

MEMORIA

ELEVADA AL

GOBIERNO NACIONAL

EN LA

SOLEMNE APERTURA DE LOS TRIBUNALES

EL DÍA 16 DE SEPTIEMBRE DE 1941

POR EL

FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

BLAS PEREZ GONZALEZ



INSTITUTO EDITORIAL REUS

CENTRO DE ENSEÑANZA Y PUBLICACIONES, S. A.

Preciados, 23 y 6, y Puerta del Sol, 12

M A D R I D

1 9 4 1

EL JURISTA Y LA REVOLUCIÓN

En los momentos actuales, una guerra, acaso sin igual en el conocimiento de los hombres, pone frente a frente dos concepciones del mundo y de la vida. La Cultura, con todos sus productos, entre ellos el Derecho, se halla sometida al resultado final de la contienda. Los más puros valores de los pueblos encarnan en el ardor combativo del soldado y en el filo de las armas más precisas. El ser y el destino universales están en trance decisivo. La Historia ha reservado esta gran inquietud a nuestro siglo.

En semejantes circunstancias, podría pensarse, que no es éste el momento propicio para que el jurista comience la tarea constructiva que le espera, debiendo aguardar a que se dé por concluída la batalla de las armas. En tanto, pudiera ser su cometido, el de entregarse, con dignidad paralela al sacrificio de los que luchan, a la reflexión, examen y recuento de los vicios y lacras de un Derecho que permitió a la Fuerza sustituirlo plenamente. Mas no nos convence del todo esta actitud. Cabe alternar la reflexión con la tarea activa; la crítica con la reforma. Es preciso recoger desde un principio los anhelos espirituales. Acaso luego nuestra sensibilidad no estuviere tan despierta, y lo que ganase la obra en perfección técnica e incluso en ponderada meditación, lo perdería en realidad y en vida.

Estimula de otra parte nuestra postura el comprobar día tras día, que el triunfo de la causa justa se impondrá sobre la tierra; no se trata de una de tantas luchas por ambiciones bastardas, a las que tan acostumbrados nos tenía la Historia, ni de un encuentro súbito con precedentes des-

«Y si encontraras diez justos, ¿perdonarás el lugar? ¡No lo destruiré por amor a los diez!».

Pues bien, las fuerzas morales de la verdadera España continuaban todavía latentes en algunos, junto a la decrepitud de los otros. Y he ahí dónde radica su salvación. Ellas nos libraron del camino de la desesperación que describe el monólogo genial: «¿Por qué afanarnos en vivir si tenemos que soportar las insolencias de los necios y el poder de los malvados?»... Por ellas hubo impulso generoso y vocación de justicia y sentimiento de solidaridad. Fuimos a la guerra; se logró la victoria. La victoria hizo posible el imperio de la moral sobre la preponderancia de lo culpable. Nada dignamente estimable puede existir contra sus postulados o fuera de sus dominios. El tradicional pensamiento jurídico de que el Derecho vive en la esfera de la Moral, no es un concepto de juristas y teólogos, sino verdadera ley universal, válida para cualquier ciencia y para todas las conductas. Sin el imperativo moral no hay mecánicas, ni técnicas, ni inteligencias capaces de salvar una civilización.

Con la guerra de España y su triunfo revolucionario se ha dicho la mejor lección contra el materialismo histórico. El siglo de Marx y de Darwin ha concluído. Frente a lo que puede, atrae e impulsa el deseo de lograr un ideal, íntimamente sentido, las leyes de la causalidad parecen despreciables. El pretendido primado de la naturaleza sobre el espíritu no es posible; las fuerzas económicas no bastan para mover la Historia.

¿No es ésta la auténtica interpretación de tanta sangre española como se ha vertido?

REVOLUCIÓN Y DERECHO NACIONAL

No cabe negar que la Revolución española guarda afinidades con los procesos políticos de otros países totalitarios. Constituye un tópico la afirmación de que nuestra guerra civil fué pórtico y comienzo del ciclo histórico que se desarrolla en las horas actuales. Mas es asimismo indiscutible

que no puede pensarse en una identificación absoluta. El ingrediente indígena, genuino, de la Revolución nuestra, tiene sustantividad bastante para no pasar desapercibido entre los caracteres generales y abstractos de la epopeya mundial.

El jurista, a quien se le confía la misión de dar forma ordenada a los nuevos preceptos, instituciones y sistemas, debe tener esto muy en cuenta. El Derecho que haya de elaborar ha de ser nacional, como lo es España y su Revolución. Si no lo hiciera así, violaría uno de los postulados capitales que han presidido nuestra lucha, incidiendo al mismo tiempo en uno de los errores que combatimos. Gran parte de nuestros desvelos se cifran en reconstruir las bases de una España auténtica, suplantada durante dos siglos, desde el engendro mental de la Ilustración hasta la táctica criminal del comunismo, por una España desnaturalizada, ajena y antagonica a sí misma.

Mas, ¿qué quiere decirse con esto? ¿El ser nacional del Derecho nuevo significa que ha de expurgarse de toda aportación extraña, evitando cualquier experiencia que no sea la nuestra? La cuestión aquí planteada es un viejo tema trascendente. Es indiscutible como ley histórica la de que los pueblos viven en relación o en «comunicación» para decirlo con una palabra de raigambre jurídica patria. El individuo aislado, como el pueblo aislado, no pasan de ser utopías destinadas a la esterilidad. Exageraba Platón —envuelto en Ideal, pero gran utópico, a veces frente al transparente realismo del Estagirita— cuando pensaba en un Estado ateniense cerrado a lo extranjero. Tomás Moro no se atrevió a dejar sin puertos la isla de sus sueños. Los intentos de aislamiento que pudiera ofrecer la Historia de la Humanidad, sucumbieron ante la convicción o la fuerza... Y ya en otro orden de ideas, no es legítimo que para hacer valer la propia obra, sea preciso impedir el paso de las ajenas. En a la par felices y tristes ocasiones, hemos comprendido la bondad de lo nuestro ante el contraste con lo extraño; el caso se ha repetido en la vida cultural española. En suma, el trueque de productos materiales e intelectuales entre los pueblos,

compensa la parsimonia de la Naturaleza, que se empeñó en no dar a cada uno, no sólo lo bastante, sino ni siquiera lo necesario para su subsistencia física y espiritual.

Aceptada esta verdad inconcusa, el Derecho, como manifestación espiritual, no queda fuera de ella. Las influencias a secas, o las influencias recíprocas de las distintas concepciones y ordenamientos jurídicos, constituyen un hecho de ahora y de siempre. «Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo y tres han servido de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado, cuando el pueblo romano se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después, por la unidad de la Iglesia a raíz de la caída del Imperio, y, finalmente, por la unidad del Derecho al adoptarse éste durante la Edad Media» (1).

En el mismo Derecho romano, no obstante su fuerte contextura nacional, se descubre con frecuencia el acarreo de instituciones extrañas o pretéritas. Roma es centro, no sólo de la cultura, sino del comercio mediterráneo; a través de las rutas mercantiles, el peregrino traspasa sus fronteras territoriales, que son también fronteras jurídicas, dado el carácter personal y nacional del Derecho romano, y si precisamente su personalismo y su nacionalismo no le permiten extender el ámbito del *ius civile*, patrimonio exclusivo de ciudadanos, tampoco es posible dejar un crecido número de relaciones fuera de la garantía de la ley, y entonces Roma, nacional sí, pero al propio tiempo universal, crea el *ius gentium*, verdadera norma común de los países mediterráneos. Su progresivo desenvolvimiento, sus constantes conquistas, de manera especial en el campo de los derechos patrimoniales (2), la aligeración del *ius civile* de elementos con exceso genuinos y formales como una de las notas características del nuevo Derecho, e incluso su penetración en el espíritu de aquél, son temas capitales de la Ciencia romanista, a los que

(1) Ihering: «El espíritu del Derecho romano», Madrid, 1891, pág. 1, II.

(2) Perozzi, en: «Instit. Dir. Rom.», I, pág. 70, nota, hace una extensa y completa enumeración de las instituciones y preceptos que pertenecen al *ius gentium*.

sólo nos compete aludir de pasada en prueba del punto de vista defendido.

Pero el alcance de las influencias extrañas es todavía mayor. Parece cierta la introducción en el ordenamiento romano— y no sólo por la vía del *ius gentium*— de instituciones y conceptos jurídicos procedentes de los derechos provinciales, en especial del griego (3).

Los romanistas más reacios a dar acogida favorable a la recepción de elementos extraños, terminan por reconocer, sin embargo, que hay una innegable influencia, la cual crece en progresión geométrica a partir de los orígenes del Derecho romano (4). Por otra parte, es sabido que los métodos especulativos de la filosofía griega son asimilados por los juristas romanos (5), utilizándolos como instrumentos para la investigación y aplicación de las normas.

En los tiempos posteriores, el entrecruzamiento de las concepciones jurídicas adquiere todavía mayor preponderancia (6). Característica de la vida del Renacimiento es precisamente el floreciente intercambio cultural que, de una ma-

(3) La *lex Rodia*, la *emphyteusis*, la *antichresis* y la *hypotheca*, constituyen otros tantos ejemplos concretos. En torno a las analogías entre las formas testamentarias helénicas y el *testamentum* romano, se han producido animadas y eruditas polémicas.

(4) Por ejemplo, Bonfante, frente a la postura de su discípulo Arangio Ruiz.

Bonfante: «*Histoire de Droit romain*», trad. franc., 1928, pág. IX. Las instituciones —dice— de la edad agrícola y de la edad mercantil del mundo romano y del mundo helénico oriental, se funden y se confunden, y ésta es la causa íntima de la compilación justiniana; las instituciones del mundo mediterráneo y de la antigüedad se *funden* y se *confunden* con las germánicas y las de la Edad Media, y éste es el elemento animador de los Códigos modernos.

(5) Sokolowski: «*Die Philosophie in Privatrecht*», 1907, 2.

