, es el derecho positivo como el que por antonomasia se denomina natural. He aquí la afirmación clave de su monismo jurídico, monismo que algunos pensadores (por ejemplo, Petrone, «La fase recentissima della F. del Diritto in Germania», Introducción) consideran imposible que logre alcanzar nuestra ciencia, tal vez por pensar que hay un abismo infranqueable entre el mundo del ideal y el de la realidad; mas para D. Francisco Giner no existe principio real exclusivamente teórico, desprovisto de aplicación práctica, sino que, antes al contrario, cuanto más generales son los principios y más abstractos parecen, mayor riqueza de aplicación guardan. El Derecho, visto de una manera total, es a sus ojos, permanente y mudable a la vez, principio y hecho. No hay un Derecho pura y simplemente eterno, desligado de todo vínculo real, ni un mero proceso de fenómenos reales jurídicos desprovistos de todo fondo esencial, no; tan equivocado es hablar de un «Derecho ideal» sin relación con la historia, como negar toda esencialidad a los hechos; hacerlo así es negar la unidad del objeto, e incapacitarlos para homogeneizar los contenidos varios de la historia (1).

Hay para cada caso concreto, para cada situación real, una forma posible de derecho que representa a éste de la manera más acabada y perfecta, esto es, más esencialmente *natural*. El derecho positivo propio de cada momento, el adecuado a la naturaleza de cada caso, este es el *natural*. «No hay derecho ideal, eterno, general, absoluto, que entonces sea superior a esta determinación»; por esto,

(1) En un sentido, que sería excesivo llamar análogo, pero no lo es, decir que obedecen a esta misma orientación que tiende a unificar razón y experiencia jurídica sin quitarle a aquélla su carácter estimativo y aun estimulador, se hallan Stahl, «Phil. des Rechtes», vol. II, parte I; Lasson, «Syst. der Rechtsphil.», 1882, pág. 231; Lask, «Rechtphil.», sección I, trabajo inserto en el volumen publicado en 1905 como homenaje a Kuno Fischer, y en general la llamada actualmente filosofía de los valores, a la que Radbruch es, las mas veces, fiel y de la que en su «Einführung» se muestra secuaz.

tomados en su unidad plena, derecho natural y positivo no son sino una sola y misma cosa: «el derecho en la unidad y homogeneidad infinita, absoluta e inmutable de su naturaleza, expresada en el gradual, variadísimo y orgánico desenvolvimiento de su historia. En otros términos: todo derecho natural es positivo. Si es real, no una pura quimera, si se ha de cumplir como una exigencia imperativa que es para la actividad del sujeto, tiene que concretarse cada vez a su modo y con inagotable variedad» (1). («Resumen», páginas citadas; «Enciclopedia jurídica de Ahrens», tomo III, nota a la pág. 47.)

Esta concepción del Derecho natural como un principio que inside y hace a los actos jurídicos, actos de tal carácter, sin que jamás se agote el contenido posible de aquel principio, porque es infinito; esta apreciación sumamente estimulante, de la posibilidad de vivir un derecho justo, sin que por ello debemos descansar, ya que el camino nunca se acaba, es ya un motivo de gran originalidad en la personalidad científica de D. Francisco en el Derecho y acusa hondamente su figura. Stammler llega al monismo mediante razonamientos muy distintos; su monismo es fundamentalmente social: la unidad indivisa entre la economía o materia de la vida social y su forma, el Derecho («Wirtschaft u. Recht, zw. aufl.», págs. 159 y s.); mas en la vida jurídica misma, ¿logra Stammler la unidad? ¿No es un obstáculo para alcanzarla, la distinción que establece entre concepto e idea del derecho? El Sr. Giner así lo cree; Lask, terminan-

temente lo afirma también, con razón a nuestro juicio.

Dos corrientes de representación ideal muy distinta—hay ocasiones en que los opuestos, aparentes, se agrupan—contribuyeron a dar este ascendiente a la experiencia en el espíritu del Sr. Giner: fué una la filosofía de Hegel; otra, el estudio de la escuela histórica, especialmente Savigny, y el positivismo. Jamás, sin embargo, llegó, ni a admitir—que a tal extremo condujo—la identificación del Estado empírico, expresión de la realidad jurídica y, por tanto, según Hegel, de la moralidad, con el Estado, ni a dar como buena la afirmación del positivismo: no hay otro derecho que el legislado y consuetudinario, esto es, el transitivo y vigente. Siempre estimó el Sr. Giner que era imposible buscar el criterio del derecho, ni de principio alguno, en la realidad histórica; hay en el Derecho un aspecto supra empírico; ¿cuál? El concepto mismo.

De igual suerte que Krause, considera don Francisco al Derecho como un orden total de la vida, como una faz de ésta, que abarca por entero la conducta humana; para que un acto pudiese ser indiferente al Derecho sería preciso que lo fuese al fin racional. Cuanto sea necesario o útil al logro de este fin cógelo dentro de sí, de una determinada manera, el Derecho. El sentido de la utilidad ha sido tratado por nuestro autor con una sagacidad y finura admirable, determinando a este respecto la trascendencia de la obra de Bentham. Es la utilidad la que forma el contenido de la relación jurídica, pero la utilidad, a su vez, es un corolario del fin racional, verdadero motivo inspirador y legitimador. Lo útil, por tanto, aquello que únicamente conoce el Derecho, son prestaciones o servicios que tienen el carácter de condiciones para que yo, este o aquel otro, podamos llenar nuestra misión humana.

Para la escuela de Krause todas las relaciones de la vida pueden ser consideradas en tantos aspectos como fines universales tiene aquella, artístico, religioso, moral, jurídi-

(1) ¡Cuántas cosas de inmediata y cotidiana relación con la vida del maestro se explican partiendo de esta concepción! La no admisión de las «impurezas de la realidad», verdadero escudo de impurezas para los que de ellas hablan; la humanización del momento; el respeto a lo histórico; su repulsa a la «torre de marfil», como un reino encantado de la idea; su actitud ante programas *definitivos* de todos colores, severo oportunismo o revisionismo político; su simpatía por todo movimiento personal o colectivo en que se trata de hacer respetar diferencias... que no desunen, sino que sólo por ellas y mediante ellas son posibles unidades realmente vivas, etc.

co, etc. Considerado este último, el fin jurídico, en su distinción del moral, gira la cuestión en torno a la intención según es tradicional; pero lo que no es tradicional es el planteamiento, como ha podido verse, ni la solución que recibe el problema; sin duda alguna hay aquí una manifiesta originalidad. Podría decirse que dos de las facetas varias—tan varias como los fines—, que toda dirección de la voluntad tiene, son la moral y la jurídica; mas en tanto que el acto realizado es moral, si el sujeto lo realiza «en razón de la bondad intrínseca del acto mismo», su justicia, esto es, su carácter jurídico, depende de que sea útil—ya sabemos todo lo que entraña ser útil para el cumplimiento de un fin. La moral dice: *haz el bien por el bien*; en el Derecho, la intención trasciende del acto, al cual sólo estima en su cualidad de medio, en su utilidad, en su eficacia para realizar el fin, pudiendo formularse así su precepto: *haz el bien para que el fin se cumpla*. Surge, pues, el momento jurídico en la fenomenología del espíritu, según esta doctrina, cuando considero la acción como condición para cumplir el fin o cuando estimo indispensable insertar en la vida una condición que aun no ha sido dada a la voluntad. Don Francisco formula el concepto del Derecho diciendo que es «el sistema de los actos o prestaciones con que ha de contribuir cada ser racional, en cuanto de él depende, a que su destino y el destino de todos se efectúe en el mundo». No conozco un concepto más solidarista y activo del Derecho; dudo que lo haya habido.

Un renacimiento esplendoroso vuelve a haber en la especulación jurídica, y al calor de ella asoma de nuevo el Derecho natural, remozado, como conviene a quien ha sufrido un largo destierro por propias culpas. Su nombre mismo sólo rara vez se inscribe aún en los pórticos, vive casi siempre vergonzantemente oculto entre palabras que le disimulan cuando no le hieren. Aun en aquellos puntos donde más refractarios se muestran a *faire de*

*la métaphysique* por haber sido los más violentamente polarizados hacia el positivismo, Francia, aun allí comienza a advertirse una fuerte germinación. ¿No hay un criterio de derecho natural en el sentido de criterio de derecho justo—en la llamada filosofía social de la solidaridad que agrupa a hombres de tan distinto temperamento científico como Duguit, L. Bourgeois, Bouglé, Durkheim? ¿No hay un derecho natural, en el sentido antes dicho, en la fina, sutil, sugestiva aplicación al derecho que ha hecho Hauriou de la filosofía de Bergson? ¿No lo hay—y hasta en el sentido antiguo—en la visión que el sindicalismo se forja de una ciudad dorada, de un contenido concreto, meta de la historia? (1). En Inglaterra, Spencer mismo, Th. Green, Ritchie; en Italia, un grupo de publicistas del más alto valor: Petrone, Del Vecchio, Rava, Bartolomei, Di Carlo; en Alemania, Jellinek (2), Stammler, Lask, Radbruch, etcétera.

Pero el gran problema para la especulación filosófico-jurídica va precisándose cada vez más en torno a esta cuestión metódica: el concepto del derecho, ¿es susceptible de ser fijado de suerte que quede hecha abstracción de todo alcance moral? ¿Cabe un concepto meramente lógico del derecho, o éste de suyo se escapa a todo intento lógico que se proponga apresarlo y fijar su esencia? ¿Logicismo o Eticismo? Los logicistas no positivistas no dejan de ser eticistas: Stammler, Del Vecchio, Jellinek, etc.; pero hay eticistas puros,

(1) Véase Andler, «Revue de Métaphysique et de Morale», 1897, pág. 524; L. Bourgeois, «La Solidarité»; Bouglé, «Le Solidarisme», págs. 65-103; Saleilles, «La déclaration de volonté», pág. 361, y «Ecole historique et Droit naturel», Revue de Droit civil, 1902, pág. 80 y s.; Planiol, «Traité élémentaire de Droit civil», volumen I, núm. 5; Charmont, «La renaissance du Droit naturel»; Hauriou, «Principes de Droit public», capítulo I.

(2) No se extrañe tal atribución; ¿qué significa lo que él llama una dirección de «lege ferenda»? Véase una ampliación de esto en el prólogo a la «Teoría general del Estado» de este autor, Madrid, V. Suárez, 1914.



como el Sr. Giner o Th. Green (1), que mantienen la actitud de Kant, Fichte y Krause y consideran que no es posible un concepto del Derecho exclusivamente lógico; ¿por qué? La formulación del maestro español muestra cuán inseparablemente considera que va unido el derecho a la vida, que es un principio para ella y que ésta ha de estar impregnada por entero de justicia. Para Stammler, por ejemplo, hay un concepto del Derecho y una idea de éste; el concepto representaría la unidad incondicionada, incambiable, en que no aparece determinado contenido alguno, esto es, nada limitado, una forma pura del orden del querer humano, resultado de un orden de realidad, definible, como una «voluntad ligante soberana e inviolable», a distinción de la idea, que es ya una dirección y significa «lo que antes se designaba, dice Stammler, como fin último»; indica la dirección de una conformidad con la ley de la voluntad y está, por tanto, saturada ya de espíritu moral; aun recorre otro estadio la dialéctica jurídica stamleriana, aquel en que definitivamente acampa; cuando saca de sus entrañas el principio del ideal social, «la comunidad de hombres libres». Valga el pensamiento de Stammler como expresión tipo de un pensar cada vez más difundido; claro es que hay variantes, y la propia distinción de concepto e idea de que él se sirve no es admitida por otros, como Radbruch o Del Vecchio (2).

El problema gira en torno a cuestiones de-

(1) Véase el libro de éste, «Principles of Political Obligation», págs. 33-34.

(2) Véase a Stammler, «Theorie der Rechtswissenschaft», 1911, págs. 39-48, 113, 437-75.

Stammler usa el término concepto en el sentido en que Kant el de concepto puro, categoría o unidad incondicionada del entendimiento, e idea, significando asimismo lo que Kant con este vocablo designa, un principio regulativo de la razón. Del Vecchio usa el de noción o concepto lógico y ético, véase «Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho» y «El concepto del Derecho», traducción española de una y otra por el Sr. Castaño, Madrid, Hijos de Reus. Lask, «Rechtsphilosophie», sección I, en el «Festschrift für K. Fischer».

cisivas para nuestra ciencia, porque afecta a la entraña de su metodología, a la fijación del problema en sí. ¿Puede ser tratado el Derecho como una categoría del entendimiento? Hay un problema de conocimiento del Derecho; pero éste, como objeto de conocimiento, ¿no queda siempre, cualquiera que sea el aspecto en que se le considere dentro del campo práctico, para usar la terminología más en uso desde Kant? A fuer de extra sensible, metaempírico, trasciende de la esfera que al conocer asigna Kant y cae dentro del mundo de la razón, de aquel orden de razón pura que tiene como problema la acción, esto es, razón pura práctica. Es este un punto de partida que puede estimarse comúnmente aceptable. Puede en su virtud ser presentada de esta suerte la interrogación: Los problemas lógicos del derecho, ¿no son problemas de lógica de la voluntad? Si lo son, ¿es posible dar un concepto universal del derecho que no esté influido por la ley de la voluntad, o sea el bien? ¿No será ilógica toda lógica del Derecho que pretenda eliminar de sus conceptos el elemento ético? Sobre esta preocupación central gravita hoy la ciencia de la Filosofía del Derecho (1).

Una corriente hay cuyo espíritu no queda cogido por esta interrogación, y es la que niega el problema. Esta actitud es la usual al positivismo, no la de resolver las cuestiones, sino la de negarlas; simplificar los motivos de dudas, esto es, dicho con todo respeto, empobrecer el ánimo, apagar el hervor de la historia. Las primeras inquietudes de los propios positivistas que no se avenían a una amputación total de la capacidad especulativa en el Derecho, dió por resultado la llamada teoría general del Derecho; la afirmación de la legitimidad de su existencia se debe a un

(1) He citado ya a Del Vecchio entre los italianos; véase además Ravá, «I compiti della Filosofia di fronte al Diritto», 1907, y «Per una dottrina generale del Diritto», Roma, 1911; Bartolomei, «Le Ragioni della Giurisprudenza Pura», Napoli, 1912; Di Carlo, «Teoria pura e teoria empirica nel Diritto», Palermo, 1912.

eminentísimo jurista: Merkel (1). Se trata de una filosofía positiva del Derecho, atenta exclusivamente, por tanto, al fenómeno sensible, al cual habría de atenerse para elaborar dogmáticamente lo que tendría que servir de parte general a la ciencia positiva del Derecho. Contra la interpretación del valor de la experiencia, que esta actitud revela siempre, escribió D. Francisco.