(6) El método dialéctico fué importado a Italia desde Francia por Cino († 1335), y Bártolo, discípulo de Cino, influyó con sus doctrinas en casi todos los países; nuestro Pablo de Castro (Paulus Castrensis) († 1441), fué discípulo de Baldo y sentó Cátedra en Siena y en Avignon. La influencia francesa de las doctrinas de Doneau (Hugo Donellus), y de Cujas (Jacobo Cujacius), de 1522 a 1591, es indudable sobre nuestros jurisconsultos Antonio Agustinus († 1586), Ramos del Manzano († 1638) y Fernández de

nera espontánea, se produce entre los distintos países de Europa. La ciencia brilla por encima del marco estrecho de las fronteras y, sin embargo, no por eso pierde su sello nacional. Citemos como significativo el ejemplo de nuestro Juan Luis Vives (humanista, y como tal, jurista también), que abandona a los diecinueve años su tierra natal, sentando cátedra del más recio españolismo en su vida académica de París y Oxford y en su vida estudiantil de Brujas y Lovaina. Nebrija (también jurista al par que gramático) perfecciona las humanidades aprendidas en Salamanca junto a los más sabios maestros de Italia. El antes citado Antonio Agustín es colegial de San Clemente de Bolonia y discípulo de Alciato. Fernando Vázquez de Menchaca merece las alabanzas de Grocio. Suárez renueva la ciencia tomista en la Universidad de Coimbra. Se va al extranjero a aprender, pero también a enseñar. Recuérdese la participación de nuestros teólogos en el concilio de Trento. En general, ilustres jurisconsultos españoles, partidarios de la *Jurisprudencia elegante*, enseñan en las Universidades de Francia, Italia y los Países Bajos y publican importantes obras que les hacen figurar en primera línea (7). Isabel la Católica atrae a la vida palaciega a los más distinguidos maestros españoles y extranjeros, y desiendo que la nobleza hermanase con el ejercicio de las armas el cultivo de las letras, funda, bajo la dirección de D. Pedro Martín Angleria, una escuela que no tardó en llenarse de numerosos discípulos. Jiménez de Cisneros organiza la Universidad de Alcalá. Se crean las de Zaragoza (1477), Valencia (1502), Sevilla (1502), etc. Martín de Azpilcueta explicó cánones en Tolosa y Cahors, y como él mismo refiere, le educó Castilla la Nueva, le instruyó Francia, le elevó Castilla la Vieja, le distinguió Portugal, y Roma le colmó de honores.

Retes († 1678); sobre Italia en los Maestros Alciatus y Gentiles (1616); sobre Alemania, en sus Profesores Zasius († 1535), Meltzer y Vultejus, así como sobre la jurisprudencia holandesa con Vinnius († 1647), Voet († 1714), Schulting († 1734) y tantos otros.

(7) Torres Campos, en sus: «Nociones de Bibliografía y Literatura jurídicas de España», Madrid, 1884, pág. 200.

Vitoria, Soto y Suárez sientan las bases del Derecho internacional, adelantándose a los que después han pasado por fundadores. Suárez continúa ejerciendo su influencia a través de las obras populares de aquel tiempo: Pufendorff, cuando trata de la Moral o del Estado, no es más que su heredero (8).

Los ya mencionados Ramos del Manzano y Fernández de Retes, son invocados por Savigny en lugar preferente de su estudio sobre la posesión, y frente a las casi impenetrables oscuridades de Dumoulin, abordan con precisión y sencillez materia tan delicada como la divisibilidad de las obligaciones, en unión del italiano Bartolomeo Chesio; Meerman, en su «Novus thesaurus Jur. Civ. et Canon», esparce por Europa abundante doctrina hispana. Los nombres de Ludguni, Leipzig, Basilea, Lovaina... figuran en la data de muchas obras de nuestros clásicos.

En este año, en la Universidad Católica de Milán, con motivo de la celebración de cursillos culturales, son las figuras españolas las que principalmente se exaltan (9).

«El pensamiento de un jurisconsulto español evitó al sabio de Alemania grandes esfuerzos; el holandés continuó la obra comenzada por el francés; la práctica de los Tribunales italianos ejerce una influencia determinante sobre la jurisprudencia de los Tribunales de los demás países... Esta comunidad no se limitó solamente al Derecho romano y al canónico. Junto a ellos y fuera de ellos surge una serie de instituciones, de cuestiones y de problemas, sobre las que se reconcentran el pensamiento y la actividad comunes de los pueblos: régimen feudal, cambio, derecho comercial y marítimo; cuestiones del derecho de castigar; la abolición del tormento, de la pena de muerte y de los siervos; sociales,

(8) Schmitt, en su: «Estudios políticos», trad. Conde, 1941, páginas 13 y 14.

(9) En la Conferencia que pronunció en la Universidad católica del Sagrado Corazón de Milán Orio Giacchi sobre «La Compañía de Jesús y la Ciencia del Derecho».

políticas, eclesiásticas e internacionales, y ¡cuántas otras todavía! (10).

¿Y no nos están confirmando lo mismo los grandes mercantilistas italianos, como Stracca († 1578), Scaccia († 1618), De Luca, De Turrís y Ansaldo, cuyas opiniones sentaron jurisprudencia en todos los Tribunales de Europa? (11). ¿O la difusión de las doctrinas de Beccaria? ¿O la popularidad —no en todo caso bien cimentada— que a fines del siglo XVIII gozan entre nosotros Heinecio y Vinio?

Es imposible intentar un recuerdo más detallado, porque sentimos la doble amenaza del olvido elemental y de la extensión desmedida. Valga, pues, lo dicho a título de ejemplo. Y sin entrar, por ser indiscutible, en las influencias de las escuelas, del Derecho natural, que tienen en España, sobre todo en su significación escolástica, un brillante cuadro de teólogos de todos los tiempos (12), y en su significación racionalista una importante representación (13), así como en la Histórica (14), y prescindiendo también del contacto internacional entre los prácticos del siglo XVIII, de las distintas proyecciones del positivismo y del hegelianismo, así como de los rumbos que en el pensamiento jurídico contemporáneo han señalado figuras como Ihering (15), Gierke (16),

(10) Ihering: ob. cit., págs. 18 y 19.

(11) Endemann: «Beiträge zur Haandel-R im Mittelalt», Zeitschrift f. H. R. V. 335, 414.

(12) Solana: «Los grandes escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII: sus doctrinas filosóficas y su significado en la Historia de la Filosofía».

(13) Meléndez Valdés, Moratín y Mendoza, Alcalá Galiano, Pi Margall, etc.

(14) Durán y Bas (admirador y prologista de Savigny).

(15) Que ha poseído la visión más completa del Derecho romano, se ha colocado a la altura de Savigny para impugnarle y funda la famosa Interest Jurisprudenz.

(16) Arduoso germanista; a través del prisma de la Genossenschafts, imprime nuevas direcciones al Derecho privado.

Saleilles (17), Geny (18), Scialoja y Bonfante (19)..., ven- gamos al Derecho positivo vigente, y una sola ojeada nos advertirá las influencias del *Code* francés en España, Italia, Bélgica, Egipto y América; la del Derecho alemán en los Códigos suizo y austriaco, la de éste sobre la legislación de Polonia, Yugoslavia y Checoslovaquia; del Código suizo sobre el turco; del italiano sobre el español; del español sobre varios países hispanoamericanos, y en igual sentido se nos ofrece el acuerdo de unificación que desde fines del siglo XIX se desarrolla entre los Estados escandinavos, Finlandia y Estados bálticos, el proyecto franco-alemán —fracasado por razones comprensibles— de Código de las obligaciones; el influjo del Código alemán sobre el del Japón; la preponde- rancia del Derecho inglés en Norteamérica... y tantos otros casos (20), que tienen un antecedente marcado en los fenó- menos de la recepción y expansión de los ordenamientos ro- mano y germánico, página central de la Historia del Derecho y verdadero nudo gordiano de numerosos problemas de doc- trina, sistematización y técnica jurídicas que aun hoy nos salen al paso en múltiples instituciones de Derecho privado.

(17) Trabajador infatigable en la aproximación de las concepciones jurí- dicas francesas y germánicas.

(18) Renovador de los métodos jurídicos.

(19) Romanistas y civilistas a un tiempo, importadores a Italia de la más depurada técnica alemana en los métodos de investigación histórica.

(20) A lo dicho puede agregarse, siempre a título de ejemplo, que los textos de los Códigos de comercio de Haití y Santo Domingo son lite- ralmente el del *Code de Commerce* francés, así como los de Bolivia y Costa Rica, semejantes al español de 1829. Uruguay y Paraguay aceptaron al de Argentina, en cuya redacción, a su vez, se utilizaron los textos legales de España y Holanda. En Cuba se halla vigente, desde la época colonial, nuestro Código del 85. San Salvador tuvo en cuenta el de Portugal; Perú el de Italia; Venezuela y Méjico el alemán. En los Estados de California y Tejas, es bien visible la procedencia española de algunas instituciones civiles. En general, la legislación americana es una prueba irrefutable de lo indicado. (Cfr. Von Rauchaupt, «Correlaciones en el desarrollo de los derechos de Europa y América», Buenos Aires, 1928. Del mismo autor: «Estudio comparativo del Derecho español y el alemán», Madrid, 1923. En cuestiones de Derecho comparado, es clásica la obra de Lambert: «La fonc- tion du droit civil comparé», París, 1903.

Baste, en suma, con lo indicado para terminar afirmando, como conclusión manifiesta, que el contacto de los derechos nacionales, el entrecruzamiento de sus técnicas e invenciones, la asimilación reflexiva de las experiencias extrañas, el contraste, que es luz y sombra para que los perfiles conceptuales cobren vida, además de ser algo históricamente cierto, es lícito, útil y, en ocasiones, necesario. El Derecho es una disciplina del espíritu; tiene su filosofía y ésta no tolera los cerrados particularismos. Ha de ser nacional en la medida que lo reclamen la conciencia y las necesidades del pueblo a que se destina; las creaciones del jurista no pueden desconocer, en ningún caso, tan suprema exigencia. El ideal sería que tal fin fuera posible realizarlo con instrumentos —es decir, técnica, instituciones y concepciones— propios. Pero como no es dable que nuestra ciencia y nuestra técnica nos faciliten todos los recursos necesarios, ni cabe hablar, en sentido riguroso de una ciencia y una técnica nacionales, de aquí el apremio de admitir, directa o indirectamente, y tras escrupulosa adaptación, experiencias extrañas, las cuales, si sirven con eficacia la idea nacional propuesta, no podrán ser reputadas desde ese momento como ajenas. Ha de irse a esto, claro es, con exquisito cuidado, procurando obtener de lo propio el máximo de rendimiento, sin sacrificar, ante la comodidad de acudir a un modelo ya construído, la incomodidad y el trabajo en lo nuestro —muchas veces, por desgracia, desconocido—, remozarlo y ponerlo en condiciones de utilización. O, para expresarnos en términos más concretos, es preciso que nos preocupemos más del estudio y conocimiento de la tradición jurídica patria, no sólo con la laudable pero incompleta finalidad del historiador, sino con la inquietud del jurista actual, que ha de enfrentarse con el Derecho de una España que quiere renovarse bajo el signo señero de su grandeza pretérita (21).

(21) Las inmortales palabras y obras con que Menéndez y Pelayo advirtió y trazó el camino a seguir para la reivindicación de la cultura hispánica, han tenido hasta ahora muy escasa repercusión en la esfera del Derecho; para leer, por ejemplo, a Suárez de Mendoza, acudimos a Meerman. El

Ahora bien: frente y por contra al estimable contacto y comunicación con las culturas extrañas, aparece otra postura triste e ilegítima en absoluto: la copia servil, la impresionable sensibilidad que decreta sistemáticamente y sin reparos la superioridad de lo extraño y afirma con premeditación y no por mero descuido, la inferioridad de lo nacional, creyendo torpe o maliciosamente que el Derecho puede dar forma a un espíritu diverso, y que son posibles los trajes en serie para los cuerpos nacionales.

He aquí lo que a todo trance debe combatirse como indigno e injustificable política y científicamente (22).

EL DERECHO NUEVO Y SU DESTINATARIO

Otro aspecto interesante de la misma cuestión puede quedar formulado en la siguiente pregunta: ¿Cabe en nuestro Movimiento y, en general, en cuantos siguen las características del nuestro, la aspiración de un derecho unitario para la comunidad humana?

Por sabida y unánime corresponde al patrimonio común la idea de que Roma representa el triunfo de la universalidad sobre el principio de las nacionalidades, y el arquetipo de esta universalidad es el Derecho. Pero él y a través de él Roma, primero, se extiende, y después se sobrevive. Allí donde las armas encontraron barreras insuperables, el Derecho, silenciosamente, convenciendo, sin más dialéctica que la de su superioridad, logró conquistas que todavía hoy pueden y deben considerarse como no extinguidas. Cuando el

recuerdo a nuestros clásicos resulta, generalmente, caso insólito. Un Marqués de Olivart, en «La posesión» (Barcelona, 1884), donde junto a los artífices alemanes de la doctrina posesoria, encuentra lugar para hacer brillantes referencias a autores españoles, o un D. Felipe Clemente de Diego preocupándose de nuestro gran Luis de Molina, sobre el mismo tema, señalan ejemplos dignos de imitación y sirven de acta acusatoria al desvío señalado.

(22) En su momento nos ocuparemos del caso concreto de la España anterior.

Imperio material y político había cesado, en Bolonia, en París o en Salamanca, continuaba recitándose la respuesta con que Ulpiano, en la lejanía de la antigüedad clásica, ante un grupo de discípulos, resolvió la duda de cualquier patricio, del mismo modo que el labrador castellano o el campesino de la marca germánica, poseía o heredaba sus tierras conforme al *Corpus iuris*. La razón escrita encarnó, se hizo sangre y alma de las más diversas nacionalidades. Fueron sus vehículos, en distintos sentido, unas veces la fuerza militar, otras el Cristianismo —que además como religión y doctrina de la vida, infundió en el Derecho romano sus mandamientos (23)— y casi siempre la persuasión, con el auxilio, en todo caso, de ir impreso en una lengua que, como él, circulaba por todas las rutas del continente. El *ius civile* equivalente a la casi totalidad del Derecho, fué Derecho vigente hasta principios del siglo pasado en Francia, Italia, Alemania y España.

Junto a este caso, sólo puede citarse el del Derecho canónico, como ordenación supranacional, que por su origen, naturaleza y fin, no va vinculado a ningún territorio (24).

Ahora bien, el ejemplo del Derecho romano, con ser

(23) Como dice Carusi: «Diritto romano e patristica» (Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, vol. II, pág. 71), el cristianismo influye en el Derecho romano, no sólo como hecho histórico, sino como doctrina, transformándose en la Edad Media en religión común y derecho común de Europa.

Nuestra literatura jurídica cuenta con un reciente y documentado trabajo sobre la materia: Ursicino Alvarez, «Influencia del cristianismo en el Derecho romano» («Rev. Der. Priv.», julio-agosto 1941, págs. 317 a 332). La penetración de los principios cristianos en el ordenamiento jurídico se produce en progresión creciente a partir de la época pre-constantiniana, se extiende en la constantiniana y culmina en la justiniana. Justiniano fué el primer legislador católico.

(24) Sobre la coexistencia del ordenamiento jurídico del Estado con otros ordenamientos, en especial el de la Iglesia, es interesante el trabajo de Capograssi: «Note sulla molteplicitá egli ordinamenti giuridica» («Riv. inter. fil.-dir.», enero-abril 1939, págs. 9 y sigs.). Toda la historia del Estado —dice— no es más que la historia de esta exigencia de la verdad: frente a todos los ordenamientos, el Estado nada niega ni afirma; reconoce la multiplicidad y, porque la reconoce, afirma la unidad (pág. 23).

magnífico, carece hoy de eficacia como ruta a seguir. Es un gran acontecimiento histórico, un ciclo ya cerrado, que no parece posible pueda repetirse; digno siempre de admiración, pero inimitable, inasequible como ideal sin el peligro de la utopía. Constituye el exponente máximo del genio de un pueblo; mas como no fué una creación especulativa, sino eminentemente realista y práctica, es decir, producto de la vinculación de ese genio a un cúmulo de circunstancias, situaciones y edades sobrepasadas, aun resucitando el creador, resultaría imposible la obra.

Ni los pueblos viven hoy un derecho incipiente, consuetudinariamente desdibujado, con formas de expresión refraneras, insuficiente a todas luces para amparar su existencia y tráfico, ni hay tampoco un derecho nacional de tan bruja reciedumbre y superioridad que pueda imponerse por convicción a las comunidades nacionales.

Así las cosas, sólo podría repetirse una invasión jurídica, a virtud de las armas, en calidad de imposición. Este conducto desatentado no merece los honores de un comentario. El estado de hecho que presupone una dominación pacífica, no existe hoy.

En las líneas que acaban de escribirse se ha hablado de comunidad. La importancia y la renovada actualidad del concepto, nos mueve a dedicarle algunas consideraciones. ¿Qué es la comunidad? ¿Existe una comunidad universal, como antecedente indispensable para que podamos hablar de un derecho positivo universal, esto es, de un patrón jurídico normativo para todo el mundo?

El pensamiento racionalista ha venido balanceando sus elucubraciones entre dos concepciones extremas: individuo y humanidad. El individuo fué profusamente definido y sobrecargado de atribuciones, hasta convertirle en eje del sistema del Derecho y del Estado (25).

(25) Cfr. sobre individualismo: Fourmere, «Essai sur l'individualisme», París, 1901; Schatz, «L'individualisme économique et social», París, 1907; Vidari, «L'individualismo nelle dottrine morali del secolo XIX», Milán, 1909; Pagano, «L'individuo nell'etica e nel diritto», Roma, 1912-13; Vid. una

Rousseau (26) se emociona ante «el grande y hermoso espectáculo que es ver al hombre salir de la nada por sus propios esfuerzos, disipar por medio de las luces de su razón las tinieblas en las cuales la naturaleza lo tenía envuelto; elevarse por encima de sí mismo; lanzarse con las alas del espíritu hacia las regiones celestes; reconocer a pasos de gigante, cual el sol, la vasta extensión del universo...» (27). En la Declaración de los Derechos del Hombre se consagra que, «el fin de toda sociedad política es el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre». La razón, la voluntad y la libertad individuales son elevadas al rango de valores absolutos, determinantes de las concepciones jurídicas y políticas (28); y por este camino se llega al concepto de un individuo aislado, atómico, que no está unido a los demás sino por los vínculos que el derecho crea, tomándose la precaución —como dice Hauriou (29)— de eliminar de la lista de los derechos la libertad de asociación y fundación, porque existiría el riesgo de que resurgieran instituciones sociales, es decir, gremios, comunidades y congregaciones. Con exactitud ha podido afirmar Tönnies que «el hombre abstracto, la más apta, regular y perfeccionada de

copiosa bibliografía en Battaglio: «L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francesa», 1929. Cf. Cayret: «Le proces de l'individualisme juridique», 1932.

(26) Vid: «Discurso sobre si el restablecimiento de las ciencias y de las artes han contribuido al mejoramiento de las costumbres».

(27) Vid. Rousseau: «El contrato social o principios de Derecho político», trad. Velarde, París-Granier, 1910, pág. 4.

(28) Del Vecchio: «Diritto e personalità humana», cit. pág. 38. Describe así sus características: La persona humana es concebida por este sistema como el principio y el fin absoluto de toda institución política; su derecho es afirmado como la razón inmanente y constitutiva de todo gobierno. La libertad de todos los hombres y la consiguiente igualdad jurídica son declaradas como las condiciones *a priori* de la validez de las leyes y de la legitimidad del poder público. El individuo alcanza, por tanto, la soberanía en el orden del Derecho, del mismo modo que la razón individual es erigida en criterio soberano de la verdad...

(29) Hauriou: «Principios de Derecho público y constitucional», traducción Ruiz del Castillo, 1927, pág. 67.

todas las máquinas, ha sido construido y encontrado y debe contemplarse como un fantasma en la clara y sabia verdad del día» (30).