El sentido eticista que el Derecho tiene en el maestro español, aun se pone más de relieve cuando se analiza el valor dinámico, generador, de que está dotado en él la condición, concepto matriz del derecho. «Sistema de condiciones» dice, pero de condiciones que, por sólo ser tales, esto es, indicación de prestaciones o exigencias necesarias a mi fin de hombre, no sólo me deben ser prestadas, sino que *debo exigir las*. Constituyen el sistema de pretensiones, no caprichosas, sino indispensables; son las que un grupo de juristas alemanes llaman *Anspruch*. Concebida la condición, la pretensión, el *Anspruch*, al modo del Sr. Giner, el llamado hoy derecho subjetivo, los denominados con poca fortuna derechos individuales—precisamente por ser de todo hombre no son individuales—, así como el derecho objetivo, adquieren un fundamento categórico y quedan dotados de virtualidad y eficiencia histórica para engendrar una corriente liberadora como tal vez no haya hoy doctrina alguna que pudiera hacerlo en la ciencia moderna (2).

(1) El año 1874 publicó Merkel su escrito «Ueber das Verhältniss der Rechtsphil. zur positiven Rechtswissenschaft» en *Grünhut Zeitsch. f. d. Privat u. öff. R.*, e inmediatamente provoca una gran bibliografía. El propio Merkel amplía y afirma su criterio en otros escritos posteriores: «Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf R. u. Gesellschaft» (Revista de Grünhut); «Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft» (Enciclopedia de Holtzendorf). Véase el estudio que le consagra Petrone en el capítulo I de su obra citada. En un sentido positivista más estricto el gran jurista inglés Austin, «Lectures on Jurisprudence», 9.ª edición, London, Murray, 1909, pág. 289 y s., considera al Derecho natural como el común a los diversos derechos positivos.

(2) Sobre la condición y el sentido que tiene en el

Repárese en la dificultad con que tropiezan quienes fundan el Derecho en cualidades negativas de la naturaleza humana, en privaciones como el pecado (escuela teológica cristiana y muy especialmente San Agustín), en instintos de animosidad, Hobbes, en nuestra limitación e imperfección como acontece a muchos, por ejemplo, al propio Ahrens, cuando intentan justificar el valor eterno del Derecho y para tomar posiciones ante los que, identificando lógicamente el Derecho con su corolario inseparable si se toma tal punto de partida, la coacción, consideran que es necesario luchar contra el Derecho. No hay en cambio dificultad alguna si se fundamenta el Derecho en un principio de carácter humano positivo, de esencial e inequívoca necesidad: la condición o condiciones de que depende mi fin de hombre.

Unido a la voluntad, aun cuando no afecto exclusivamente a ella, sino hundiendo sus raíces además como propiedad del espíritu, que es para D. Francisco, en el sentimiento y en la vida de la conciencia, momento ideológico y real en que alcanza la plenitud de su unidad orgánica, aparece el Derecho, sin embargo, a fuer de propiedad de relación, cuyo contenido lo forman actos susceptibles de ser exigidos como un mundo de obligaciones. En este concepto, obligación, está insito todo el Derecho. Es general este punto de partida; pero lo que no suele serlo son las consecuencias que de la elaboración de este principio ha sacado D. Francisco: 1.º La obligación jurídica es siempre positiva, es un bien, y jamás ha de tener un carácter privativo de lo que sea un bien para la volun-

campo práctico para algunos filósofos modernos, véase Cohen, «*Etik des reinen Willens*», págs. 180-86; el valor jurídico-político del «*Anspruch*» no parece haber sido advertido por Cohen, véase ob. cit., página 248; Th. Lipps, «*Die Ethischen Grundfragen*», páginas 248-48. Entre los juristas es de grandísimo interés para poderse dar cuenta del alcance con que es usado el concepto «*Anspruch*» ver Bierling, «*Juristische Prinzipienlehre*», tomo I (Freiburg, 1894), páginas 145-69.

tad; 2.º Si el Derecho es obligación, ésta no puede ser un contenido de derechos, sino la forma de todo contenido. Traducidos al derecho vivo, he aquí los resultados respectivos: 1.º La pena ha de ser estimada objetivamente, y así vista, no puede menos de ser considerada como un bien para el delincuente; el penado es un sometido a tutela como el menor o el loco, y en una tutelación de su capacidad jurídica defectuosa habrá de consistir la pena; hay que rehacer o formar un sujeto apto para la vida de las obligaciones de derecho. 2.º La división del derecho de bienes en derechos reales y de obligaciones (división de Savigny), carece de sentido, porque ni las obligaciones forman una esfera particular de relaciones jurídicas, ni hay una relación jurídica con la cosa, sino que todas ellas son obligaciones que tienen por objeto un servicio o prestación personal. No es la cosa sensible, sino un elemento espiritual, los servicios o prestaciones de que es susceptible ésta, lo que el Derecho coge dentro de sí. La generalización de este último punto de vista, que los filósofos siempre solieron verlo claro, dista mucho de haberse conseguido entre los juristas, y la concepción de la pena, corolario sacado de los supuestos correccionalistas, tal vez haya sido cuando apareció, 1871, una anticipación científica del Sr. Giner (1). (Véase «Principios de Derecho natural», páginas 197 a 44; «Enciclopedia», tomo I, nota a la pág. 46 y a la 130; «Resumen», páginas 89-90, 140, 279-319 y 382-89.)

El carácter de condición que tiene el derecho para que el hombre desarrolle su programa personal de hombre da al Derecho en la escuela de Krause una amplitud y riqueza tales, que no hay fin humano alguno que le sea extraño. Así como cabe arte en todo lo

que hacemos y religiosidad en la vida toda, asimismo el Derecho recibe aplicación al organismo de los fines humanos, es la condición para que éstos se cumplan. Mas este cumplimiento pende por entero de la actividad interna de cada cual. Aun cuando nos sean ofrecidos todos los medios exteriores de que tengamos necesidad para cumplir una obligación, su cumplimiento efectivo depende de que nos apropiemos lo que se nos ofrece y lo apliquemos a su fin; esto es, el mundo último y primero de la vida jurídica, sólo se halla en la esfera inmanente de la persona; se trata de la libre actividad del yo y de la coordinación de medios que sólo de él puede nacer entre el deber contraído y la obligación prestada.

Hay una relación jurídica inmanente, porque la relación jurídica exige dos posiciones: la de pretensor y obligado, pero no dos personas, y yo soy sujeto pretensor respecto de mí y sujeto obligado para conmigo. Si debo cumplir mi fin debo poner las condiciones para ello: he aquí las exigencias jurídicas que cada cual debe tener respecto de sí mismo. El propio derecho social o transitorio «no expresa sino las relaciones que median entre sus diversas esferas inmanentes, las cuales forman un organismo solidario»; además, no es posible hablar de un derecho exclusivamente transitivo: las relaciones entre miembros de una familia o de una nación, son inmanentes en estos círculos y todos a la postre en la Humanidad (véase «Principios de Derecho natural», pág. 22 y s.; «Resumen», páginas 43 y 52; «Enciclopedia», I, nota a la página 55).

Esta concepción inmanentista, ¿qué apreciación implica respecto de la unidad de la conciencia práctica, respecto del yo práctico? Para Kant y su escuela, el yo en general tiene un valor metodológico, es la unidad sintética, exigida de un modo universal y necesario, que va a hacer posible explicar los contenidos de la voluntad si se trata del yo práctico y juzgar de la legalidad de ellos; el yo

(1) Véase el problema del derecho de bienes en Windscheid, «Pandekten», tomo I, 9.ª edición, páginas 689 a 720 y 1.021 a 72. El sentido tutelar de la pena ha recibido admirable desarrollo en España en las obras del Sr. Dorado Montero; véase, por ejemplo, «Bases para un nuevo Derecho penal» (Colección «Manuales Soler»).

jamás puede ser una relación para él, sino el principio que hace posible la conciencia de toda relación, la voluntad pura en sí misma. Hegel distingue dos momentos en la voluntad o yo práctico: el de la pura indeterminación, momento de la abstracción absoluta, y el paso de la indistinta indeterminación a la distinción, determinación y afirmación de algo determinado, como un contenido que es dado posteriormente por la naturaleza o producido por el espíritu. Mediante esta afirmación de algo determinado hecha por el yo mismo (*selbst*), entra el yo en la existencia. La otra posición cardinal en la historia del pensamiento es la de Fichte; en él se cambian los términos. El yo, como ilimitado, lejos de ser considerado negativamente, que es lo que acontece en Hegel, es concebido de un modo puramente positivo, y en vez de estimar Fichte que lo afirmativo viene de la experiencia exterior, afirma que de fuera no viene sino lo que limita y niega la esencia pura del yo, al que concibe como «una acción sobre sí mismo». Esta visión sustancialista del yo práctico, el yo como relación, une en este punto a Krause y su escuela con Fichte, de quien no en balde fué en Jena, Krause, discípulo (1).

Harto claro se ve cómo para D. Francisco Giner no podía ser característica del Derecho la coacción; la riqueza e índole del contenido de aquél imposibilita a la acción pública llegar hasta él; no ya el derecho inmanente, sino el propio transitivo, considera con justicia el Sr. Giner que no puede ser estimado tal por la efectividad de la acción coactiva (Tomasius) o por la posibilidad de la misma (Kant). Esta concepción proviene fundamentalmente de diferenciar el derecho y la moral atendiendo a que sean externos o internos los actos, y a que la intención sea o no ajena a las

(1) Véase Kant, «Kritik d. reinen Vernunft», páginas 140-49 (ed. Vorländer), «Crítica de la razón práctica», ed. Mañana y Morente, § 7.º; Hegel, «Grundlinien der Phil. des Rechts», § 6.º; Fichte, «Wissenschaftslehre», 1.ª parte, y «Grundlage des Naturrechts», Einleitung, I, 1. Fichte dice así: «Das sich selbst ist nichts anders als ein Handeln auf sich selbst.»

acciones que se intente juzgar; mas, elaborada esta teoría con lógica, conduce realmente a consecuencias absolutamente incompatibles con cualquier dogmática positiva del Derecho. ¿Son jurídicas las acciones ejecutadas por los órganos supremos del poder, Rey, Tribunal Supremo, Consejo de Estado, singularmente en aquellos países donde, como acontece en Francia, goza éste de una enorme capacidad discrecional para juzgar de actos de autoridad? Por definición, los actos de estos órganos o de otros habrán de quedar extraños a la acción coactiva, a menos que se llame tal a aquella a que precisamente no se le quiere llamar: a la presión de la conciencia pública (1).

¿Es jurídica o metajurídica la acción de los jueces afirmando a la postre según conciencia, esto es, según consideran que debe ser interpretado un texto o según el libre arbitrio, el derecho en cuestión? Si la intención y la coacción son dos notas que caracterizan el acto jurídico, de un modo negativo la primera y positivo la segunda, hay que concluir que todo el Derecho penal es metajurídico, porque sus problemas son el delito y la determinación de la pena. El delito, el acto penal—no la responsabilidad civil que de él deriva, para la fijación de la cual es indiferente, en efecto, la intención—tiene como base un acto interno, psicológico: el discernimiento como indicio de intención (2). La ciencia jurídica moderna cuenta figuras preeminentes en torno a las dos banderas; baste citar, entre los coaccionistas, Natorp, Stammler, Kelsen, Del Vecchio; entre los no coaccionistas, Cohen, Merkel, Jellinek. El reino de lo metaju-

(1) En la terminología de Stammler esto sería propio de los actos que quedan dentro de las reglas convencionales, no jurídicas. Véase Jellinek, «Teoría general del Estado», tomo I, capítulo último y sus observaciones a Stammler.

(2) Véase Del Vecchio, «El concepto del Derecho», capítulos I y V; Del Vecchio admite la posibilidad de coaccionar como nota característica del Derecho y afirma al propio tiempo el valor del elemento interno en el Derecho.

rídico se dilatará o disminuirá para el jurista según se acerque o separe de la doctrina del derecho inmanente.

Ahora bien; el sistema de condiciones libres en que consiste el Derecho, las relaciones inmanentes o transitivas en que éste se desenvuelve y el objeto o contenido de éstas, prestaciones o servicios, postula un sujeto: ¿quién es el sujeto del Derecho? En la relación jurídica, «relación de ser a ser, de sujeto a sujeto, existe el sujeto de los fines, condicionado, interesado, pretensor y el sujeto de los medios, condicionante, deudor, obligado. En el primer sentido, esto es, en cuanto sujeto de fines, todo ser es sujeto jurídico, porque lo que a tal dignidad le eleva no es la conciencia o la razón, sino pura y exclusivamente la finalidad que no falta en ningún ser. La pretensión—que dicho se está que no ha menester ser formulada—, no la obligación, es lo que caracteriza al sujeto de derecho como tal.

Si se exigiese conciencia para ser sujeto de derechos, ¿cómo podría serlo el concebido pero no nacido, el niño o el loco? La naturaleza y los animales, cuanto es, tiene a los ojos del maestro un fin, no ya mecánico, sino ontológico, metafísico, y de aquí nace el deber jurídico del respeto hacia estos seres por sus fines inmanentes, respeto que se debe traducir en una acción favorable a crear un fuerte estado de conciencia social que proteja a animales y plantas. Si el Derecho no fuese sino el orden de la correlación de obligaciones y no contuviese dentro de sí el orden de las pretensiones—que es el que da a la historia movilidad, es el aspecto subjetivo—, entonces sujetos de derecho sólo serían los hombres que se hallan en la plenitud de su desarrollo normal.

Si el sujeto de derecho se caracteriza por ser sujeto de fines y por ende de pretensiones, la persona, en cambio, tiene además, como rasgo distintivo, «la facultad de determinarse a obrar por sí como causa de sus Estados, que es en lo que consiste la plenitud de la libertad racional»; esto es, el ser un sujeto consciente;

sólo la persona es capaz de obligaciones; esta capacidad, de hecho, es variable, pero su posibilidad es constante, obedece a nuestra racionalidad. La plenitud jurídica, que es posible en la experiencia, sólo en el ser racional se puede dar. La personalidad jurídica es la capacidad para sostener y desenvolver el Derecho, y siendo los órdenes de éste muy varios, «puede decirse que en un mismo individuo hay tantas personalidades cuantas son sus fundamentales relaciones jurídicas, como miembro de su nación, o de su familia, o de una corporación, etc.» (1). Mas no sólo el individuo es persona, sino que también puede serlo un grupo de individuos, y en este caso nos hallaríamos ante la persona social, nombre que en vez de persona jurídica, por juzgar esta denominación equívoca, es la que acepta el Sr. Gíner.

La persona social se forma «por la unión de individuos que realizan por su cooperación orgánica una vida común, ora instintiva, ora reflexivamente, ya se propongan un solo fin, ya todos. Con estas condiciones constituyen una verdadera personalidad que tiene su propia realidad y unidad, su propio espíritu y conciencia común—el sentido de una familia, el espíritu de una corporación, la opinión pública, etc.—, sus fuerzas y medios de acción propios». Varias son las condiciones que se requieren para que nazca una persona social: pluralidad de individuos; convivencia o vida en común con objeto de realizar uno, o varios, o todos los fines de esta corporación, y organización para dichos fines. El fin es el que determina de un modo supremo la naturaleza de estos sujetos de derecho. (Véase para todo lo relativo al sujeto de derecho, «Principios de Derecho natural», pá-

(1) La teoría del sujeto de derecho da origen a infinidad de dificultades, técnicas muchas de ellas, que la índole y brevedad de este trabajo no permite desarrollar. El lector hallará un resumen del estado de la cuestión en E. Demogue, «Les Notions fondamentales du Droit privé», París, 1911, págs. 320 a 322, y Stammler, «Unbestimmtheit des Rechtssubjektes», Gies-sen 1907.

ginas 38-44 y 139-44; «Resumen», 84-109, y «Teoría de la persona social», págs. 1-31.)

Dos cuestiones capitales se discuten entre los juristas acerca de la persona social: la de la naturaleza del acto jurídico que la hace nacer y la de su realidad. Las conclusiones de D. Francisco coinciden en ambas cuestiones con las de uno de los más grandes juristas contemporáneos, Gierke. Antes que Gierke (el año 1873 en los «Principios», pág. 42) muestra claramente, aun cuando sin desarrollarlo, que nos hallamos distantes del contractualismo en el momento de dar vida a una persona social, y en la «Teoría de la persona social» (pág. 37 y s.) desenvuelve los supuestos que habían quedado allí meramente apuntados. La crítica del contrato, como principio jurídico explicativo de un orden de fenómenos esencialmente distintos, la había comenzado ya el Sr. Giner en su libro «Estudios jurídicos y políticos» (Madrid, 1875; los estudios son de fecha anterior); mas esa crítica culmina en la obra antes citada. El contrato descansa, desde su nacimiento a su disolución, en la pluralidad de los que toman parte en él, «en las partes, sin llegar nunca a establecer unidad real entre éstas, ni a formar, por tanto, de ella un nuevo ser»; en la persona social, por el contrario, lejos de afirmarse la sustantividad de las partes, lo que se afirma es la del todo, y esto, no siempre de un modo reflexivo e intencional, sino, a veces, sin intervención de una y otra, como ocurre mediante el nacimiento en una determinada familia. Se trata, pues, de una nueva categoría jurídica que Gierke ha designado con el nombre de acto unilateral social (*einseitiger gesamtakt*) (1).

(1) Véase, sobre esta cuestión, Gierke, «Theorie der Genossenschaft», 1887, capítulo I y el folleto «Das Wesen des Menschlichen Verbände» *passim*. Como resumen de las doctrinas contemporáneas, el libro admirable de G. Saleilles, «De la personnalité juridique», París, 1910, y como obra moderna y llena de novedad, que aplique al derecho público la crítica moderna del contrato, la ya citada de Hauriou, capítulo sobre la institución.

En cuanto a su realidad, el Sr. Giner, como muchos otros pensadores, por ejemplo, el ya citado Gierke, la afirma, y esta atribución no ha de entenderse en el sentido en que comúnmente se dice ideal, sino que se trata, según el Sr. Giner, de una realidad orgánica subsistente en sí misma, de una comunidad que, mediante la mutua cooperación de sus miembros para un fin, constituyen un propio organismo, un ser y una persona. Ser, «sustancia», dice, es todo término que tiene en sí mismo su propia realidad, no en otro, y la sostiene en unidad de principio en y para todas sus determinaciones. Las comunidades de individuos, añade, como la sociedad en cuanto tal, advienen personas, esto es, sujeto de pretensiones y obligaciones, porque existe una conciencia suya, un espíritu suyo, que se va formando mediante la compenetración de afectos, propósitos, pensamientos, lo que va haciendo nacer un fondo común, homogéneo de ideas, emociones y tendencias, que no es obra mecánica exclusivamente, sino producto además de una reelaboración que el ser social hace de todo ello en vista de su fin.

Este problema de la naturaleza real o funcional de la persona jurídica, tal vez no logre esclarecerse de no acercarlo al que en ella va implícito, el de la substancia, y determinar no sólo la esencia de las dos corrientes madres, Platonismo y Aristotelismo, sino además—y esta sería propiamente la labor del filósofo del derecho—determinar cómo estas dos posiciones radicales se han reflejado y han ido determinando las actitudes del pensamiento jurídico con respecto al problema que nos ocupa.

#### B) *La teoría del Estado.*

«Todas las personas rigen de un modo sustantivo un círculo de actividad jurídica, bien sea esta persona individual, ya sea social»; pues bien, para Krause, como para el Sr. Giner—de quien son las expresiones que antes cito—esto indica que dentro de este círculo la persona es Estado, porque esto y no otra

cosa significa íntima, esencialmente Estado: autarquía (1). Hoy no se aplica el nombre de Estado sino al Estado-social, o más concretamente, al Estado-nacional; mas en rigor éste no es sino una forma histórica y circunstancial de una serie que sólo puede culminar en el Estado Humanidad.

El Estado, concebido como unidad inmanente de todo círculo de vida, ofrécese con un hondo sentido humano, ideal y un valor categórico; no acontece así a menudo en la Filosofía del Derecho moderno, lo que se debe por lo común, primero, a que los sistemas de nuestra ciencia se han formado generalmente sobre la base del derecho privado, y segundo, porque se ha confundido el Estado con el aparato empírico, coercitivo, que representa, según la gráfica expresión del Sr. Giner, expresión que se ha divulgado en nuestra bibliografía jurídica, el «Estado oficial». El ejemplo tipo de ambos casos lo ofrece Kant: para él el derecho realmente originario natural, es el privado; el público, o dicho propiamente, el civil, es un derecho postrero, ideológicamente; es tan sólo un derecho de garantías del primero. Ahora bien, la concepción del Estado como Estado policía hace imposible una cimentación propiamente científica de la ciencia política.

Schuppe abunda en un sentido bastante análogo, pues identifica todos los valores jurídicos con el egoísmo, lo cual le lleva a considerar «que si todas las exigencias de la Ética fuesen llenadas sin excepción, o siquiera aproximadamente por todos los in-

dividuos... Derecho y ley serían superfluos y hasta absurdos... no habría Estados». Hay aquí una notoria confusión de conceptos que no es ocasión de señalar; mas, ¿en que se opone la existencia de una sociedad moral a que se celebren convenios de mutua ayuda, o se realicen sin convenios previos? Mientras haya sociedad humana habrá Derecho y Estado, por elevada, pura y noble que sea la vida espiritual alcanzada por la sociedad, porque Derecho y Estado son categorías de la vida humana, no de la vida imperfecta, sino de la perfecta y finita; es decir, *de la vida racional*. Stammler concibe de un modo categórico al Derecho, pero no al Estado, aun cuando explícitamente no lo diga (1).

Esta doctrina que ve en el Estado un hijo de la maldad - que a tanto equivale considerar que su función es coaccionar—arranca de las entrañas del cristianismo. No fué Abel, sino Cain, el decaído de la gracia, quien fundó la ciudad. La *Civitas terræ* se opone por San Agustín a la *Civitas Dei*, porque aquella es fruto del pecado original, y si quiere no ser su opuesta sólo tiene un camino, sometersele. En torno a esta concepción gira toda la política medioeval y aun la moderna en algunos pueblos. Frente a ella, como corriente paralela y permanente, se ofrece la que expone Protágoras en el diálogo de Platón y hace suya éste: la participación mediante un sentimiento, la justicia, en lo propiamente divino, hizo posible la ciudad. Esta nace, pues, para Platón, por el elemento divino inmanente en el hombre; para San Agustín, etc., por el elemento negativo de humanidad que el pecado trajo como consecuencia.

El Estado, concebido al modo que lo hace el Sr. Giner, no como creado por el Derecho

(1) Estas breves indicaciones sobre la Filosofía del Derecho en D. Francisco Giner, hechas con apremio de tiempo y espacio limitado, impiden ciertos desenvolvimientos, como sería en este punto el determinar el ascendiente que ha tenido esta doctrina del Estado-individuo en algunos anarquistas españoles, por ejemplo, en el recientemente fallecido Anselmo Lorenzo. No solo serán echadas de menos concomitancias, sino lo que es más importante, problemas trascendentales del campo jurídico. Debo decir al lector, en justificación de ello, que este estudio sólo trata de poner de relieve la línea envolvente de la sistemática del maestro.

(1) Véase Kant, «*Metaphysik der Sitten*», edición Vorländer, pág. 48; Schuppe, «*Grundzüge der Ethik u. Rechts philosophie*», 1881, pág. 276; Stammler, «*Wirtschaft u. R.*», 2.ª edición, pág. 80 y s., y «*Theorie der Rechtswissenschaft*», págs. 384, 423-81. Natorp también concibe Derecho y Estado como contingentes. Véase nuestro folleto «*El fundamento científico de la pedagogía social en Natorp*», 1911, pág. 41, nota.

mediante un acto reflexivo (contractualismo histórico y fenomenismo empirista) ni aun inconsciente y mecánico (Schelling y gran parte del sociologismo), ni hijo de circunstancias históricas pasajeras (Fichte, el anarquismo, el sindicalismo e infinidad de pensadores), sino esencial a lo humano, perenne, como lo conciben juristas de las más opuestas direcciones, por ejemplo, Duguit, Jellinek, Gierke (1), y órgano permanente para la realización del mismo, ofrécese de un modo singular en relación con el Derecho. El Estado es para el Derecho, no éste para aquél, y crea derecho vivo y vivido sólo en cuanto la conciencia del Estado, la unidad de éste, no sus órganos específicos de gobierno, acepta como Derecho lo que como tal se le ofrece. El Derecho, dice, y con él Costa, se da siempre de hecho *ad referendum* (2), y como Savigny, considera que debe nacer de las entrañas espirituales de la comunidad, ser fruto de la intimidad, en una palabra.

La sociedad no es para el Sr. Giner, en su relación con el Estado, la organización de la comunidad libremente determinada a su fin, en oposición a otro sistema de organización, el jurídico o coactivo, que es el que representa el Estado (Ihering); ni el conjunto de clases económicas, cuya evolución tiende a hacer de la más importante de estas clases, la industrial, la dominante en el Estado (Saint-Simon); ni una formación propia, constituida por un orden ascendente de esferas que van desde la familia hasta la sociedad, o sea,

(1) Va haciéndose una distinción en el seno del sindicalismo que no hizo el anarquismo por lo común, y es la diferenciación entre Estado y Derecho, mediante ella dejan a salvo el Derecho; un esfuerzo crítico, y quedará igualmente a salvo el Estado, aun cuando arrecien los golpes contra la forma histórica, circunstancial, de estar hoy organizado. Véase M. Leroy, «Le transformation de la puissance publique», 1907, *passim* y La Loi, 1908, capítulos I, X y XI. Como resumen sobre la cuestión acerca de la naturaleza del Estado, véase el capítulo que a esto consagra Jellinek, en su obra varias veces citada.

(2) Véase Costa, «La ignorancia de las leyes» (Manuales Soler).

el conjunto de los diversos géneros de comunidades constituidas por intereses personales de profesión, religión, etc., hasta llegar al Estado, llamado para vencer los obstáculos, mantener el orden y favorecer el desarrollo social, mediante la coordinación. Algo se asemeja esta concepción a la del Sr. Giner; esto obedece al conocido influjo que tuvo la doctrina de Ahrens en aquélla, que es de Roberto von Mohl (1).

La sociedad representa para el Sr. Giner el círculo donde de un modo total se encierran los fines varios de la vida humana; mas todos estos fines han menester condiciones para poder ser cumplidos, y la personalidad unificadora de estas condiciones, considerada en su momento autárquico soberano, es el Estado-social. Jurídicamente, Sociedad y Estado coinciden; cuantitativamente—llega a decir el señor Giner—, desde el punto de vista jurídico, son exactas. La sociedad tiene una actividad religiosa, artística, etc., que no es jurídica y no cae, por consiguiente, dentro de la esfera de acción del Estado; mas el aspecto jurídico de la vida religiosa, artística, etc., en una palabra, la faz jurídica de la sociedad, esa la abarca dentro de sí por entero el Estado poniéndose a su servicio.

¿De qué Estado hablamos al decir todo lo anterior? El Sr. Giner, en su análisis de la vida política, ha llegado a distinguir funciones y órganos en la vida del Estado como ningún otro jurista moderno. A la posición de Montesquieu y a la del doctrinarismo, su hijo, que exigía que cada poder realizase con independencia y plenitud una función del Estado, ha ido sustituyendo otra concepción que se acomodaba mejor a la realidad y a las exigencias de los ideales de nuestro tiempo. En los Estados Unidos, cuya Constitución se

(1) Véase Ihering, «Zweck im R.», vol. I, cap. VI; Saint-Simon, «Catechisme des industriels»; para la doctrina de éste y los publicistas franceses Fourier, P. Leroux, Proudhon, etc.; véase la preciosa antología de Bayet y Albert, «Les écrivains politiques du XIX. siècle»; Ahrens, «Enciclopedia», tomo I, página 155 y s.; Jellinek, ob. cit., págs. 102-104.



formó bajo el influjo de la teoría de los tres poderes, no pudo menos de producirse infidelidad para con el principio. Se trata de funciones, dice el jurismo moderno, no de poderes; funciones legislativas ejercen a veces los tribunales de justicia—el juez hace ley, dicen los ingleses—; judiciales, las ejerce a veces el Parlamento al convertirse el Senado en tribunal que juzga; legislativas las está ejerciendo todos los días el llamado poder ejecutivo.