Ahora bien, frente a esta acabada, aunque falsa caracterización del individuo, la humanidad, término y concepto de más difícil concreción, quedó sin definir. En ocasiones no pasa de ser un recurso retórico, muy en armonía, por la confusa amplitud de lo que evoca, con la prosa siempre florida y casi siempre vacía de contenido del XVIII; late en el cerebro de los filósofos —y recordamos muy especialmente a Schopenhauer— como un hipotético ideal; los partidos políticos, que empiezan, no se conforman con prometer la salvación del pueblo de donde surgieron, sino que aseguran haber encontrado el remedio para todos los hombres. Pero si queremos saber más precisamente cuál es la esencia y el fin de esto que se halla en boca de todos con el nombre de humanidad, se nos dirá a lo sumo que tanto vale como «lo que tiene aspecto humano», limitándose luego a señalar que se debe «realizar este concepto en el individuo ...». Pero lo cierto es que entre individuo y humanidad media un abismo, sin que se ocurriera observar la existencia de alguna entidad entre ambas categorías, porque la «sociedad» —otra palabra muy en boga— no puede invocarse como categoría nueva y distinta: es mera pluralidad inorgánica, agregado, suma de individuos.

Con lo expuesto se comprende que tales conceptos carecen de sentido, no nos sirven. Así lo único que se señala es una masa amorfa y disgregada, y la masa amorfa no es, ni ha podido ser nunca, una comunidad.

La comunidad requiere, sí, una cantidad que es la masa. «No hay Patria grande, libre y fuerte si no tiene como soporte una enorme plataforma hecha con el aliento de las masas» (31). Un dogmático del fascismo italiano tan autorizado como Perticone, escribía recientemente que lo característico de toda Revolución es la intromisión de las ma-

(30) Tönnies: «Die Litte», 1908.

(31) Ledesma Ramos: «Discurso a las juventudes de España», pág. 51.

sas en los acontecimientos históricos (32). Pero para que este contenido se eleve a la categoría de comunidad es preciso que venga cualificada por un modo de pensar, sentir y querer, configurándose en unidad social, como producto de formación natural o espiritual desarrollado históricamente. La comunidad es, pues, para nosotros, masa nacional, masa que siente, piensa y quiere nacionalmente (33), que vive y se desarrolla disciplinadamente; todo lo contrario de suma arbitraria, es decir, unidad orgánica; todo lo contrario de multitud informe e indisciplinada, es decir, multitud homogénea y jerarquizada. Cuando Renard para formular su teoría de la «institución» (34), quiere resumir ideas, acude a la inspiración del filósofo chino: «... Yo amo la vida; pero yo amo también a los míos, y siento que mi espíritu es uno con ellos y que en ellos hay algo de mí mismo. Yo amo la vida; pero yo amo también a mi familia, a mi patria, a la civilización de que soy tributario. Mi vida está ligada a todas estas vidas; y si no pudiera conservar juntos ambos bienes, sacrificaría el de mi vida al bien común, que es mucho más precioso (35). De no establecer la diferencia señalada entre masa y comunidad, viene el grave daño de la posible absorción de la personalidad humana, que para nosotros es entidad real a la que precisa reconocer y proteger (36). La masa amorfa, en efecto, devora a la personali-

(32) Perticone: «*Sul regime di massa*», en «*Ius*», julio-octubre 1941, páginas 351 y sigs.

(33) La forma ética de la actividad humana no es la volición del bien universal, en cuanto propio de todos los hombres como tales, sino la volición de un bien universal a un determinado número de hombres; así Tommasini, en «*Política*», II, fás. I.

(34) Y entre «institución» y «comunidad» no median diferencias fundamentales, sino más bien terminológicas; Renard rechaza el término «comunidad» por el motivo —no muy justificado— de que, verbigracia, se aplica a la copropiedad. Vid. «*La Theorie de l'institution*», lec. 2.^a, y Corts Grau: «Georges Renard y su doctrina de la institución», en «*Rev. de Der. Púb.*», 1934, págs. 97 y ss.

(35) Renard: ob. cit., loc. cit.

(36) «Cuando el mundo se desquicia, no se puede remediar con parches técnicos: necesita todo un nuevo orden. Y este orden ha de arrancar otra

dad; y no tenemos que insistir en nuestro aserto porque aun nos duele el ejemplo de la España roja y al mundo civilizado la existencia de una Rusia soviética. La comunidad nacional, en cambio, se apoya en la personalidad humana (37), la salva y la dignifica. Alguien podrá creer que por tal camino desembocamos de nuevo en el individualismo, y en este alguien se recoge precisamente a los juristas, se alude a ellos por su amaestramiento en el manejo de los juicios asertóricos, a los que llegan sistemáticamente validos del ejercicio de la antítesis, *esto o aquello*. Mas, no hay tal cosa. Precisamente, en todos los Movimientos totalitarios se ha conjugado hasta la saciedad por sus conductores la persona-

vez del individuo. Oiganlo los que nos acusan de profesar el panteísmo estatal: nosotros consideramos al individuo como unidad fundamental, porque éste es el sentido de España, que siempre ha considerado al hombre como portador de valores eternos». Vid. José Antonio: Discursos, página 51. Todavía con mayor generalidad se sobrestima la significación del individuo en la pág. 89: «Precisamente, la revolución total, la reorganización total de Europa tiene que empezar por el individuo, porque el que más ha padecido con este desquiciamiento, el que ha llegado a ser una molécula pura, sin personalidad, sin sustancia, sin contenido, sin existencia, es el individuo, que se ha quedado el último para recibir las ventajas de la vida».

Cuando se logren los postulados del Movimiento sobre individuo, Patria y Estado, «sabremos —dice José Antonio— que en cada uno de nuestros actos es la más familiar de las tareas, estamos sirviendo, al par que nuestro destino individual, el destino de España, y de Europa, y del mundo, el destino total y armonioso de la Creación». Vid. «Discursos», pág. 91.

(37) La creación de la *personalidad* como valor del hombre es una conquista del Cristianismo. Los griegos la desconocen y, en general, toda la cultura pagana. Cfr.: De Rougemont, «La politique de la personne», París, 1934. Vid. también: Brucculerie, «Il concetto cristiano dello Stato», en «La civiltà catolica», 1938, vol. III, págs. 19, 32, 385; Baudonir, «Quelques aspects nouveaux du probleme», en «Revue Philosophique», 1938, páginas 307-323; Gonella, «La persona nella filosofia del diritto», Milán, 1938; O. von Hidelbrand, «Liturgia e personalità», 1935. La personalidad que supone el Derecho romano codificado como sujeto universal, es una elaboración de los tiempos avanzados. Labriola, «Del materialismo histórico», Roma, 1902, pág. 87. Vid. también: Battaglia, «Dell'individuo allo Stato», en «Riv. int. fil. dir.», 1933, pág. 319; y Del Vecchio: «Diritto e personalità umana nella storia del pensiero», Bolonia, 1917, y Speker: «Personallichkeitsrechte», 1911.

lidad humana y la comunidad como entes básicos de sus construcciones políticas (38). La opinión de Schmitt es bien concluyente: «En realidad —dice— no existe una «sociedad», «corporación» o «asociación» política: sólo hay una unidad política, una «comunidad política» (39). Y es también doctrina muy generalizada (40), la de considerar a los individuos, no como partes mecánicas aisladas, sino como células vivas y orgánicas que conducen, no sólo una vida individual, como pretende la extrema concepción individualista, ni sólo la vida del conjunto, como pretende el extremo universalismo mecánico, sino una doble vida: la propia y la de la comunidad.

Todo ello se reduce, en suma, a no considerar ambas entidades como antitéticas. Comunidad e individuo se complementan y superan en una unidad que campea sobre sus parciales contenidos y construcciones. No se excluyen, sino que se necesitan, hasta el punto de que si es imposible la existencia de comunidades sin un substractum humano, tampoco cabe hablar de individuos, en un sentido social, sino como miembros o elementos de una comunidad. Una y otro están entre sí en relación de coordinación en cuanto se necesitan y en relación de subordinación respecto del fin a que se destinan. El hombre alcanza la plenitud de su ser encuadrado en una comunidad robusta y homogénea: la comunidad será tanto más fuerte y duradera cuanto mayor sea el vigor de las personalidades que la integran. Esta mutua co-

(38) «El hombre no es lo que es sino en función del proceso espiritual a que concurre, en el grupo familiar y social, en la nación y en la historia...; fuera de la Historia, el hombre no es nada, Mussolini, en «Scritti», VIII, página 70.

Fulvio Maroi, en «Diritto civile e Fascismo, en «Archivio giuridico», 1935, pág. 22, escribe: «Para el Estado fascista, el concepto de persona no se identifica con el de entidad humana anónima, ni con el de la abstracta y democrática figura del ciudadano del 89; persona es el productor, el creador de riqueza, el promotor de la realidad económica y espiritual, el hombre corporativo. Es decir, *el hombre en cuanto se integra en una comunidad*».

(39) Schmitt: «Estudios políticos», pág. 140.

(40) Spann: «Der Wahre Staat», 1930.

municación y dependencia, este respectivo intercambio y enriquecimiento, son tales, que se llega a un punto en que la contraposición es más bien dialéctica. El *individuum*, además de lo que es en sí, como portador de un alma, es, como realidad de la comunidad del pueblo, el portador del espíritu general de su comunidad nacional; de modo que el sentir, pensar y querer del individuo sólo es imaginable como pensar, sentir y querer de la comunidad nacional en que se integra. Por ello, al ejercitar sus derechos, disputando su realización contra quien se oponga, no hace más que imponer la voluntad individualidad de la comunidad a quien la estorba o niega, con el auxilio coactivo de la misma comunidad. Y a contrario sensu, si el individuo desconoce su ámbito y acondicionamiento, se opera la decadencia y muerte de su personalidad (41).

Puede, pues, comprenderse y medirse la diferencia que existe entre el individualismo nuestro y el individualismo racionalista del viejo y nuevo pensar liberal, que es la expresión más decadente del pensamiento político (42).