Pero no conozco jurista alguno que haya puesto tan de relieve lo que queda por esclarecer y diferenciar, aun aceptada la distinción moderna entre poderes y funciones, a saber: cómo las funciones no se ejercen tan sólo por los órganos específicos de gobierno; cómo, de hecho, el acto jurisdiccional, por ejemplo, no lo ejercen tan sólo los magistrados y funcionarios *ad hoc*, sino la comunidad entera. La reprensión al que profiere palabras soeces o al que ejecuta públicamente actos que dañan a otro, la detención de un asesino, la intervención en una contienda, etc., son funciones de autoridad espontánea y libremente llevadas a cabo por quien no ha sido investido de un modo especial de *imperium*. Esta es la teoría que llama el Sr. Giner «la acción difusa», que es, a mi modo de ver, la teorización más honda, fuerte y rigurosa de cuantas son capaces de satisfacer lo que hay de científico en las exigencias políticas del anarquismo.

El error de éste, a juicio del Sr. Giner, consiste en no darse cuenta del carácter igualmente esencial que tiene la existencia de órganos específicos. La relación que existe dentro del Estado—y esto es lo que no ve el anarquismo ni el sindicalismo aún, a saber: que la organización anhelada por ellos es organización jurídica y política, es decir, estatista—entre la actividad general y la de sus magistraturas especiales «se deriva inmediatamente de su carácter orgánico». Aquélla, la actividad general, la difusa, «es primordial, superior e indivisible y a ella corresponde de-

terminar los fines, tendencias y proceso fundamental de sus aspiraciones; a las segundas, dar fórmula a aquella impulsión soberana y procurar cumplirla con sus diversos medios y por sus peculiares caminos».

Este sistema de órganos específicos constituye en el Estado lo que se suele llamar Gobierno y que el Sr. Giner ha denominado Estado oficial. La característica de la acción del Gobierno consiste en ser «intencional, artística, reflexiva, en oposición a la acción difusa, espontánea, que se engendra por la tácita cooperación de todos los factores y harto más segura en sus resultados, cual obra que son del todo mismo en su actividad primordial e indivisa y no de tales o cuales instituciones, en cuya acción intervienen siempre más o menos las ideas personales de sus depositarios».

Es incuestionable, pues, que el sujeto titular de la autoridad, del *imperium*, no es un órgano específico del Estado-social—como afirma casi todo el Derecho político alemán—, sino la personalidad una del Estado, todos y cada uno, aun cuando por exigencias orgánicas de la vida social se concrete y acentúe en individuos y colegios. Envuelve este criterio un hondo y radical sentido democrático en la actividad última y primera de la vida de gobierno, la función soberana de autoridad, la cual, de esta suerte concebida, destruye la distinción que se estima por muchos esencial a la existencia del Estado: la distinción entre gobernantes y gobernados; por ejemplo, Duguit, Natorp. Todos somos cosoberanos y todos autoridades legítimas que mutuamente debemos fiscalizarnos. Mas podría inducir a error una afirmación anterior si se generalizase, pues nada más contrario a la concepción del señor Giner que la aplicación del punto de vista democrático a la totalidad de la vida política. Lo que se llama democracia no es a sus ojos sino la organización reflexiva de un instrumento de gobierno: el Cuerpo electoral, el censo para el jurado, etc., no puede abarcar jamás al pueblo en su unidad, ni

es de apetecer, porque hay funciones de la vida del Estado estrictamente técnicas que sólo los técnicos pueden y deben desempeñar. Este es un punto de contacto del Sr. Giner con el moderno sindicalismo y una anticipación con respecto a éste, en la crítica sagaz y severa que de nuevo ha brotado, pero esta vez nacida de los que aman sus fines cuanto al modo como desempeña su cometido la democracia.

Era el Sr. Giner algo menos que entusiasta de la acción legislativa, en la que veía no más que un estímulo educativo y, por tanto, era enemigo de todo revolucionarismo, pues éste nace siempre de una confianza pueril en la acción de la ley. El renacimiento platónico de nuestros días en el campo político, ofreció a D. Francisco estos últimos años una autorizada apoyatura histórica para su doctrina antilegalista. Sabido es hasta qué punto Platón, en el libro IV de la República y en el Político, se muestra refractario a las leyes, por carecer éstas de la flexibilidad que exige el perenne fluir de la vida. Como Platón, creía igualmente D. Francisco en la manifiesta superioridad de un régimen de confianza sobre el actual sistema, que reposa todo él en garantías exteriores, las más veces ineficaces.

Llegamos aquí a un punto de hermenéutica legal en que se hallan frente a frente dos dogmáticas del derecho y dos visiones del mundo. Si la ley es uná norma de contenido preciso y rígido que va a garantizar de la arbitrariedad posible del juez, limitando los movimientos de éste y sus facultades discrecionales; si el gobierno de la ley es el apetecible y el que el nuevo régimen instaure, ¿cómo adecuar la ley a la individualización y peculiaridad de cada caso sin romper el sentido de la ley? Es ésta aquella dogmática racionalista, en que se afirma la preeminencia, el primado de lo genérico. Mas junto a ella se yergue aquella otra que afirma la santidad del caso jurídico y su carácter inasible para toda norma, por quedar aquél más allá de ésta, como la sombra, de nuestros pasos.—No es la

ley, se dice, la que ha de gobernar, sino la justicia, a la que la ley pretende servir, la que ha de prevalecer, y ésta exige, primero, que no enmascaremos la verdad: es el juez quien falla en definitiva según conciencia y es el caso concreto el que en cada momento se ofrece al enjuiciamiento. Esta dogmática es la dogmática libre y tiende a afirmar la supremacía de lo individual, de lo más íntimo y radical del espíritu y desemboca en esta afirmación: los hombres viviremos siempre abandonados unos a otros; el freno que buscamos sólo puede nacer de la intimidad de los corazones.

Escribe el maestro: «El interés que antes se ponía en las formas legales, por sí mismas, de cuya propia virtud substantiva se esperaba el fruto, se pone hoy en el hombre y su formación integral, en su disposición interior, en la amplitud de su horizonte, en la purificación y elevación de su ánimo, en la intensificación de su energía... Todo lo demás, constituciones, leyes, decretos—imperativos, en suma—, son, o creaciones y residuos históricos o condiciones, medios, que únicamente valen en cuanto pueden servir a aquel fin. Por todas partes esto es lo que se reclama: no nuevos reglamentos electorales, sino electores de alma nueva; mejores magistrados, no una mejor reorganización de los ministerios o los tribunales. Renace a su modo la idea del Estado platónico. Al gobierno impersonal del hombre por la ley, que al más grande filósofo del siglo XVIII parecía la fórmula suprema de la objetividad y de la razón, contra el arbitrio indefinido del sujeto, sucede el gobierno del hombre por el hombre, no ciertamente como tal, sino como órgano más fiel y vivo de las cosas» (1). Pero, si así es, ¿qué queda del régimen jurídico?

(1) Para todo lo relativo a la teoría del Estado en el Sr. Giner, debe consultarse: «Resumen», págs. 347-70; «Teoría de la persona social», estudios sobre «El Estado de la persona social», «El individuo y el Estado» y las «Observaciones» a partir de la pág. 369. Muchos de estos puntos de vista han sido desenvueltos por el Sr. Posada en sus obras sobre Derecho político

## CONCLUSION

## EL DERECHO Y EL EVANGELIO DE LA CONDUCTA

Queda íntegro y en su pureza porque, para la escuela a que D. Francisco Giner perteneciera, el derecho dista mucho de estar representado por la técnica legalista. «Todo lo que es deber, escribe Krause, en tanto que es una condición esencial a la vida, es al propio tiempo un derecho» («Das System», página 197), y como las condiciones que necesito para realizar mi fin han menester, para que me puedan ser dadas, de la colaboración de los demás, la Humanidad queda prendida idealmente en la red espiritual del derecho. «Todos los hombres dice Röder —han de encontrarse forzosamente cuando su conducta se enverede hacia la religiosidad, la moralidad y la justicia («Naturrecht», pág. 72), y D. Francisco Giner escribirá aquí y allí: Cuantos seres racionales hay «tienen derechos respecto de nosotros, y en su virtud, estamos obligados a ejecutar libremente los actos buenos que interesan al cumplimiento de sus fines legítimos; obligados jurídicamente estamos a cuidar al loco, a educar al niño y al culpable. De aquí nace el orden jurídico relativo al mutuo auxilio y asistencia reci-

y Sociología. En lo que respecta a la ley, habrá de consultarse su comunicación al Congreso para las ciencias, celebrado en Zaragoza en 1908, con el título «Sobre el concepto de la ley en el Derecho positivo», de donde hemos tomado el párrafo que acabamos de transcribir. Acerca de este mismo asunto véase el libro del Sr. Dorado Montero, «Valor social de leyes y autoridades» —cuya tesis y argumentación tanto interesó a algunas grandes figuras de la izquierda francesa, por ejemplo, el citado M. Leroy—y su espléndida obra «El Derecho y sus sacerdotes», 1909, donde rectifica muchos de los puntos de vista anteriores. Acerca del problema que tanto atrae la atención de todos los juristas: el de la libre interpretación, véase el libro en que se revela la crisis del pensamiento francés, Geny, «Methodes d'interpretation et sources en Droit privé positif», París, 1899, y su discurso en Dijon en 1901, «La notion de Droit positif a la veille du xxe siècle». La bibliografía alemana es abundantísima, véase Kantorówicz, «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», 1906; Bozi, «Die Weltanschauung der Jurisprudenz», 1907; Martín Beradt, «Der Richter», 1909. (De la colección *Die Gesellschaft*.)

proca que se deben los hombres, y se lo deben en la medida de su poder, de su riqueza, de su ciencia, de su virtud, de su educación. Todo esto constituye el derecho de asistencia recíproca, dentro del que caben tantas esferas cuantos son los fines de la vida: asistencia moral, científica, estética, religiosa.»

Este lector, es el derecho que el maestro muerto predicó y vivió; un derecho que forma parte del evangelio de la conducta y que aspira, al teñir de justicia toda acción, a que, al desembocar éstas en la historia, vayan depuradas por el derecho. ¿Será este el evangelio jurídico del futuro, como afirma Röder?

F. de los Ríos Urrutl.

Granada, Abril, 1915.

## La clase de Don Francisco.

## Recuerdos de un discípulo.

Desde 1894 hasta 1901 —ocho años académicos— asistí, con mayor o menor asiduidad, a la cátedra de Filosofía del Derecho de don Francisco; en ella, hacia el centro de este período, que fué el de mayor frecuentación, preparé y construí bajo su guía y con la vaga, amorfa colaboración de los compañeros de entonces, un libro cuya buena fortuna debo atribuir al ambiente feliz en que fué concebido. Aquellos tiempos no están muy distantes, en realidad, de los momentos presentes; pero de improviso, la muerte de D. Francisco los aleja extraordinariamente, colocándolos en un plano de lejanía sin fin, inasequible.

Voy a recordarlos ahora a instancia de los editores de la REVISTA DE DERECHO PRIVADO, como sólo se recuerdan las cosas de la niñez: en un estremecimiento de conmovida ternura por los pequeños acontecimientos, los sucesos menudos, las emociones diarias que formaron el fondo de nuestra pobre personalidad, sobre la cual tantas cosas han pasado después que nos hacen compadecerla.

Por aquella época, la cátedra de Giner no era obligatoria. Formaba parte de los estudios del doctorado en Derecho con carácter

electivo entre otro reducido número de enseñanza. Así, eran muy limitados los alumnos que acudían a ésta; los más, formados tiempo atrás en la Institución Libre de Enseñanza o influidos por ella; algunos, ajenos por completo a la carrera del Derecho, y, por supuesto, todos sin ánimo de examinarse, sabiendo que el maestro no examinaba jamás y que, por otra parte, su asignatura no era de aprobación obligatoria. Recuerdo ahora el caso insólito de un maniático de los exámenes y las notas, para el cual hube de improvisar, por encargo del maestro, un programa único, todo él de materias penales, con arreglo al cual se examinó ante un tribunal, en que, naturalmente, no figuraba D. Francisco. Era un sacerdote, el P. Marcos. Seguramente ha muerto ya, tal prometía su pobre juventud; pobre, a la vez, pobrísima, orgánica y económicamente. Nuestro hombre añadió a su archivo secreto una papeleta más de sobresaliente, y aun recuerdo cómo, a nuestro pesar, nos agasajó en su cuartito interior de la calle de Pizarro a algunos contados compañeros.

Como el auditorio era, pues, escaso, la clase se daba en un local pequeño: el antiguo decanato de la Facultad de Filosofía y Letras, hoy convertido en aula. La sala tenía un aspecto de agradable intimidad. En las paredes había algunos viejos lienzos encuadrados en molduras doradas. No puedo acordarme sino de una Anunciación y de un retrato de Isabel II, joven. Había una chimenea con sus candelabros de bronce sobre la lápida de mármol. Había también una gran mesa cubierta, tras la cual el sitial abría sus amplios brazos. Pero, claro está que jamás D. Francisco le ocupaba. Bastábale una de tantas sillas de madera que acercaba a uno de los lados de la mesa, para depositar sobre ésta los papeles. La pieza tenía un balcón al patio, y como las reuniones eran a media tarde, estaba siempre en una suave media luz y en un discreto silencio.

La clase era alterna, y cada uno de los tres días semanales solía dedicarse a un asunto

especial que sugería el maestro o que interesaba a alguno de los alumnos. De ordinario, estos asuntos versaban sobre cuestiones metodológicas, cuando no eran de un carácter sumamente amplio, capaz de procurar una orientación general en las ciencias jurídicas. Cuando yo llegué a la clase de D. Francisco, uno de los días se dedicaba a la lectura y crítica de los artículos sobre las reglas del método sociológico que publicaba por entonces E. Durkheim en la *Revue Philosophique*, y que aquel mismo año se coleccionaron en un tomo de la Biblioteca Alcan, con el propio título. Otro día, se hablaba de las nuevas teorías de la criminalidad; asunto que llevaba un desgraciado joven extremeño, enfermo más de veinte años hace, clavado en el lecho por una de las más crueles y profundas formas de neurastenia. Ya al siguiente año, yo le sustituí en este asunto, interesado en los estudios criminológicos desde que cursé el Derecho penal. Por último, el tercer día se reservaba al estudio de la evolución socialista. Después, uno de los temas que más y mejor se trabajaron en la cátedra de D. Francisco Giner, fué el origen y las formas de la teoría dualista en la Filosofía del Derecho. Aquí se distinguió el actual catedrático de Psicología del Instituto de Tarragona, Martín Navarro, que resumió la labor de algunos cursos en unos artículos muy estimables. La distinción entre el Derecho público y el Derecho privado se intentó resolver otra de las veces.

La clase comenzaba con la lectura del diario del curso, llevado por los alumnos. Era simplemente una cuartilla; a veces menos, algunas líneas; pero su redacción era siempre un ejercicio laborioso para aquel a quien le tocaba. Acostumbrado a ver deshechas, una por una, las afirmaciones que se había permitido hacer, el alumno adquiría pronto una cautela, una reserva, una prudencia peculiares, que constituyen uno de los estigmas más aparentes de los discípulos de D. Francisco Giner. Los «tal vez», los «acaso», los «quizá»

son modismos, especie de «tics» verbales, semejantes a algunas actitudes, gestos y entonaciones que se observan en cuantos, estando a menudo cerca de él, hubieron de sufrir su poderosa sugestión personal. En la juvenil inconsciencia de aquellos tiempos, no sé si alguno llegamos a escribir: «Como el hombre acaso es mortal...», «como el hombre quizá yerra ..» Otra cosa que aprendía pronto el alumno: penetrar en el pensamiento de los autores, resolviendo las aparentes contradicciones y antinomias; esquematizar en breves palabras las teorías, relacionando unas con otras en las diferentes relaciones de genealogía, de semejanza, de diferencia. Para esto servíannos de constante modelo las breves notas en que D. Francisco resumía sus lecturas; verdaderas instantáneas críticas reducidas. Eran, no ya cuartillas, octavillas, pequeños fragmentos de papel, a veces sin desbarbar, escritos en estilo telegráfico, con frecuentes abreviaturas que aprendíamos a descifrar en breve. Don Francisco ha escrito notas de éstas dondequiera y a todas horas: en el campo, en la calle, en el lecho.. Hasta muy cerca de la muerte. La última de ellas, que el Sr. Cossío nos leyó una noche, comenta e interpreta la página en que Maeterlink describe el vuelo nupcial de la abeja reina. ¡Cuán en breve el alma reina del maestro volaba en la clara senda sin fin, de que nos habla el poeta Antonio Machado, su discípulo!

Leído el diario, comenzaba la investigación. Se ha dicho que D. Francisco practicaba en su clase el método socrático, es decir, el diálogo, o mejor, la conversación con los alumnos. Conviene, no obstante, una aclaración. La indagación, que comenzaba, en efecto, así, solía concluir en un largo monólogo del maestro. En los primeros minutos, el diálogo se desenvolvía entre la timidez del alumno y la expectativa del maestro, siguiendo y corrigiendo las desviaciones. Todo tenía un carácter de indecisión, de vaguedad indefinida. Poco a poco la situación se modificaba. Habíase llegado al buen camino y se marchaba

por él, paso a paso. El alumno cobraba ánimos y en el maestro el pensamiento poderoso palpaba ya, vibrante en la palabra. De improviso, sin advertirlo nosotros, llegábamos a tocar un punto crítico. Entonces terminaba la conversación y comenzaba el monólogo, quizá por el resto de la tarde. Este momento se señalaba por un movimiento seguro. El maestro, que hasta entonces había permanecido sentado, en una actitud a menudo fatigada, de cansancio, se levantaba con la inquietud de su vida mental revelándose en el movimiento y en el gesto. La brevedad de la habitación impedía el menor paseo; pero ni siquiera aprovechaba él, para bosquejarle, el pequeño espacio libre que dejaban la mesa y los bancos de los estudiantes. En pie, ligeramente apoyado sobre la piedra de la chimenea, D. Francisco comenzaba a pensar en alta voz, con la misma libertad, con la espontaneidad entera que tuviera pensando para sí, solo, en la obscuridad y en el silencio. Estas dos condiciones exteriores llegaban siempre en tales momentos. La tarde moría fuera; y aun estando en una habitación interior, hasta allí llegaba la sensación, la presencia del crepúsculo vespertino: hora intelectual, sentimental, inquietadora, que eleva nuestra temperatura hasta tocar el umbral de la fiebre y alumbra en el espíritu lejanías extrañas. La habitación se sumía en la sombra, brillando abajo las ascuas encendidas en el hogar y arriba, en los muros, el oro de las molduras de los cuadros. Sigilosa, religiosamente, alguno de nosotros se levantaba a encender las bujías de los candelabros sobre la chimenea. La fina, la querida cabeza de don Francisco, adquiría entonces, a contraluz, un cierto nimbo radiante, propio de santo y de sabio.

Cuando estas imágenes vuelven ahora ante nosotros, nos amarga, no ya sólo la certeza de que no se renovarán más para nosotros ni para nadie, sino también la sospecha destructible de no haber sabido gozar ni estimar, ni aprovechar bien, hacia los ligeros veinte

años, aquellas horas inolvidables. Como nuestra alma, el alma de cada cual, no es, desde cierto punto de vista, más que una colección de imágenes, cuando yo quiero ahora representarme estas horas de clase, estos momentos asistiendo al pensar en alta voz de don Francisco, no puedo imaginarme aquel flujo verbal, expresión de estados de espíritu sugiriendo otros equivalentes, sino como una alta y clara fuente manando en generosa abundancia inagotable. En la clase de D. Francisco, la investigación no marchaba, rígida y dura, encarrilada en un programa. Libre, variable, ondulante, dispersa, caprichosa, con toda su inquietud mental, con su abundancia de asociaciones y digresiones, determinada por una enorme y complejísima cultura, semejaba, volviendo a la imagen anterior, el arroyo salido de la fuente, fluyendo en el campo quebrado. ¡Arroyo de la Majadilla, con tus pequeños meandros encajados, tus bifurcaciones, tus afluentes, tus accidentes todos, resultantes de la leve, tenue naturaleza del agua sobre la aspereza y dificultad de la roca, me eres más grato ahora recordándome el pensamiento del maestro, ante el cual callábamos todos encantados, lo mismo que ante la canción eterna de ti y de toda agua corriente! A menudo, cuando el entusiasmo por la idea querida o la crítica de los errores, las vulgaridades y los convencionalismos le apasionaban, el arroyo sonaba como torrente y salpicaba efervescentes espumas... Más tarde, cuando sonaba la hora límite de la clase y llegaba el momento de resumirla, el agua se remansaba clara, fría, serena, dejando ver bajo el cristal la profundidad enorme de la sima.

Así trabajaba el maestro en clase, y sobre nosotros—cantos rodados en el álveo—pasaba la corriente pulimentadora.

Constancio Bernaldo de Quirós.

Acompaña a este número un retrato de don Francisco Giner de los Ríos, impreso separadamente en papel cuché.

## Jurisprudencia canónica sobre matrimonios.

**S. Rota Romana.**—*Asculana in Piceno* (dióc. de Ascoli Piceno, en Italia). *Nullitatis matrimonii* (entre Santiago y Silvia, *Angelini*), 28 de Mayo de 1909.

*Historia del pleito.*—Por la oposición de los padres del novio, Santiago Angelini y Silvia Angelini, de diez y nueve y treinta y siete años, respectivamente, presentáronse con dos testigos en la sacristía de San Venancio delante del párroco que se disponía para celebrar, el 12 de Junio de 1897, a contraer el matrimonio de sorpresa. Arrodiada Silvia a los pies del párroco, Rafael Cori, dijo: «Este es mi marido.» Si Santiago significó su pensamiento, o si, cuando menos, lo entendió el sacerdote, se verá después. Lo cierto es que el párroco reprochó a Santiago su mal proceder, y salido el matrimonio de la sacristía se fué de viaje a Roma, donde vivieron como casados, si bien no celebraron la ceremonia civil (1), ni consta hubiesen fruto de tal comercio.

Vueltos a Ascoli, Santiago fué llevado al establecimiento correccional por su madre, y allí se arrepintió del mal paso dado. Interin su madre pidió a la Curia eclesiástica se declarase nulo el matrimonio de su hijo por falta de consentimiento, y mientras se tramitaba el proceso (unos nueve años), Silvia casó de nuevo por lo civil. El 18 de Septiembre de 1906 declaró el Ordinario de Ascoli Piceno *non constare de validitate matrimonii initi die 12 Junii 1897*. De esta sentencia interpuso apelación el defensor del vínculo el 26 de Septiembre, y la Rota Romana la estudió bajo esta duda: *an constet de matrimonii nullitate in casu*.

*Cuestión de hecho.*—Todo el punto de la cuestión de hecho está en averiguar si Santiago, de palabra u otra manera sensible, manifestó su pensamiento de casarse, *praesente parochi* (2), y éste lo entendió o de otra manera lo percibió conforme al capítulo tridentino *Tametsi* (ses. XXIV, *de ref. matrim.*) Para saber cómo pasó la cosa apelemos primeramente al testimonio del párroco, el que ha de dilucidar y dirimir la controversia; pues el párroco es tenido como testigo de oficio y calificado, testigo autorizabile para la Iglesia, testigo mayor de toda excepción, testigo en cuya autoridad mucho

(1) En Italia tienen mandado los católicos cumplir con la ceremonia civil antes o cuando menos después de celebrado el matrimonio canónico.

(2) El matrimonio *de sorpresa* era válido antes del **NE TEMERE** (19 Abril 1906); hoy día sería ciertamente nulo (vide pág. 19 de esta REVISTA y tomo).

se fía el derecho, tanto que «defectus aliorum testium supplet auctoritas parochi», al decir del celebradísimo canonista Sánchez. Esta autoridad que el Derecho presume en el párroco recibe nueva confirmación por lo que a D. Rafael Cori se refiere; quien por la honestidad de vida y edad madura es llamado *venerable sacerdote* por su Ordinario.

Pues bien, el párroco atestigua, bajo juramento: «Estaba en la sacristía revistiéndome para celebrar. Oí un ruido de gente, vi a Silvia adelantarse con dos personas, y puesta de rodillas, dijo: *Señor párroco, éste es mi marido*. Miré de la otra parte y vi a Santiago, a quien dije: *¿Qué hacéis, y para qué has venido aquí?* Confuso y sin decir palabra se marchó. Excluyo que Santiago me tocara la espalda ni me dijese palabra alguna antes ni después de Silvia, y no advertí que moviese los labios para hablar o hiciese otra señal; empero comprendí que habían venido a casarse.»

De las palabras transcritas se desprende: 1.º Que Santiago no manifestó su consentimiento ni de palabra ni de obra por señal alguna, *praesente parochi*, o cuando menos de modo que éste se diese cuenta de él; 2.º Que Santiago no externó su consentimiento, porque el párroco le increpó el mal proceder, como era su deber, y así estorbó la manifestación de su voluntad; 3.º Que el párroco no sólo no entendió las palabras y consentimiento expresados acaso por Santiago, pero ni se dió cuenta alguna de ello; y esto no precisamente por algún defecto físico, ni porque afectase ignorancia o distracción, sino porque impidió que Santiago lo manifestase en ningún modo.

Nada obsta el que «comprendiese D. Rafael que los novios habían ido a casarse», porque la presunción o conjetura y aun certeza moral que el párroco pueda formarse de los antecedentes, consiguientes o acompañantes de los prometidos no es suficiente conocimiento para actuar de testigo calificado en la celebración del matrimonio; pues todo esto podía revelar el pensamiento en ellos de contraerle, pero no el hecho de celebrarlo, y tanto dista lo primero del segundo como el pensamiento de la obra externa, y el párroco ha de testificar el hecho mismo sensible de la celebración del matrimonio.

Veamos si el testimonio de los concurrentes al acto hace flaquear el del párroco. Comenzando por el propio Santiago, declara: «Me parece que al entrar en la sacristía di los buenos días al párroco. Entre tanto, dijo Silvia... Pero no recuerdo si yo repetí: *Esta es mi mujer*, porque estaba muy afectado. Es cierto que el párroco comenzó a reprenderme, pero no recuerdo si yo dije: *Lo que he hecho está hecho, y me está bien*. Puede que dijese: *Esta es mi mujer*, mientras el párroco voceaba.»

Resulta que el testimonio de Santiago confirma la atestación de D. Rafael, pues afirma: 1.º, no tener conciencia de haber expresado su consentimiento; 2.º, lo excluye categóricamente antes que hablase Silvia, y 3.º, aunque Santiago conjetura si lo expresó mientras hablaba el párroco, también aparece claro que éste no lo pudo entender, ya por ser teniente de oídos, ya porque levantó mucho la voz.

Silvia atestigua sin rebozo ninguno que Santiago manifestó el consentimiento antes de ella; pero ello está en abierta oposición con la deposición del consorte y otro testigo de vista—, es contrario a otras de la propia prometida—, y durante la tramitación del juicio se unió con otro civilmente. Los testimonios de los dos testigos del matrimonio de sorpresa y parientes de Silvia pecan de sospechosos por el parentesco, y porque son contrarios en sí mismos y comparativamente con los del otro. En cambio, otros dos testigos, presentes al acto fortuitamente y extraños al asunto, afirman no haber oído a Santiago palabra de consentimiento ni otra señal alguna, y que el párroco se felicitaba de haber hablado en sazón que estorbaba al novio expresar su pensamiento.

Los testigos de vista en el presente matrimonio de sorpresa robustecen el testimonio del párroco, quien confirma prácticamente su aserción no registrando el matrimonio; de suerte que Silvia exhorta a Santiago a celebrarlo de nuevo al decir al párroco: «Lo faremo una altra volta». De los once testigos de oídas, ocho confirman totalmente la declaración del párroco y tres declaran haber manifestado el novio su consentimiento. En conclusión, resulta no haber expresado Santiago su intención de casarse delante del párroco, o, si la expresó, éste no lo percibió por la sordera, de la que adolecía bastante, según afirman contestes cuatro personas. Así definidos los puntos *del hecho*, que motivó la discusión, el

*Terreno del derecho* resulta más expedito. Porque declarando el Concilio de Trento nulo e írrito el matrimonio no celebrado ante el párroco propio y dos testigos más, y exigiendo el Derecho natural consentimiento simultáneo y recíproco de los esposos, *externado* en algún modo, sin que baste el interno siquiera mutuo; es fuerza concluir que fué nulo el matrimonio supuesto entre Silvia y Santiago, como quiera que éste no reveló a la otra parte su consentimiento, o, si le expresó, no le manifestó al párroco y cuando menos éste no se dió cuenta de él, sea por la causa que se quiera. Pues la presencia del párroco, requerida por el Concilio de Trento, no es meramente la corporal, mecánica e inconsciente, sino que es necesaria la moral o

humana, esto es, que advierta y se dé cuenta y entienda lo que se hace en su presencia: *non enim censetur jure praesens, qui non adest more humano intelligens et advertens quid agatur* (l. 209, ff. de verbor. signific.) (1).