Con lo expuesto, quedan fijadas, a nuestro modo de entender, las directrices fundamentales del Movimiento en pun-

(41) Vid. Binder: «Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Bürgerlichen Rechts».

Binder, uno de los filósofos más representativos del pensamiento alemán contemporáneo, pues recoge en sus últimas concepciones los principios del nacionalsocialismo, murió el 26 de agosto de 1939. El mismo ha hecho notar que pasó del positivismo al hegelianismo a través de Kant. En su «Fil. Jur.», pág. 56, advierte Sauer que siguió la marcha de la Filosofía de la Historia, y cansándose poco a poco de Hegel, hace gravitar su pensamiento hacia la filosofía vitalista. Bruno Leoni le dedica, en la «Rev. inter. de fil. del dir.» (julio-octubre de 1941, pág. 280), una nota cronológica en la que se señalan con exactitud las etapas de su evolución. Se distancia al mismo tiempo del positivismo de Bergbohm o Sander, del formalismo de Kelsen, del neokantismo de Stamler y de la fenomenología de Reinach o Kaufmann; define el Derecho como «superación del querer ser por sí, propio de los individuos, mediante la coacción externa, teniendo por objeto la constitución de una comunidad entre estos individuos y el desarrollo del espíritu humano, posible solamente a través de esa comunidad».

(42) Vid. Ledesma Ramos: ob. cit., pág. 39.

to a comunidad, su diferenciación de la masa y su coexistencia sustantiva con la personalidad humana (43). En su virtud, podemos contestar a la última pregunta formulada

(43) Para un mayor conocimiento sobre los conceptos de «comunidad» y «masa» Cfr. R. Michels: «Les Parties politiques», 1914; Geiger: «Die Masse und ihre Aktion», 1926; Binder: «Philosophie des Rechts», § 22; Jellinek: «Allgemeine Staatslehre», 3.^a ed., pág. 84; Tillich: «Masse und Geist», 1922; Sighele: «Psychologie des Auflaufs und der Massenverbrechen», 1897; Perticone: «Sul regime di massa», 1941.

Sobre personalidad es siempre interesante la ya clásica obra de Stern: «Person und Sache, System des Kritischen Personalismus», págs. 1.906 y siguiente.

La *comunidad* es un concepto filosófico jurídico de larga elaboración, que en el terreno del Derecho público se enlaza con la teoría de la Nación, el Estado y la familia, y en el terreno del Derecho privado con la noción de las personas jurídicas. Sin incidir en las exageraciones de Gierke y Wundt, debe afirmarse que se trata de una entidad que tiene como soporte personalidades individuales, pero que goza de una cierta autonomía frente a ellos. La pluralidad se resuelve en unidad (Cfr. Spann: «Fundamente der Volkswirtschaftslehre», 1923). «Una comunidad —dice Sauer— (en su «Filosofía jurídica y social», pág. 138) es la coincidencia de las tendencias valorativas de varios individuos... Tienen que gravitar hacia la misma finalidad y tienen que recorrer, no el mismo, pero sí parecido camino... Si los hombres no coinciden en aquello que aspiran, no llevan vida común y se limitan a una mera y positiva coexistencia, cada cual se siente por lo menos extraño al otro, sus tendencias valorativas se interfieren y se neutralizan mutuamente...»

Comunidad y sociedad se distinguen. Los vínculos de unidad son más fuertes en aquélla... Scheller («Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethie», pág. 101) advierte que la comunidad se basa en una voluntad de ser y surge originariamente, mientras que la sociedad es un producto de la cultura. En la sociedad predomina la idea del interés. Meyer, en «Rechtsphilosophie», pág. 25, identifica «Sociedad y Comunidad de intereses...». El propio Max Scheller, en otra obra, «De lo eterno en el hombre», pág. 254, insiste en estas ideas, siguiendo a Tönnies.

La comunidad, como noción jurídica, está hoy en auge, no sólo dentro de la teoría institucional (Hauriou, Renard). Mientras el individualismo estimaba que todas las instituciones —nación, estado, familia— asumían la figura del contrato (el de sociedad), que fué durante mucho tiempo el arquetipo de las construcciones jurídicas, la doctrina actual tiende a sustituir su hegemonía por la de la comunidad. No ha faltado quien propugne una posible coexistencia (Vid. Legaz, en «Contrato y Persona», en «Rev. Dr. Priv.», mayo 1940, págs. 89 y 99). «Pero si el individualismo y el pensa-

afirmando que el destino de nuestras normas jurídicas es el de la comunidad nacional, y que, por consecuencia, rechazamos el intento vacuo de un Derecho positivo universal.

De más está decir que las precedentes conclusiones en nada rozan el problema del reconocimiento y vigencia del Derecho Natural, del que nos preocuparemos en su momento oportuno, sin perjuicio de afirmar desde ahora su indiscutible existencia, no sólo a título de convicción íntima, sino como verdad objetiva y demostrada, a cuyo esclarecimiento y recta inteligencia tanto ha contribuído la Ciencia patria.

* * *

La cuestión arriba desenvuelta de un modo general y abstracto, nos conduce a otra más concreta. Con el calificativo de nacional, no se alude sólo a un Derecho para los españoles —a estos fines bastaría con hablar de Derecho común o general—, sino sobre todo a un Derecho de esencias españolas. Nuestro Derecho nacional, es decir, el ordenamiento jurídico de la comunidad española, para que efectivamente sea tal, ha de hallarse penetrado del ser histórico de España, de la España auténtica, que ha de ser reencarnada en sus valores eternos, expurgándola de toda costra exótica, de los snobismos infecundos y de las huellas dejadas por las fuerzas internacionales vergonzantes, sin caer tampoco en anacronismos de sensibilidad fofa ni en serviles copias extrañas, que adormezcan por comodidad, o ahoguen por falso complejo de inferioridad al genio nacional (44).

miento comunitario —escribe— son dos ideologías incompatibles, dos antítesis rigurosamente inconciliables, la sociedad y la comunidad son dos momentos distintos de la vida moral de la persona, y en cuanto tal, no se excluyen... La persona vive en sociedad y en comunidad como «persona jurídica» en sociedad; en comunidad como «persona pura y simplemente».

(44) «Nada de introducir ni copiar; lo que ocurre fuera es bueno para aprender y malo para importar. El que introduce, especula con la presunta inferioridad de su raza e incapacidad de la cultura de su Patria para alumbrar soluciones a los males nacionales; ello es injurioso y nocivo. El que

¿Pero qué es para el Movimiento el ser histórico de España, qué es para la nueva España lo Nacional? Uno de los más caracterizados precursores del Movimiento contestó que lo nacional era para los bolcheviques un hallazgo inesperado que habían recogido con verdadero júbilo (nosotros añadiríamos, recalcando, que encuentro falso, pues de nacional sólo han tenido, por no referirnos a su régimen de barbarie, más que un límite físico territorial impuesto, hoy en sistemática disminución por el empuje de las armas de los países cultos); que lo nacional para el fascista italiano era una necesidad ideal sin cuya existencia se sabe degradado, reducido a la vileza histórica; y, en fin, que para el nacionalsocialista alemán era una angustia metafísica, operando en él un resorte biológico profundo: la sangre (45). José Antonio identifica la idea de lo nacional con la de la Patria, como el único destino colectivo posible. Si lo reducimos a algo más pequeño, a la casa, al terruño, entonces nos

aprende, en cambio, respeta el sabio principio de la universalidad de la ciencia, válido en parte para las ciencias políticas y económicas y, asimismo, el magisterio sin fronteras de espacio ni tiempo que corresponde a la experiencia apilada de los hechos, a la Historia... Porque la política es esencialmente arte de cada día y la experiencia prima que debe aleccionar lo mismo a los gobernantes que a los conductores de multitudes, es la del propio suelo. Cada nación, como cada enfermo, tiene su diagnóstico y le tiene también cada momento nacional». (Onésimo Redondo, «El Estado Nacional», págs. 102 y 103).

José Antonio, refiriéndose a las anteriores afirmaciones de Onésimo, en que contesta al extranjerismo de que se quiere tildar al Movimiento, insiste: «Nos dicen que somos imitadores porque este Movimiento nuestro, este Movimiento de vuelta hacia las entrañas genuinas de España, es un Movimiento que se ha producido antes en otros sitios. Italia y Alemania se han vuelto hacia sí mismas en una actitud de desesperación para los mitos con que trataron de esterilizarlas; pero porque Italia y Alemania se hayan vuelto hacia sí mismas, ¿diremos que las imita España al buscarse a sí propia? Estos países dieron la vuelta sobre su propia autenticidad, y, al hacerlo nosotros también, la autenticidad que encontraremos será la nuestra, no será la de Alemania ni la de Italia y, por tanto, al reproducir lo hecho por los italianos o los alemanes, seremos más españoles que lo hemos sido nunca. («Discursos», págs. 36 y 37).

(45) Ledesma Ramos: ob. cit., pág. 143.

quedamos con una relación casi física; si lo extendemos al universo nos perdemos en una vaguedad inasequible» (46). No cabe duda que lo nacional, para el nacionalista español, se mueve en un marco de características especiales. España es la más antigua nacionalidad de Europa; la comunidad de más rancio abolengo; la primera que adquiere el rango de Estado en su significación moderna. Cuando otros países eran víctimas de un fraccionamiento material, político y religioso, España, a fines del siglo XV, había dado cima a la gran obra de su unidad física y moral, y a lo largo del siglo XVI, con esta base y con el empuje de sus armas, de su fe y de su sabiduría, se coloca a la cabeza de todas las nacionalidades. Mientras Francia, Alemania, Italia o Inglaterra habían de consumir sus energías en esfuerzos de pacificación interior, nosotros disponíamos de los mejores recursos para adentrarnos en empresas universales. Fernando de Acuña, el poeta predilecto de Carlos V anuncia al mundo en su famoso soneto: «Un monarca, un imperio y una espada». Don Marcelino Menéndez y Pelayo, hijo predilecto de la Raza, escribe que «España, que había expulsado a los judíos, y que aun tenía el brazo teñido en sangre mora, se encontró a principios del siglo XVI enfrente de la Reforma; y por toda aquella centuria se convirtió en campeón de la unidad y de la ortodoxia (47).