Aquilatando aun más el caso y supuesto que haya alguna duda sobre si Santiago expresó el consentimiento en presencia del párroco, o si éste lo entendió, ni siquiera en este caso podría sentenciarse la validez del cuestionado matrimonio, no obstante la presunción de derecho, *in dubio standum est pro validitate matrimonii*. Porque si es justo apartarse de la transcrita presunción cuando la duda versa sobre el hecho fundamental del mismo matrimonio (cual es cierta e indiscutiblemente el que mira su celebración), conforme al decreto del Santo Oficio de 18 de Diciembre de 1872: con mayor razón será permitido apartarnos del alcance de la susodicha presunción en el caso presente, cuando las razones de dudar sobre la insubsistencia y ausencia del matrimonio jurídico son tan fútiles y tenues como en nuestro caso. Además, que siendo la presunción un favor del Derecho, no es justo tenga su razón y fundamento en un hecho gravemente prohibido por la Iglesia, pues según el autorizadísimo decretalista y competentísimo en asuntos matrimoniales, Sánchez (*de matr., lib. III, disp. XLV, n. 1*): «Jus praesumit contra illum qui adversus iura nititur», axioma deducido de la regla 82 *in 6.º Decretalium*. Y lo confirma el sabio Cardenal De Lugo en su áureo tratado (*De jure et justitia, XXII, n. 24*): «Que si bien la causa del matrimonio es en sí favorable, pero el matrimonio clandestino, cual es el celebrado sin las proclamas y resistiéndose el párroco, no puede invocar la tutela y favor que el Derecho concede en general a este sacramento.»

Pero aun cuando transigiéramos en que la voluntad de casarse Santiago, externada delante del sacerdote por éste, fuese probada por dos personas fidedignas contestes— como la presencia del párroco en la forma explicada se requiere como forma, substancia y solemnidad de la que brota la vida jurídica del matrimonio canónico, y la forma y substancia es tal, *quae per aliud suppleri nequit*—,

(1) Más claramente se expresa en otra parte el Derecho romano al decir: *Coram aliquo facere aliquid iussus, debet id facere eo sciente et intelligente*; pero *non tamen exigitur ut id faciat eo volente*. Así *dormiens, praesens esse non intelligitur*; lo propio se ha de decir del sordo y ciego, del loco, demente, etc. En resumen, para la presencia jurídica del capítulo tridentino *Tametsi* bastaban el *corpus* (percepción sensual del consentimiento matrimonial) y el *animus* (advertencia intelectual).

tendríamos que, así como la presencia del párroco y testigos no puede suplirse de otra manera, tampoco cabe subsanar el testimonio deficiente o ausencia jurídica del párroco respecto de uno de los esposos por otros testigos que afirman lo contrario.

Vistas las cuales cosas, *tum quoad factum tum quoad ius spectat*, declaran y sentencian los firmantes: *constare de matrimonii nullitate in casu*, dividiendo equitativamente las costas entre las partes; y así mandan a los Ordinarios que se ejecute esta sentencia. — Juan Prior. — Luis Sincero, Ponente. — José Mori.

Francisco de Orue,  
Misionero del Corazón de María.

## Jurisprudencia del T. S.

### A. — CIVIL

#### I. — CAPACIDAD Y FAMILIA.

1. **Capacidad de la mujer casada para contratar préstamos con garantía de sus parafernales.** — Imprevisto, en términos concretos, aparece en nuestro C. c. el caso de que la mujer casada que litiga contra su marido, por razón de divorcio, necesite levantar un préstamo para atender a los gastos que el litigio le ocasione y a los de sostenimiento de su casa.

¿Qué medios posibilitarán esta operación, supliendo la falta de licencia del marido y capacitando a la mujer para la celebración válida de tal contrato?

El art. 61 del C. c. prohíbe a la mujer casada, sin licencia o poder de su marido, enajenar sus bienes ni obligarse en todo caso; y el 1.387 exige la misma licencia marital para que la mujer pueda enajenar, gravar o hipotecar sus bienes parafernales; permitiéndole sólo suplir la falta de tal licencia por la *habilitación judicial* para litigar sobre dichos bienes. Pero este no es el caso discutido; porque aquí no se trata de litigio sobre los parafernales, sino de su gravamen, para atender a los gastos de otra clase de litigio y a los de la casa y familia de la mujer.

Es más; según la doctrina de la Dirección general de los Registros, los arts. 61 y 1.387, citados, del C. c. han derogado la disposición del Código de Tortosa, según la cual la mujer podía disponer de sus bienes parafernales sin licencia de su marido (Res. de 28 de Noviembre de 1898); lo que concuerda con otras resoluciones de la misma Dirección, que declaran aplicable a Cataluña el artículo 1.387 citado. (Res. de 26 de Abril y 12 de Septiembre de 1901.)



Si acudimos al art. 188 del mismo C. c. encontramos que la mujer del ausente, mayor de edad, tiene plena capacidad para «disponer libremente de los bienes de cualquier clase que le pertenezcan»; lo que sin duda quiere también decir que tiene facultades para hipotecar libremente sus parafernales.

Mas podrá equipararse la situación de la mujer que litiga contra su marido a la del ausente, en orden a la imposibilidad de obtener de él autorización para gravar sus bienes propios, en caso de convenirle?

Entendemos que es exagerado equiparar por analogía ambas hipótesis; y para creerlo así nos fundamos en el contenido del art. 1.444 del citado Código, que creemos aplicable al caso actual. Según este artículo, en caso de separación de bienes entre los cónyuges, la mujer no puede enajenar ni gravar durante el matrimonio sus bienes propios libremente, sino obteniendo *autorización judicial*. Y la razón de subsumir nosotros el caso planteado, bajo la prevención de este artículo, la encontramos en que uno de los motivos que provocan el régimen de separación de bienes de la sociedad conyugal, según el art. 1.433, lo constituye aquel en que el cónyuge del demandante haya *dado causa al divorcio*, que es ante el que nos encontramos.

La mujer, pues, en tal caso, debe obtener, para gravar sus parafernales con hipoteca en garantía de un préstamo, *autorización judicial*.

No hay, pues, que recurrir al art. 1.995, número 4.º de la L. E. C., en relación con el 1.387 del C. c., para resolver el problema; sino que, por analogía o, mejor, por recta interpretación sistemática de las disposiciones del C. c., se llega a ese resultado, a virtud de la indagación que dejamos enunciada.

En aquel defecto incurre la sentencia de 13 de Febrero último, que resuelve el caso como uno de los en que se exige *habilitación judicial* previsto en el núm. 4.º del art. 1.995 de la L. E. C., o sea, con el fin de evitar a la mujer los *perjuicios* que le irrogaría la falta de habilitación. Este razonamiento es inexacto, porque el precepto citado de la ley rituaría alude a los perjuicios que se causarían «de no *promover la demanda* para que se pide la habilitación», y aquí la mujer no tiene que promover demanda alguna, sino atender a los gastos del litigio comenzado y en curso, y, además, a los de sostenimiento de su casa; no existiendo por ello paridad entre el precepto y el hecho.

En cambio, el art. 1.444 del C. c. en su apartado 2.º dispone que la autorización judicial, necesaria a la mujer, según su primer apartado, se le otor-

gará siempre que se justifique la *conveniencia o necesidad* de la enajenación o gravamen, lo cual es lo que aquí acontece.

Por último, también diferimos de la doctrina de la citada sentencia en cuanto declara que la habilitación judicial que debe pedir la mujer se obtendrá por los trámites establecidos para los incidentes, de acuerdo con el art. 1.999 de la L. E. C.— lo que no excluye que se recurra a los del juicio declarativo de mayor cuantía, «puesto que éste ofrece mucha más amplitud y solemnidades que los incidentes»—; porque como, a nuestro juicio, lo que la mujer debe obtener es autorización judicial, basta para ello con recurrir a los trámites de los artículos 2.011 y siguientes de la L. E. C., que establecen el procedimiento para obtener la enajenación o gravamen de bienes de incapacitados. La mujer, que no puede gravar por sí sus bienes, se encuentra incapacitada para el ejercicio de sus derechos dominicales; y aun cuando aquellos trámites formen parte de la jurisdicción voluntaria, son perfectamente aplicables al caso discutido, en el cual el marido no formuló oposición al gravamen solicitado por su consorte.

2. Régimen de separación de bienes matrimoniales.—¿Procede, con arreglo a él, la reclamación de «*litis expensas*», cuando los cónyuges litiguen entre sí?— En capitulaciones matrimoniales declaró el presunto marido que «por el inmenso cariño que profesaba a su futura esposa» renunciaba a la sociedad de gananciales, estableciendo los cónyuges el régimen de separación absoluta de bienes. Intentado el divorcio por la mujer, fundada en los malos tratos que recibía de su marido, reclamó éste *litis expensas* para litigar con su mujer, oponiéndose a su depósito y al divorcio.

Con razón el T. S. denegó esta pretensión, porque, como dice la sentencia de 13 de Febrero, renunciada por los contrayentes la sociedad de gananciales, y establecido el régimen de separación, no hubo bienes de la sociedad conyugal, perteneciendo a la mujer todos los suyos en concepto de parafernales, los cuales no responden de las obligaciones privativas del marido, y mucho menos cuando éstas son originadas por pleitos que no redundan en provecho de la familia, cualidad que, según el art. 1.386 del C. c., deben tener aquéllas para poder ser hechas efectivas con los frutos de los parafernales.

Esta sentencia confirma la reiterada jurisprudencia del T. S., según la cual, el abonar los gastos y facilitar los recursos necesarios para la legítima defensa de los derechos de la sociedad conyugal, en las causas o pleitos que un cónyuge deduzca contra el otro o ambos entre sí, sólo procede

tratándose de la existencia del régimen de gananciales, con arreglo al núm. 1.º del art. 1.408 del Código civil.

3. Los preceptos del C. c. acerca de la sociedad de gananciales rigen en Tarragona.—Efectos de la disolución de la sociedad de gananciales, en orden a la inclusión en inventario de las donaciones hechas por el padre a uno de sus hijos para su colación.—La sentencia de 17 de Febrero declara que «aun cuando en el derecho general de Cataluña no existe la sociedad de gananciales, por excepción y costumbre reconocida y de siempre aceptada en el campo de Tarragona, la sociedad matrimonial se constituye y tiene efecto mediante la sociedad de gananciales, que una vez pactada se rige y está en absoluto sometida a los preceptos para ella determinados en la legislación común.»

De aquí deduce que los arts. 1.418 y 1.419, ap. 2.º en relación con el párrafo 2.º del art. 1.418 del C. c. son aplicables a Tarragona, por lo que se refiere a la obligación de colacionar las donaciones hechas por el padre a uno de sus hijos, cuando haya motivos para presumir que son fraudulentas.

La doctrina de esta sentencia es muy interesante, porque la declaración categórica que contiene de venir por costumbre, de «siempre aceptada», rigiendo en Tarragona, la sociedad de gananciales, regida y sometida en absoluto a los preceptos de la legislación común, es completamente nueva, a nuestro juicio y según nuestros datos, en la jurisprudencia del T. S.

Hasta ahora sabíamos que en el campo de Tarragona—y según Brocá y Amell (1) en otros puntos fuera de él, como Reus, Falset, Vendrell, Gandesa y Montblanch—existía la costumbre, mencionada por Cáncer, de asociar el marido a la mujer en las compras y mejoras, constituyendo la asociación o acogimiento a compras y mejoras; pero según la generalidad de los tratadistas, y entre ellos Gutiérrez (2), La Serna (3) y Sánchez Román (4), esta asociación difería en varios puntos, que no son del caso—y entre ellos por su extensión—, del régimen de la sociedad de gananciales, no pudiendo, por tanto, decirse que pudiesen aplicarse a regir aquélla los preceptos relativos a ésta de la legislación común.

Sin embargo, posteriormente, la Dirección general de los Registros, en una importante Resolución de 30 de Junio de 1892, declaró, dando un paso de gigante, que reputándose sociedad legal la aso-

ciación en las compras y mejoras de los matrimonios del campo de Tarragona, rigen los artículos del C. c. referentes a la sociedad de gananciales como SUPLETORIOS de dicho derecho foral.

Y por último, el T. S., en la sentencia a que venimos aludiendo, declara, lisa y llanamente, que la doctrina del C. c. sobre gananciales rige en absoluto en Tarragona.

No obstante ser tan explícita esta declaración, dudamos mucho de que sea eficaz e invocable en lo sucesivo, porque no aparece razonada, y, después de consultar sus antecedentes en la jurisprudencia anterior del T. S., no hemos encontrado ninguna sentencia que se ocupe del mismo asunto.

Los fueristas tienen la palabra.

## II. — BIENES Y DERECHOS REALES.

1. Reivindicación.—El axioma jurídico proclamado por la jurisprudencia (véase, entre otras, las sentencias de 21 de Noviembre de 1908, 10 de Febrero y 7 de Abril de 1909) y conforme al artículo 348 del C. c., según el cual quien ejercite la acción reivindicatoria debe justificar la propiedad de los bienes objeto de la reclamación, fundándola en un título legítimo de dominio o posesión con los requisitos legales y la identidad de la cosa litigiosa, resulta reproducido por la sentencia de 12 de Febrero de 1915.

2. Propiedad.—Prescripción.—Igual doctrina es consignada en la sentencia de 16 de Febrero, la cual agrega que, aun a pesar de demostrar el reivindicante su propiedad sobre los bienes reclamados y la identidad de éstos, no podrá prosperar la acción cuando se acredite que el demandado disfrutó aquéllos pacíficamente durante más de treinta años por haberlos adquirido mediante prescripción.

No necesita de aclaraciones esta doctrina.

3. Precario.—No puede destruirse la presunción de que existe por la mera alegación contraria.—Cuando el ocupante de una casa no demuestra su título de propietario o de arrendatario para poseerla y disfrutarla, ni pagar merced, ni corresponderle sobre ella el derecho de habitación, debe reputársele precarista; y esta presunción no puede ser destruída por la simple alegación contraria del mismo ocupante.

Así lo reconoce la sentencia de 17 de Febrero, que no suscita dudas.

4. Retracto gentilicio procedente del pacto de «convivencia».—Procedimiento adecuado para intentar su ejercicio.—Acertada es la doctrina consignada en sentencia de 18 de Febrero próximo pasado.

Según ella, la acción de retracto gentilicio que se intenta fundándose en la existencia de un pac

(1) *Instituciones de derecho civil catalán.*

(2) *Códigos*, t. VI, p. 180.

(3) *Elementos*, t. I, p. 410, n. 1.

(4) *Estudios*, t. V, vol. 2.º, p. 1.499.

to de *querimonia* en el Valle de Arán, no puede hacerse valer por el procedimiento establecido en el capítulo octavo del privilegio que rige ese pacto, sino con arreglo al art. 1.524 del C. c. referente al retracto legal en general.

El razonamiento aducido es el siguiente: Según la sentencia de 8 de Junio de 1904, el apartado 2.º del art. 12 del C. c. no comprendió en su precepto el régimen foral *modificado* o *derogado*, ya por leyes o disposiciones de carácter general obligatorio. Por ello, si la L. E. C. modificó el procedimiento para el ejercicio del retracto, según sus artículos 1.618 y siguientes y 2.182, deberían observarse para regular el caso discutido; mas como, según otra sentencia de 27 de Octubre de 1896, el art. 1.524 del C. c. es derogatorio de los 1.618 a 1.620 de la L. E. C., a su precepto habrá que atenerse como única disposición vigente.

Abona este razonamiento la disposición transitoria cuarta del C. c., la cual, si respetó, con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, las acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes de su vigencia, preceptúa han de sujetarse, en cuanto al procedimiento para hacerlos valer, a lo que estatuye para cada una de aquellas acciones o derechos.

### III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

#### a) Obligaciones en general.

1. **Fecha de documento privado en cuanto a su eficacia probatoria.**—Alcance de la sentencia absoluta. —La sentencia de 20 de Febrero último reitera, de acuerdo con el art. 1.227 del C. c., que el documento privado no puede hacer prueba contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y en cuanto a su fecha más que desde el momento en que ha sido incorporado a un registro público; y por consecuencia, no puede, con anterioridad al momento en que se dé esta circunstancia, constituir prueba suficiente para demostrar el dominio.

De idéntico modo consigna que la sentencia absoluta «resuelve por sí misma, sin necesidad de pronunciamiento especial, cuantas declaraciones previas o no previas se hubieren formulado en la demanda».

Concuerda esta sentencia con las de 11 de Julio de 1900, 9 de Julio de 1904, 16 de Abril de 1910 (que declara admisible la prueba en contrario), y la de 11 de Diciembre de 1914. (V. el núm. 17, pág. 57 del tomo II de esta REVISTA.)

#### b) Contratos en particular.

1. **Nulidad de contrato por vicios del consentimiento.**—Requisitos de la intimidación para que anule.—Fa-

**cultades del juzgador.**—Intentada la nulidad de un contrato, fundada en haber padecido intimidación, fué desestimada, porque para que constituya ésta vicio del consentimiento se requiere que consista el mal con que se amenaza en algo *injusto* y no en el ejercicio de un *derecho legítimo* de parte del otro contratante. Así, no vicia, la intimidación alegada, el haberse contratado ante la amenaza de denunciarse, en caso contrario, el desfalte cometido por el contratante al otro; mucho más, cuando el contrato de compraventa que se celebró, representa la indemnización al perjudicado por dicho desfalte.

Tal es la doctrina de la sentencia de 12 de Febrero, perfectamente lógica.

Al mismo tiempo se declara que el apreciar las circunstancias de la intimidación, es cuestión de hecho, sometida a la libre apreciación del que juzga.

2. **Interpretación de contrato.**—Según sentencia de 20 de Febrero, procede estar a la interpretación que de los términos de un contrato haga el juzgador cuando no se demuestra error evidente cometido por él.

Esta doctrina corrobora, entre otras, la de la sentencia de 21 de Noviembre de 1908.

3. **Interpretación de contratos.**—A propósito de la interpretación de dos contratos celebrados por un Ayuntamiento con particulares, reproduce la sentencia de 24 de Febrero la misma doctrina declarada en la del número anterior.

Al mismo tiempo se consigna que el contrato de enajenación de sus inmuebles celebrado por un Ayuntamiento sin autorización de la Diputación provincial, se convalida si han transcurrido los términos de prescripción, sin que ésta haya ejercitado sus acciones, oponiéndose.

### IV.—SUCCESIONES.

1. **Interpretación de testamento.**—Condición suspensiva a día olerito.—Instituido heredero por un menor de edad su tutor y por otra cláusula, en defecto de él, los hijos que dejare el dicho tutor, fué anulada la primera institución, y resuelve el T. S. que, como sustitutos, deben heredar los hijos instituidos en segundo término, aun cuando con la condición suspensiva de no poder entrar en posesión de los bienes de la herencia mientras no ocurriese el fallecimiento de su padre; lo cual impide el nombramiento de nuevos herederos *interinos* en favor de otros parientes del causante, mientras la condición se cumpla; puesto que heredando aquéllos directamente del causante, y siendo cierta la condición suspensiva en cuanto a su cumplimiento, lo único procedente era nombrar, entretanto,

un administrador, de acuerdo con el art. 801 del C. c. (Sent. de 12 de Febrero.)

Esta interpretación la consideramos acertada.

2. **Obra pía.**—Otra sentencia de 12 de Febrero decide que no es repartible legalmente el conjunto de los bienes aplicados a una obra pía entre particulares; y carecemos de datos para su razonada crítica, ya que la confusión y oscuridad que se nota en sus «considerandos» exigiría ser suplida por mayor suma de datos, relativos a puntos de hecho, de que, repetimos, no disponemos.

Cosa análoga nos sucede con la sentencia de 23 de Febrero, relativa al pago de una letra de cambio extraviada; respecto de cuya resolución han sido inútiles nuestros esfuerzos para *entender* sus consideraciones de orden jurídico.

Haremos lo posible por apropiárnolos en el intervalo que media hasta nuestra próxima crónica. *Ignacio de Casso.*

#### ACCIDENTES DEL TRABAJO

38. **Asistencia del obrero por un médico que él designó.**—Un obrero sufrió lesiones por virtud de un accidente del trabajo, y después de curado y dado de alta por el médico del patrono, se sometió, por su cuenta y sin decirsele a éste, al tratamiento de otro facultativo. Esto no obstante, el Presidente del Tribunal industrial condenó al patrono al pago de la indemnización correspondiente, y el T. S., al desestimar el recurso, establece la doctrina de que el hecho de acudir el obrero a una clínica gratuita sin dar cuenta al patrono no puede estimarse por sí mismo como perjudicial a la curación de la lesión o a las consecuencias de ella derivadas, antes bien, hay que suponerlo favorable y más cuando nada se alegó en contra. (Sent. de 12 de Febrero de 1915.)

«Véase, porque alguna relación tiene con esta materia, la sentencia de 27 de Febrero de 1914, núm. 2, pág. 300, tomo I de esta REVISTA.»

39. **Error en el veredicto.**—Artículo 49.—Condenado el patrono a pagar indemnización al padre de un obrero fallecido a consecuencia de un accidente del trabajo, se interpuso recurso de casación, fundado en que el Jurado había incurrido en error al afirmar que el padre tenía sesenta años; mas el T. S. le desestimó porque, a tenor del art. 49 de la ley especial, los errores del Jurado no están sometidos a casación. (Sent. de 12 de Febrero de 1915.)

40. **Intervención de Letrado.**—En un juicio sobre indemnización por accidente del trabajo, seguido ante el Juez de primera instancia por no haberse constituido el Tribunal industrial, fué condenado en apelación el demandado al pago de la indemnización pedida y a las costas. Incluyéronse en la tasación de éstas I. s. honorarios del Letrado y los derechos del Procurador; pidió su exclusión el demandado, no accedió la Audiencia, e interpuesto por aquél el recurso, el T. S. accedió a él en cuanto a los derechos del Procurador, pero no en lo referente a los honorarios del Letrado, fundándose en que, según su reiterada jurisprudencia, no es necesaria la intervención de aquél en las apelaciones de los juicios de esa clase, mas sí la del Letrado, por lo que los honorarios que éstos devenguen deben correr a cargo del condenado en costas. (Sentencia de 17 de Febrero de 1915.)

«Véase nuestra nota a la sentencia citada bajo el núm. 14 en la pág. 60.»

41. **Prueba en segunda instancia.**—Demandado un patrono para que pagase la indemnización correspondiente a la incapacidad parcial permanente, que decía padecer el obrero, y pendiente el juicio en apelación ante la Audiencia, solicitó éste el recibimiento a prueba para demostrar que su incapacidad no era la alegada, sino la absoluta. Denegada esa pretensión y absuelto el patrono, se interpuso el recurso, que el T. S. desestimó por entender que la prueba propuesta en la segunda instancia no guardaba relación con el hecho fundamental de la demanda, sino que pretendía variar los términos del debate y proponer una cuestión nueva no tratada en la primera instancia. (Sentencia de 19 de Febrero de 1915.)

«Véase nuestra nota a la sentencia citada bajo el núm. 14 en la pág. 60.»

42. **Denegación de prueba.**—En un juicio en que se practicó la pericial por tres facultativos, solicitó el obrero que, toda vez no hubo unanimidad en el dictamen de éstos, se pidiese el de la Academia de Medicina. Denegó esa pretensión el Presidente del Tribunal industrial, y absuelto el patrono, recurrió el obrero en casación, que fué desestimada porque el art. 23 del reglamento de 28 de Julio de 1900 se refiere sólo a los expedientes gubernativos y no a los juicios, y porque para que la inadmisión de una diligencia de prueba pueda motivar el recurso por quebrantamiento de forma es indispensable que la falta haya producido indefensión, cosa que no ocurre cuando el dictamen pericial se emite por mayoría. (Sent. 23 de Febrero de 1915.)

«Véase en el tomo I de esta Revista, página 265, la sentencia de 24 de Enero de 1914; la de 4 de Marzo de 1914 en la página 300, y la de 14 de Julio de 1914 en la página 495.»

«Véase en el tomo I de esta Revista, página 265, la sentencia de 24 de Enero de 1914; la de 4 de Marzo de 1914 en la página 300, y la de 14 de Julio de 1914 en la página 495.»

#### ENJUICIAMIENTO CIVIL

A. **COMPETENCIAS.**—59. **Artículos 62, regla 1.ª de la ley y 1.500, párrafo 2.º del Código civil.**—La negación de las condiciones consignadas en la factura y carta presentadas por el demandante, no pue-

de ser eficaz, por extemporánea, si se hace al promover el demandado la inhibitoria.

Siendo una de esas condiciones que los géneros cuyo precio se reclama habían de remitirse por cuenta y riesgo del comprador, su entrega se reputa hecha en el domicilio del vendedor y el juez del mismo será el competente. (Dos sentencias de 23 de Febrero de 1915.)

60. **Acumulaciones.**— Artículos 163 y 165.— No son acumulables los juicios declarativos que se hallen en el período de ejecución de sentencia, aun cuando ésta pueda afectar a bienes sujetos a un concurso o quiebra.

Decretada la acumulación y hecha saber al juzgado requerido, no se desvirtúan por el desistimiento posterior del actor los motivos que para acordarla se tuvieron en cuenta.

No es obstáculo para la acumulación de un juicio ejecutivo el que haya recaído sentencia de remate. (Sent. de 17 de Febrero de 1915.)

61. **Aplicación de esta ley.**— Artículo 1.618.— Es inexcusable la observancia de la ley de Enjuiciamiento civil en todas las provincias del reino.

Es lícito rechazar de plano, y sin darla curso, la demanda presentada fuera del término concedido al efecto por un precepto legal adjetivo. (Sentencia de 13 de Febrero de 1915.)

Ch. **PRUEBAS.**—62. **Apreciación de pruebas.**— Artículo 1.692.— Está atribuida a la Sala sentenciadora la estimación relativa a si han concurrido o no en un contrato los vicios de nulidad que se alegan.

Para combatir esta apreciación hay que estar a lo dispuesto en el núm. 7.º del art. 1.692 de la ley. (Sents. de 12, 16 y 17 de Febrero de 1915.)

63. **Prueba en la segunda instancia.**— Artículo 862, núm. 3.º— Si de los documentos existentes en los autos aparece que el que propone esa prueba conocía la existencia del hecho alegado como nuevo y que en ese período del juicio intenta justificar, está bien denegado el recibimiento a prueba. (Sentencia de 18 de Febrero de 1915.)

E. **SENTENCIAS.**—64. La absolutoria resuelve por sí misma, sin necesidad de pronunciamiento especial, todas las declaraciones previas o no previas que se hubiesen formulado en la demanda. (Sent. de 20 de Febrero de 1915.)

P. Calvo y Camina,

Presidente del Tribunal Industrial de Madrid.

## Jurisprudencia hipotecaria.

**Albaceas** (*Resolución de 29 de Marzo de 1915*).— Admitida por los herederos a que hace referencia el artículo 903 del Código civil, la falta, en el caudal relicto, de dinero bastante para el pago de funerales y legados, y habida cuenta de que el albacea haya obrado dentro de las facultades conferidas por el testador o en virtud de un precepto legal, si dicho albacea vende bienes hereditarios para el pago de aquellas atenciones, no puede el Registrador exigir la justificación de la falta de metálico en la herencia para satisfacer el importe de dichos funeral y legados, con el pretexto de defender los intereses de la Hacienda a los efectos del pago del Impuesto de Derechos reales, careciendo, además, de facultades el citado funcionario, para examinar la forma en que se haya liquidado y satisfecho dicho impuesto.

Ratifica la doctrina de las Resoluciones de 21 de Junio de 1895, 8 de Febrero de 1899, 16 de Octubre de 1908 y 10 de Junio de 1912. (*Boletín Oficial* de 20 de Abril de 1915.)

Joaquín Domínguez y Barros,  
Registrador de la Propiedad.

## Revista de Revistas.

EN IDIOMA CASTELLANO

I.—DERECHO PRIVADO

A) — CIVIL.

A) GENERALIDADES.

Catá de la Torre, R.: *Exposición razonada y crítica de costumbres jurídicas del Principado de Cataluña*. (Rev. Jur. de Catal., Enero-Febrero-Marzo, tomo XXI).

Jordana, L.: *La organización agraria en Inglaterra*. (Bol. de Agric. técnica y económica, núm. 75, año VII).

Fernández de Velasco, R.: *Apuntes sobre el abuso del derecho*. (R. G. de Leg. y Jur., Enero-Febrero, tomo 126).

B) DERECHOS REALES.

Blesa, D.: *Acción hipotecaria. Su ejercicio por el procedimiento judicial sumario establecido en el art. 181 de la ley Hipotecaria*. (R. de los Trib., número 18, tomo 49).