He aquí por qué ha sido y es consigna del Movimiento, fiel intérprete de nuestro destino histórico, afirmar esa unidad hasta morir por ella, frente a los torcidos intentos de secesión que todos desgraciadamente conocimos. Con visión profética se dijo (48), que esta afirmación tenía que hacerse por la guerra, «porque la trayectoria que siguen las fuerzas disgregadoras es algo que no puede ser vencido ni detenido sino a través de la guerra, es decir, a través de una revolución (ya su primer quebranto fué debido, el 6 de octubre, a la intervención de los cañones)»; e inmediatamente venía

(46) José Antonio: «Discursos», pág. 85.

(47) Calderón y su teatro. (Conferencia segunda.)

(48) Ledesma Ramos: «Discurso».

la admonición, al observar que la unidad no consistía en una simple destrucción de los afanes separatistas, pues España había de ser una realidad viva, actuante y presente para todos los españoles. En contra de los hechos y las razones históricas que pudieran alegar los disgregadores, se opone la convicción de que España no puede ser «una monstruosa equivocación de la Historia», y que su unidad, además de ser un hecho histórico formidable, nos es «tan necesaria como el aire».

La nación española y sus fuerzas revolucionarias coinciden en un único sentimiento y doctrina religiosa; las lenguas que se hablan en nuestra Península no plantean cuestiones bajo la égida de un Poder fuerte que les somete a una coexistencia jerárquica en base a su legítima importancia en calidad y extensión y, por último, en lo que se refiere a la raza, es problema que nos ha venido dado resuelto históricamente, tanto por las medidas pretéritas adoptadas, cuanto por la convicción de los intrusos de su incompatibilidad con nuestra intransigencia a la mezcla. ¿Qué queda, pues, de obstáculo serio y fundamental a nuestro intento revolucionario para que lo nacional sea una fuerza viviente y fecunda? Ya lo ha dicho el Fundador y lo repite el punto 2.º de F. E. T. de las J. O. N. S.: «España es una unidad de destino en lo universal». España es una empresa, una empresa nacional. «España no es un cualquier amorfo territorio, carente de historia y de futuro» (49). La España histórica, la España de los siglos XV y XVI fué una plena empresa: la unión de Castilla y Aragón, la terminación de la Reconquista con la rendición de Granada, la total unidad nacional con la conquista de Navarra, las guerras de Italia bajo el mando del Gran Capitán, una cultura española, de desvelo español, su difusión por medio de la Imprenta, una Universidad de Alcalá, ... y por sobre todo, la mayor de las gestas: el descubrimiento de América, el primer viaje de circunnavegación del globo, y con el descubrimiento de América,

(49) Ledesma Ramos.

una civilización, a la que aun no ha querido hacerse justicia (50).

Si existe, y ello es indudable porque triunfó, un espíritu nacional, no es necesario crearlo, basta con conducirlo, señalando la empresa, la eterna empresa nacional (51).

Si bastó el 18 de julio del 36, para encauzar aquellas energías desbordadas y contrapuestas, producto de dos siglos de vergüenza, dirigirlas hacia la empresa de liberar el territorio nacional, ¿cómo no ha de ocurrir otro tanto para mantenerlas unidas, en plena integración, enfrentándolas con la empresa del nuevo Estado?

Se trata de educar a la comunidad española en nuevos modos de comprensión de la vida y de servir el intento con estilo adecuado. La reconducción de las fuerzas ha de operarse bajo una doble consigna. Una de ellas es la vuelta al ser histórico de España, pero sin perder de vista el mundo de las realidades, de las internas y de las externas, de las presentes y de las que se avecinan; precisa mantener el espíritu auténtico español, pero adiestrado frente y sobre las nuevas condiciones existenciales de la vida, de donde arrancan concepciones y modos revolucionarios y formas especiales de expresión y ejecución eficaces, o sea un estilo; la obra de gobierno si quiere ser trascendente ha de contar con el esfuerzo colectivo, la experiencia nos obliga a considerar lo deleznable de lo taumatúrgico; el esfuerzo, pues, ha de ser colectivo, es decir, que en la empresa revolucionaria han de ponerse en tensión cuanto tenga categoría de valor en la comunidad, los espirituales y los materiales; pero algo más ha de ser un esfuerzo inteligente y disciplinado para que constituya servicio; ha de ser un esfuerzo con fe y sólo por la fe para que constituya sacrificio; ha de ser un esfuerzo

(50) Vid. el bien escrito libro de D. Eloy Bullón: «El doctor Palacios Rubios y sus obras», en especial págs. 2 y ss.

(51) Lo proclama este pensamiento de José Antonio: «Una Patria que nos una en una gran tarea común; tenemos una gran tarea que realizar; España no se ha justificado nunca sino por el cumplimiento de un universal destino, y le toca ahora cumplir éste».

coordinado que, sin detrimento de la personalidad, se ofrezca con modestia igualada y cristiana a la Patria, para que constituya hermandad. Con este esfuerzo colectivo se hallará el dique al vacío, el contenido bondadoso de la Revolución y la seguridad de una España mejor.

La segunda consigna a que aludíamos es la de la moral nacional. «España tiene que aposentar su unidad y su vigor sobre las anchas espaldas de una moral nacional, optimista y rígida. Ser español no es una desgracia, sino un espléndido regalo de la vida. Regalo en peligro y en riesgo permanente, que sólo puede ser retenido y conservado nutriéndose todos los días con una moral de sacrificio por la Patria...; su aceptación por «todo el pueblo» es la única garantía que los españoles tenemos de una existencia moralmente profunda... esa moral de temple ascético... En nombre de esa moral y de los que nos obliga, desarrollamos una acción revolucionaria, una lucha de liberación: liberación del español partidista, aniquilando los partidos. Liberación de los catalanes y vascos, luchando contra lo que les impide ser y sentirse españoles plenos. Liberación de los trabajadores, atrayéndoles a al causa nacional y aniquilando la injusticia» (52). El resumen que acaba de ofrecerse merece la reverencia de la copia, sin añadidos ni interpretaciones.

LA MISIÓN DEL JURISTA

La coyuntura que al jurista español le ofrece nuestra guerra y revolución, es envidiable. Le ha correspondido vivir en uno de los más interesantes períodos de la historia patria y de la universal. Ha sentido en su carne y en su espíritu la mentira y la horrorosa crueldad del sistema que sucumbió; no puede permanecer ajeno a los íntimos y comunes sentimientos de justicia que animan a nuestra Revolución en marcha. Pues bien, ¿cuál ha de ser su actitud ante este mundo en plena vitalidad y agitación que le rodea?

(52) Ledesma Ramos: «Discurso», págs. 48 y 49.

Primero, ha de colocarse en el plano de la observación más atenta; después, en el de la reflexión más escrupulosa. Cuando Geny (53) abordaba el problema de la elaboración científica del Derecho, sitúa al jurista ante un vasto *abstractum* social constituido por un complejo en constante movimiento de hechos materiales, de fuerzas físicas, fenómenos económicos, situaciones políticas, prácticas de toda especie, ideas, razonamientos, aspiraciones morales y religiosas; y su misión es dar forma exterior a las relaciones creadas entre los hombres. La vida del Derecho, a despecho de su independencia —escribe Gierke— (54) se encuentra, por efecto de las acciones y reacciones constantes, entrelazadas, como en un tejido compacto con las distintas manifestaciones particulares de la vida común. De aquí que Savigny (55) exija al jurista una doble capacidad: capacidad histórica para recoger con acierto todo cuanto hay de característico en cada época y en cada forma de Derecho, y capacidad sistemática para considerar toda idea y todo principio en íntima relación y en acción recíproca con el conjunto, que es tanto como decir en su posición natural y verdadera.

Ya siglos antes, nuestro Juan Luis Vives (56) más simplemente quizá, pero con la clara visión que es característica de su mente latina y mediterránea, había afirmado que el jurista «ha de conocer la naturaleza común del género humano y el ánimo y costumbre de muchas gentes y, sobre todo, muy bien las de su ciudad, lo que se consigue viendo mucho, observando muchas cosas y leyendo las gestas de los mayores y los cambios de los tiempos, las variaciones que alguna vez hayan tenido lugar en la república, para lo cual, como condimento, es necesario un grande y vigoroso juicio, por el que se anote y censure todo, a fin de que no injustamente se diere en la antigüedad a este género de hombres el apelativo de

(53) Geny: «Science et Technique en droit privé positif», III, pág. 4.

(54) Gierke: «Deutsches Privatrecht», tomo I, 1895, pág. 122.

(55) Savigny: «La vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho», pág. 60.

(56) Vives: Opera Omnia, ed. Moyans, págs. 415.

prudentes y se llamase la profesión misma jurisprudencia».

Tenemos, pues que el hombre de Derecho ha de desplegar su actividad en íntimo contacto con el proceso histórico a que asiste, compartiendo la realidad de la vida actual con el recuerdo constante de la realidad pretérita. El mejor soporte para sus construcciones, sobre todo si llegan a revestir la forma de leyes, es que tengan arraigo en la conciencia de la comunidad nacional, que no se presenten ante ella como categorías frías del pensamiento, quizá lógicamente exactas, pero desligadas del lugar, el tiempo y los hombres a que se destinan. Se ha dicho (57) que una importante y fructífera enseñanza del nuevo modo de entender el mundo es que el hombre de ciencia no debe aislarse y huir a espacios meramente espirituales, sino que, por el contrario, debe situarse en medio de las ocupaciones de la vida de su pueblo.

Se ha enterrado definitivamente a Kant como rector de la actividad del pensamiento; las matemáticas dejan de ser el arquetipo de las ciencias. Y no es que vaya ahora a desempolvase un irracionalismo niestzscheano, mas sí conviene que «cultura» y «vida» dejen de ser dos antítesis.

Se impone, pues, una reconciliación y coordinación de las actividades del espíritu con las necesidades y circunstancias de la Patria, de forma que la gran fuerza que aquéllas representan como riqueza de la nación, redunden en su engrandecimiento.