Díaz Moreno, E.: *Carta abierta sobre el art. 41 de la Ley Hipotecaria*. (Gac. de R. y N., núm. 2.784, año LV).

Estévez, R.: *Prenda agraria*. (F. y N., núm. 3, año III)

L. de Haro, C.: *Anotación preventiva por sentencia firme*. (Rev. Juríd., núm. 635, año XIII).

## c) OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

\* *El contrato de empleo*. (G. de T., núm. 15, año XXVII).

## B—Mercantil.

Harrington, P.: *El debenture*. (F. y N., núm. 3, año III).

## II.—PROCEDIMIENTOS

Lagarmilla, A.: *Apuntes de procedimiento civil*. (R. de Der. y Cien. Soc., núm. 6, tomo II, Montevideo).

\* *Enajenación judicial de efectos estancados*. (G. de T., núm. 12, año XXVII).

\* *Indemnización de los errores judiciales*. (G. de T., núm. 10, año XXVII).

\* *Las pobrezas*. (G. de T., núm. 16, año XXVII).

E. Ruiz Carrillo.

## EN IDIOMA EXTRANJERO

## DERECHO PRIVADO

## I. Parte general.

Actos jurídicos: *Acto notarial*.—*Titulación*, por Francesco Pasolini (*Rolandino*, 21 Abril 1915).

## II. Parte especial.

## A) PERSONAS Y DERECHO DE FAMILIA.

*Sobre la concesión de la personalidad jurídica a las coaliciones operarias*, por G. de Salvo (*Il Filangieri*, Enero-Febrero de 1915).

## c) OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

## a) Derecho civil.

*El derecho del asegurado a ser indemnizado, con arreglo a los artículos 67 de la ley sobre seguros y 281 del Código civil alemán*, por K. Schneider.—*Cumplimiento de la obligación y ejercicio del derecho*, por Krückmann (*J. J. für die D. des B. R.*, tomo 29 de la segunda serie, cuaderno 3.º, 1915).

## b) Derecho mercantil.

*El viajante de comercio*, por F. de Nora (*Il Filangieri*, núm. cit.).

## D) DERECHO DE SUCESIONES.

*El Fisco, a quien corresponden las herencias vacantes, ¿está obligado al cumplimiento de los legados?*, por E. Barbieri.—*La LEGITIMACIÓN ACTIVA en la acción funeraria*, por P. de Francischi (*Il Filangieri*, núm. cit.).—*Nuevos estudios sobre el artículo 1.131 del Código civil (italiano)*, por C. Losana.—*Para asegurar la ejecución de los testamentos*, por G. di Gaetano (*Rolandino*, núm. cit.).

Rafael Atard.

## Revista bibliográfica.

Brum, B.: *La doctrina del arbitraje amplio*. Montevideo, 1915 (s. p.).

Catalá, J. B., y Cuevas, E.: *Legislación forestal*. Madrid, 1915. Est. Tip. de la Soc. edit. de España, 1.309 págs., 10 pts.

Delás, J. M., y Benítez de Lugo, F.: *Estudio técnico y jurídico de Seguros*. Barcelona, 1915. Tipografía Jaime Vives, 25 pts.

Hinojosa, E.: *El elemento germánico en el derecho español*. Madrid, 1915. Imp. Clásica Española, 2 pts.

López de Haro, C.: *Dictamen*. Parte del capítulo X del libro *Campaña sobre las aguas del «Chorro» del Telde*. Las Palmas, 1914. Tipografía S. Justo, 3 pts.

Torres Aguilar, S.: *Guía para el estudio de las lecciones de práctica forense y redacción de instrumentos públicos*. Tomo 1.º Madrid, 1915. Imprenta Helénica, 10 pts.

E. Ruiz Carrillo.

## Notas bibliográficas.

Julián Ribera: *Historia de los jueces de Córdoba por Aljoxaní*. Texto árabe y traducción española por... Madrid, 1914. XLVIII + 272 + 208 páginas en 8.º

Las fuentes jurídicas arábigo-españolas están inéditas en su mayor parte. Para conocer la historia de aquella época, es preciso, ante todo, publicar las principales.

De la *Historia de los jueces de Córdoba* existe un manuscrito en la biblioteca Bodleyana de Oxford. De él se ha servido el insigne orientalista D. Julián Ribera para hacer la edición a que se refiere esta nota bibliográfica.

Aljoxaní nació en Cairuán y vivió en Andalucía. A instancias de Alháquem II escribió su obra, utilizando en ella, principalmente, fuentes orales. Es un conglomerado pintoresco de anécdotas y narraciones acerca del asunto que el título expresa. La vida privada de los jueces; las costumbres, los adagios y las preocupaciones populares; la organización judicial, las leyes, los procedimientos; toda la vida social, en suma, de Córdoba durante la época del emirato está reflejada en este libro. Para comprender su importancia basta tener en cuenta que sólo con el estudio de la cultura musulmana, particularmente la de España, puede explicarse la civilización de Europa en la Edad Media.

De tres partes consta la obra del Sr. Ribera. En

un extenso prólogo analiza los problemas principales que la Crónica de Aljoxani plantea o resuelve. Sigue la traducción al español del texto árabe, con un índice de nombres propios. Finalmente, la reproducción del manuscrito de Oxford.

Está publicado este trabajo por el *Centro de estudios históricos*, creación de la *Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas*. D. Julián Ribera dirige en él una sección de arabistas. De allí han salido varias obras que, con otras en preparación, señalarán una etapa brillante en nuestra pobre literatura sobre la España musulmana.

Galo Sánchez.

**Eduardo de Hinojosa:** *El elemento germánico en el derecho español*. Madrid, 1915, 110 páginas, en 8.º, 2 pesetas.

Es D. Eduardo de Hinojosa la mayor autoridad en materias de historia medieval española. En toda Europa son conocidos sus estudios sobre *La condición civil de la mujer*, *La privación de sepultura a los deudores*, *Influencia de los teólogos y filósofos españoles sobre el derecho público*, *Francisco de Vitoria*, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, *Orígenes del régimen municipal en León y Castilla*, *Relaciones entre la Poesía y el Derecho*, *El derecho en el Poema del Cid*, *Historia general del Derecho español...* por citar sólo los más divulgados.

La monografía a que se refiere esta nota tuvo su origen en una memoria leída por el Sr. Hinojosa en el Congreso histórico internacional de Berlín de 1908. Considerablemente aumentada por su autor apareció en alemán en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. A causa del idioma en que fué publicada, era muy poco conocida entre nosotros, a pesar de su capital importancia para el Derecho español. Por eso el *Centro de estudios históricos* ha editado la traducción española, hecha por el autor de la presente nota bibliográfica.

Sabido es que, de los varios elementos que integran el Derecho español, el principal es el romano. Los otros, como el semita y el germánico, han sido apenas estudiados desde un punto de vista nacional. Este libro del Sr. Hinojosa sobre *El elemento germánico* pone en claro su influencia, mucho mayor de lo que se pensaba. Derecho matrimonial, sucesiones, contratos, derechos reales, procedimientos judiciales, derecho penal, canónico... todo ha sufrido la inoculación germánica.

Fué aportado por los visigodos. Arraigó de tal manera, que resultaron inútiles los esfuerzos del poder legislativo para hacerle desaparecer. Se ma-

nifiesta en formas consuetudinarias cuando no puede de otro modo. Florece en los fueros municipales. Donde encontró mejores condiciones para desenvolverse fué en Portugal, León y Castilla.

El Sr. Hinojosa, después de hacer un estudio de fuentes y pasar revista general a las instituciones germanizadas, estudia al detalle tres de ellas: *la pérdida de la paz*, *la venganza de la sangre* y *la prenda extrajudicial*.

El libro revela una asombrosa erudición y un absoluto dominio de la materia. El autor emplea con frecuencia el método comparativo, estudiando las formaciones jurídicas paralelas a las de España en otros países de derecho germánico. En estas páginas, llenas de novedades, el abogado, el historiador y el filólogo han de encontrar un arsenal de datos aprovechables. Es, en resumen, la presente monografía una de las mejores del autor.

Galo Sánchez.

**F. Candil y Calvo:** *Pactum reservati domini*, un volumen de 211 páginas. Madrid, 1915.

Esta Memoria estudia la naturaleza, validez y organización legislativa del pacto de reserva de dominio.

Los lectores de la REVISTA DE DERECHO PRIVADO han podido apreciar ya la extensa cultura jurídica del autor; preparada además la Memoria en el seminario de Derecho civil que bajo la dirección de D. Felipe Clemente de Dlego sostiene la Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas en el nuevo Centro de estudios históricos, está pensada y escrita con perfecto conocimiento de las últimas investigaciones; la bibliografía que la ilustra es copiosísima y los estudiosos hallarán en ella el índice de las más brillantes reputaciones jurídicas europeas.

El lector español, sin embargo, acaso encuentre, en la parte consagrada al estudio de nuestro derecho positivo, fundados motivos para observaciones y reparos, que yo, el más humilde entre ellos, me propongo exponer en trabajo aparte.

Estudia el Sr. Candil el contrato de compraventa en las legislaciones, singularmente en la romana: preliminar necesario para el examen del pacto de reserva de dominio, como uno de los medios de garantía convencional a favor del vendedor.

Analiza brevemente aquéllos, y luego, de un rápido examen de los precedentes en Francia, Italia, Austria, Alemania y Suiza, y de notar las objeciones sobre la validez y licitud del pacto, examina el problema en nuestro derecho, inclinándose a reconocer su eficacia legal, pero limitándose a sus aplicaciones a la venta de muebles, por creer tal vez, precipitadamente, que con el moderno sis-

tema de Registro de la propiedad inmueble estaban aquellos medios substituidos con ventaja por la hipoteca.

Sugestivas de veras las páginas que el Sr. Candil dedica al análisis de las trapacerías pseudo-jurídicas, practicadas con harta frecuencia por los vendedores a plazos de cosas muebles; natural efecto de la ignorancia del derecho, del olvido de la moral y de una cierta propensión ingénita a no cumplir los contratos. Muy puestos en razón los remedios. El autor traduce al final las leyes alemana y austriaca que regulan las ventas a plazos de cosas muebles cuyo sentido, en verdad, urge implantar en España.

Nicolás Alcalá.

**Cristóbal Lozano Sicilia:** *Institución de las reservas.* Madrid, 1914, 479 páginas, 7 pesetas.

El nombre de Lozano Sicilia es suficientemente conocido en el campo del derecho civil. Va unido invariablemente a una de las instituciones más debatidas, complicadas y peor tratadas en nuestro derecho privado, me refiero a la contenida en el artículo 811 del Código civil.

Su labor jurídica sobre tan interesante materia, expuesta en otras producciones (1), viene a condensarse en la *Institución de las reservas* que sirve de título a la publicación objeto de estas líneas.

Comienza el Sr. Lozano Sicilia exponiendo nuestro derecho histórico, después se ocupa del vigente, dedicando preferente atención a la jurisprudencia, sobre la cual hace un detenidísimo estudio de doce sentencias del Tribunal Supremo y de dos resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado, terminando con la refutación de las opiniones de Q. Mucius Scaevola, Alcubilla, Morell y Firmat, Sánchez Román y Cadabal.

El propósito del Sr. Lozano Sicilia es demostrar la veracidad de las diez proposiciones que siguen:

1.<sup>a</sup> Que la reserva establecida en el artículo 811 es la misma del cónyuge viudo, extensiva a todos los ascendientes que hereden por ministerio de la ley a un descendiente, y extensiva también a los bienes que éste haya adquirido por título lucrativo de todos los ascendientes, con exclusión de los que reservan, o de uno o varios hermanos.

2.<sup>a</sup> Que esta inteligencia supone que la Comi-

sión de Códigos cumplió lo preceptuado en la ley de 11 de Mayo de 1888.

3.<sup>a</sup> Que no interpretando así el artículo 811 del Código civil, hay que reconocer que la Comisión de Códigos eludió la ley de Bases, olvidando que las reservas siempre han tenido lugar en favor de los que descienden del ascendiente que reserva y del ascendiente de quien por título lucrativo proceden los bienes.

4.<sup>a</sup> Que no dando la interpretación citada puede quedar desobedecido el precepto por el ascendiente a quien se quiso imponer la obligación de reservar.

5.<sup>a</sup> Que aunque se compute con el descendiente el parentesco de las personas en cuyo favor se ha de reservar, no pueden comprenderse entre los favorecidos los tíos ni los ascendientes del mismo.

6.<sup>a</sup> Que el descendiente es el punto de partida para la computación en esta materia.

7.<sup>a</sup> Que a cada una de las líneas que unen al descendiente heredado con los ascendientes de quienes proceden los bienes, pertenecen solamente los hermanos de tal ascendiente, por hallarse en el extremo inferior de todas y cada una de las líneas que le unen con los ascendientes de quienes de igual modo descienden en el mismo grado que su hermano a quien no pudieron heredar por sobrevivirle el ascendiente o ascendientes que reservan.

8.<sup>a</sup> Que si el ascendiente heredado adquirió los bienes de un hermano, a la línea de donde proceden pertenecen solamente sus hermanos.

9.<sup>a</sup> Que siendo los hermanos de doble vínculo del ascendiente heredado los únicos que pertenecen a todas las líneas rectas y colaterales a que pertenece tal descendiente, tan sólo hay que reservar en favor de los hermanos; por esto la reserva que nos ocupa es la misma del cónyuge viudo extendida y generalizada.

10.<sup>a</sup> Que el artículo 811 ha perfeccionado la institución de las reservas, extendiendo la obligación de reservar a todo ascendiente legitimario, generalizando la procedencia de los bienes por título lucrativo a todo ascendiente y a todo hermano.

La obra del Sr. Lozano Sicilia, modelo de constancia, meritísima y recomendable para todo amante del derecho, tanto práctico como teórico, tiene el inconveniente del desorden y la extensión. Pero estos defectos, que son sin duda debidos a cierta precipitación al trazar el plan, son fácilmente subsanables, y no aminoran en modo alguno el valor intrínseco de la publicación, que es por su doctrina digna de nuestro más sincero aplauso.

F. Candil.

(1) Interpretación del artículo 811 del Código civil, 1898; Interpretación del artículo 884 del Código civil, 1899; Refutación de la opinión de la Redacción de la «Gaceta del Notariado» sobre la inteligencia del artículo 811 del Código civil, 1901; Defensa gratuita de los recursos de casación sobre la inteligencia de los artículos 811 y 884 del Código civil, 1904.