Al jurista debe preocupar sobremanera esta tarea. Para ello es preciso que sienta como el que más, con verdadera exaltación, su condición de miembro, de parte viva del grupo social en que se integra. Los conocimientos técnicos no sobran; cuando Bonaparte quiso realizar la obra de la Convención, llamó a cuatro de los más altos magistrados de la República y no se le ocurrió jamás la idea de que un veterinario, un comerciante o, incluso, un abogado sin pleitos, pudiera elaborar útilmente las leyes civiles (58).

(57) Hedemann: «Die Fortschritte des Zivilrechts». XIX. Berlín, 1935, pág. 336.

(58) Ripert: «Le droit civil moderne», París, 1936, pág. 33.

Pero los conocimientos técnicos no bastan; la frase lapidaria de Stammler: «el jurista que es sólo jurista, es bien triste cosa», puede tener diversos sentidos, pero no vacilamos en atribuirle éste: entre el enciclopedismo y la especialización, o mejor, por encima de uno y otra están aquellos «espíritus de poderosa constitución sintética» capaces de una «visión total y no fragmentaria y a quienes nada de lo que es humano deja indiferente» (59). La manifiesta amplitud de intereses y facetas vitales, físicas y psíquicas que entran en juego en toda ordenación jurídica, reclaman del jurista una gran capacidad comprensiva y de adaptación: rigor y flexibilidad intelectual al mismo tiempo, máxime si se piensa que todo interés lleva implícito, directa o indirectamente, el de la comunidad.

Culpaba Schweitzer (60) a los profesionales del Derecho de tiempos no muy lejanos, de haber degradado a éste y a la conciencia jurídica, y no podían hacer otra cosa —advier-te— puesto que en la ideología de la época no existía ningún fundamento en el que anclar un concepto vivo del Derecho; se hundió al faltar una concepción del mundo y no podrá renacer más que con una nueva concepción de éste.

Por fortuna, la situación actual no es ésta. El juicio de Schweitzer ha dejado de ser justificación para convertirse en exigencia. Por lo que en concreto afecta a España, es evidente que su revolución está llena de gritos y anhelos que, por su hondo contenido humano y justo, reclaman una configuración jurídica. Ni le falta al Derecho un ideal que realizar, además del intrínseco de la justicia, ni le falta al jurista una orientación. Los Códigos han solido presuponer siempre revoluciones. El nuevo Código civil italiano y el proyecto alemán en elaboración son los últimos ejemplos de una trayectoria consecuente. Los tiempos de «calma» que el fundador de la escuela histórica reconocía como únicos propicios a estos fines, en realidad no lo han sido. Esto prueba,

(59) Menéndez y Pelayo: «Ensayos de crítica filosófica». Edición 1918, página 378.

(60) Schweitzer: «Kultur und Ethik», prólogo, 2.^a parte.

entre otras cosas, algo que ya apuntamos en otras ocasiones: que la pura técnica no mueve a los hombres, ni mueve tampoco a los juristas. La mera posibilidad de hacer, no basta; hay que sentirse acuciado por una imperiosa necesidad; tener la conciencia de que la obra trasciende; que todo un pueblo la espera y la encarna. La famosa fórmula de Víctor Cousin: «El arte por el arte» generó una poesía decadente, rayana en el entretenimiento sensual; al fin, un estilo más. En nuestra disciplina, una fórmula semejante constituiría un equívoco y un pecado imperdonable. El Derecho no se agota en sí mismo, está al servicio de los fines humanos, como con palabras llanas dijeron y repitieron nuestros clásicos. Cuando Erasmo se mofa de los jurisconsultos, no piensa en el legislador romano, ni en el intérprete, que tan poderosamente contribuyeron a la formación del Imperio, sino en aquella Universidad de París de fines del siglo XIV, donde, olvidado ya el juicio firme de Santo Tomás, el nominalismo y el realismo habían prendido en la Jurisprudencia hasta convertirla en arte dialéctico, inútil para el aficionado y en grave enfermedad para la gente que había de padecerla.

Es innegable que la tarea que tenemos emplazada no se halla exenta de dificultades. La historia nos alecciona con fracasos y éxitos ante trances análogos. Téngase en cuenta, además, que no nos incumbe sólo hacer de nuevo, sino deshacer y rehacer, en gran parte, lo anterior. Lo mismo que se nos legó una Patria, virtualmente deshecha en lo material, sus instituciones se nos entregaron de igual modo relajadas y en situación caótica. Especial cuidado debe poner el jurista en analizar y desentrañar el cúmulo de errores en que se había incidido, para eludirlos primero y remediarlos después.

Feuerbach, reconocido como el fundador de la Filosofía jurídica alemana, escribió: «El jurisconsulto, pero sólo el jurisconsulto filosófico, es el llamado a servir de consejero al legislador del Estado» (61). La mejor prueba de la vincu-

(61) Vid. «Uber Philosophie und Empirie ihrem ver háltnisse zur positivem Rechtswissenschaft», pág. 94.

lación del Derecho con la gobernación del país nos la ofrecen los romanos. Los políticos cultivaban el estudio del Derecho, porque responder a los privados, que requerían consejos de leyes, era el medio más seguro para lograr una ventajosa posición social. El jurisconsulto estaba presente en todos los negocios del Estado, e incluso en la esfera militar para aconsejar al «dux»; le eran consultadas las más diversas cuestiones de la vida, por lo que Cicerón refiere (62) que él había de responder «de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio» (63). El jurista —dice Ihering— era el hombre de confianza de la familia, sin su consejo nada se concluía ni se determinaba; en una palabra, tenía a veces el carácter que ocupa en nuestros días el confesor; sus buenos oficios precavían el daño, mientras los del jurista moderno a menudo sólo buscan el repararlo.

Lo que se buscaba en la Jurisprudencia, y en ella se apreciaba, no era solamente el orgullo científico que el estudio produce, la distracción o el recreo, sino también la ocasión de poder ser útil, aun sin ejercer ninguna función pública. La Jurisprudencia daba satisfacción completa a la necesidad científica, colmaba los deseos de todos los hombres y, por su especial naturaleza, que la impelía a su actividad práctica, tenía siempre por fin la generalidad. Ella, poniendo en juego todas las fuerzas activas que no encontraban su verdadero lugar de aplicación o que no llegaban a utilizarse en el ejercicio de los servicios públicos, respondió a todo lo que la vida podía exigir, procurando, incluso, dar más de lo que se pedía. La casa del jurisconsulto estaba abierta al público; cada uno entraba y salía a su antojo, puesto que todos tenían a ella libre acceso. El era, según dice Cicerón, el oráculo de la ciudad y su oficio formaba parte esencial de la fisonomía de Roma. No hay palabras bastantes para insistir sobre la participación práctica de la Jurisprudencia en la vida de la

(62) De orat., III.

(63) Vid. sobre clases de jurisconsultos y abogados, Piola Castelli, en Digesto italiano «Jurisprudencia».

ciudad. La omnipresencia del jurista era, pues, en primer lugar, una ayuda indispensable para el comercio jurídico y, además, ejercía sobre él una influencia saludable, de modo que la intimidad de relación entre la Jurisprudencia y el comercio jurídico les servía a los dos: al comercio jurídico, porque la Jurisprudencia, pulsándole, proveía a sus necesidades, suplía sus defectos y remediaba sus males; a la Jurisprudencia, porque sin rehusar nada a las exigencias del comercio jurídico, podía darle la forma que debía tener como más deseable desde su punto de vista.

Con algunas variantes, el fenómeno se repite en nuestra edad de oro. Cuenta, en efecto, Diego Hurtado de Mendoza que «Pusieron los Reyes Católicos el gobierno de la justicia y cosas públicas en manos de letrados, gente media entre los grandes y pequeños, sin ofensa de los unos y de los otros, cuya profesión eran letras legales, comedimiento, secreto, verdad, vida llana y sin corrupción de costumbres; no visitar, no recibir dones, no profesar estrechura de amistades, no vestir ni gastar suntuosamente, blandura y humanidad en su trato; juntarse a horas señaladas para oír causas o de-terminallas, y tratar del bien público» (64).

Un ilustre maestro español añade: Esta eficaz intervención de los juristas en las funciones de gobierno durante aquel reinado y también en los inmediatos, no había sido todavía suficientemente estudiada por los historiadores, ocupados con exceso en el relato de las batallas y acontecimientos ruidosos. Pero, ¿quién puede negar que en la perseverante y callada labor de estos hombres de Derecho está en gran parte la explicación de mucho de los éxitos de aquellos años? Ellos fueron a manera de un Estado Mayor civil, que auxilió a la Corona valiosamente en la gobernación de sus vastos dominios, la asesoró con sus consejos y la ayudó en sus luchas contra las clases privilegiadas» (65).

(64) Vid. Diego Hurtado de Mendoza: «Guerra de Granada hecha por el Rey de España Don Felipe II contra los moriscos de aquel reino, sus rebeldes», libro I, pág. 70 de la edición. Rivadeneyra, Madrid, 1852.

(65) Vid. Eloy Bullón: «Un colaborador de los Reyes Católicos: el doctor Palacios Rubios y sus obras», págs. 5 y 6.

Lo dicho pone de relieve, una vez más, el importante cometido que el jurisconsulto, por su profesión, está llamado a desempeñar en la obra revolucionaria. La ciencia jurídica tiene, entre otras, la ventaja de educar y disciplinar con gran eficiencia el pensamiento científico. No sólo proporciona un conocimiento, que es la finalidad común a todas las disciplinas, sino que, además, forja un tipo de hombre que no puede ser nunca el puro hombre de ciencia en el sentido que suele darse a esta expresión, porque todos los problemas del Derecho son también problemas de la vida, pero que tampoco puede dejar de ser verdadero científico, investigador unas veces, técnico otras. Ninguna otra actividad reclama, del que la ejercita, un poder de comprensión tan grande: el mundo jurídico es ilimitado y cambiante, constantemente se renueva, sin que por ello, no obstante, lo anterior se extinga. En el Derecho empiezan a vibrar pronto las transformaciones políticas y sociales; pero el eco de la Historia jamás deja tampoco de oírse. El jurista ha de ser sensible a lo que le rodea, impresionable; ha de utilizar todos los medios posibles para penetrar en la entraña de las cosas, sea el conocimiento o el sentimiento; pero para que los materiales así adquiridos den lugar a una construcción jurídica, es preciso que la razón más escrupulosa los depure, pondere y mida. La tarea requiere sosiego y plenitud mental, flexibilidad para adaptarse a la multitud de supuestos, profundidad y agudeza para calar en la esencia de los intereses en juego; rigidez y fortaleza para apurar todas las posibilidades de una hipótesis; don de comparación; aptitud para sutillar en el detalle, mediante la descomposición atómica del análisis, pero habilidoso también en las visiones panorámicas y de conjunto, con objeto de fundir en unidad orgánica todo aquello que ha triturado y diferenciado, oscilando desde la anatomía hasta la silueta; previsión, en fin para, antes que la realidad le muestre sus aciertos o sus errores, darse cuenta de las consecuencias. Precisa un innegable adiestramiento dialéctico, recursos lógicos. Ahora bien, ni el jurista ni el Derecho pueden ser pura lógica. Si tal llega a suceder, como en ocasiones ha ocurrido, es síntoma de que uno y otro han

degenerado. Su naturaleza es más compleja. La lógica se presenta sólo como un importante factor metodológico, pero necesita un contenido real. Las distintas instituciones no son una serie de conceptos; el concepto es la forma, la expresión intelectual del conjunto de relaciones humanas que constituyen el *abstractum* de todo ordenamiento jurídico.

El Derecho es una ciencia al mismo tiempo positiva e ideal, material y espiritual. Surge allí donde los intereses de los hombres se entrecruzan y se enfrentan y luchan a veces movidos por ambiciones mezquinas en un clima de pasiones y necesidades, pero pretende precisamente la superación de todo esto, poniendo paz donde hay guerra y justicia donde hay lesión de los bienes jurídicos, para que el orden y la jerarquía imperen en las relaciones de coexistencia.

He aquí también el amplio campo en que el jurista se ejercita. Es un hombre como los demás; padece las mismas debilidades, pero se exige de él que sepa elevarse y elevar el nivel de las sociedades.

Cuando, como ahora entre nosotros, late el empeño de forjar un Derecho nuevo, creemos oportunas estas llamadas a la importancia y a la dificultad de la misión del jurista. Su aportación es indispensable para enfocar con acierto la multitud de problemas que en este orden de ideas hay planteados; unos viejos, pero que todavía claman soluciones dignas, otros recientes, producto de las nuevas situaciones creadas y de la nueva dirección que ha cobrado la empresa política. Sin experiencia profesional no se está en condiciones de modificar o demoler las instituciones o los sistemas que no nos sirven, y menos aún en condiciones de edificar lo que necesitamos. El Derecho tiene su técnica y su propeutéica; es más, requiere dotes naturales. No deben correrse los peligros de la improvisación. En el mejor de los casos, las intenciones bondadosas, no profesionales, podrían conducir a descubrir mediterráneos.

Ahora bien: lo que sí ha de cuidarse mucho es que su aportación no sólo sea técnicamente valiosa, sino, sobre todo, franca y sincera, de absoluta entrega, como franca y sincera ha de ser también su adhesión al Movimiento. Junto a la

profesión y a la experiencia profesional, al lado de la ciencia y de la técnica, exigimos siempre un corazón ilusionado y generoso que sienta como algo suyo y de los españoles la grandeza pasada y la necesidad imperiosa de remarcarla y renovarla en el destino que la patria de hoy se ha trazado a sí misma.

LA PRIORIDAD DE LA FILOSOFÍA

Parece indudable que la Filosofía del Derecho, como disciplina unitaria y de esencias universales, ha de preceder normalmente a la labor del jurista. Por lo menos, no es posible prescindir de ella; no podemos acercarnos a los problemas jurídicos sin una orientación preliminar, sin unas ideas generales, filosóficamente elaboradas, que puedan servir de base a las cuestiones concretas. La actitud ingenua, intuicionista y unilateralmente inductiva, que propugna la fenomenología, carece de un fundamento sólido; quizá sea posible como método de laboratorio, pero fracasa ante la realidad.

Por otra parte, tampoco basta el puro criterio jurídico, como en un principio pretendió el positivismo, habiendo luego de reconocer su error al escindirse en direcciones, como el historicismo y la denominada política del Derecho —floreciente de manera especial en el campo del Derecho penal— que ponen de relieve la insuficiencia de lo estrictamente jurídico y la necesidad de dar cabida a otros elementos en la formación e investigación de nuestra ciencia. Dice con acierto Cathrein que el Derecho es más antiguo que los juristas y los filósofos; ni unos ni otros han producido el Derecho, sino al contrario. El jurista debe explicar y fundamentar el Derecho, que constituye una base principal de la vida social. Así como exigimos del físico que nos explique el fenómeno de la luz y del filósofo que nos aclare el concepto del tiempo, bien conocidos uno y otro desde un punto de vista universal, así también esperamos del jurista o del filósofo del Derecho que nos expliquen y analicen, no un concepto

del Derecho, arbitrariamente construido, sino el conocido de todos y a todos común (66).

Ya es significativo que el propio Puchta reconociese la insuficiencia de la Jurisprudencia para llegar al concepto del Derecho, reclamando a estos fines la ayuda de las disciplinas filosóficas (67). Y un positivista tan rebelde como Bergbohm —que se vanagloria de haber dado el golpe de gracia al iusnaturalismo— se lamentaba de que se hubiese roto el puente entre la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho. En la esfera de todo estudio científico —dice— sería de desear la colaboración, decidida y saludable, de los filósofos. No basta la simple afirmación, explicación y ordenamiento de la materia del Derecho positivo como tal. Del mismo modo que la humanidad jamás puede dejar de perseguir al conocimiento de los principios más altos, tampoco la Jurisprudencia puede creerse en el plano de la legítima condición científica, si al menos no intenta, seriamente, la compenetración filosófica de los resultados de las investigaciones parciales de los juristas (68).

Cierto que la Ciencia del Derecho, como disciplina positiva, no viene acotada dentro del campo estricto filosófico, en cuanto su objeto fundamental es el conocimiento de un derecho dado; le atribuye May (69) una amplitud con la que no estamos del todo conforme al señalarle la triple función de investigar el Derecho, que es, el que ha sido y el que debe ser, pues los dos últimos cometidos no son peculiares de la Ciencia del Derecho en sentido propio, sino respectivamente de la Filosofía y de la Historia del Derecho. Ahora bien, lo que de ningún modo parece posible es una disociación e independencia. Durante mucho tiempo el Derecho ha vivido vinculado a la Filosofía moral y a la Teología. Suscribimos, por lo atinadas y oportunas, las siguientes consideraciones: «Admirábase Proudhon de que al abordar una

(66) Vid. Cathrein: «Filosofía del Derecho», pág. 39.

(67) Vid. Puchta: «Kursus der Institutionen», I, pág. 32.

(68) Cfr. Bergbohm: «Jurisprudenz und Rechtsphilosophie», págs. 4 y 7.

(69) Vid. May: «Introduction a la Science du Droit», 1932, pág. 60.

cuestión política le saliera siempre al encuentro una cuestión teológica. Pero, como cuerdateamente observa el Marqués de Valdegamas, nada hay que pueda causar extrañeza si no es la extrañeza misma del escritor francés ante un hecho tan natural y tan inevitable... Filosofía y Leyes, Metafísica y Estado, son conceptos inseparables. Incluso la concepción materialista de la vida y, por lo tanto, del Derecho, lleva implícita una metafísica a su manera, ya que metafísica es también pretender saber, no lo que hay, pero sí lo que no hay más allá del conjunto de los fenómenos sensibles.

Por esta relación tan estrecha entre los estudios filosóficos y los estudios jurídicos, no puede prescindir la Jurisprudencia de dar una base filosófica a sus disquisiciones sobre las leyes de la sociedad, ni debe prescindir el filósofo de razonar los principios capitales del Derecho, en armonía con las conclusiones a que le hayan conducido sus investigaciones sobre el mundo, el Hombre y el Hacedor Supremo.

Se explica que los grandes jurisconsultos de todos los tiempos hayan sido grandes filósofos; se comprende que los más insignes filósofos y teólogos hayan ilustrado con viva luz las cuestiones capitales del Derecho público y del Derecho privado.

Acaso nunca se haya hecho esto de manera tan cumplida como en nuestra gran escuela teológica-jurídica del siglo XVI. Teólogos, filósofos y juristas fueron, al mismo tiempo, los grandes pensadores españoles de aquella centuria que en obras notabilísimas discutieron con amplitud y explicaron, casi siempre, con sagacidad, graves problemas que constituyen hoy capítulos muy importantes de la Filosofía jurídica» (70).

La realidad presente es, y no por fortuna, muy otra. Los jurisconsultos han mostrado cierta indiferencia hacia la filosofía. Prescindiendo de lo que las direcciones ideológicas puedan contribuir a determinar esta actitud, quizá quepa explicarla como un gesto egoísta de pretenciosa suficiencia.

(70) Vid. Eloy Bullón: «El concepto de la soberanía en la Escuela jurídica española del siglo XVI», Madrid, 1935, págs. 11 y 12.

un querer bastarse a sí mismo, creyendo que de tal forma cobra altura el propio cometido; pero las autarquías son muy difíciles en el campo de la ciencia, porque el tronco, en un principio, fué común; los griegos agrupan, bajo un mismo nombre, la totalidad del saber y del obrar, los conocimientos y las virtudes.

La actitud filosófica busca lo uno en la variedad, lo común, superior y reflexivo que une y dirige a lo que aparece disperso, el beber las esencias universales (71); el asegurar, con la mayor exactitud y legitimidad, el conocimiento científico para procurar al hombre la satisfacción de sus intereses para convertirle en soberano del mundo que le rodea, haciéndole conocer y distinguir las leyes de la naturaleza, con su carácter necesario, de aquellas otras de carácter moral que rigen las llamadas ciencias del espíritu, a las que pertenece el mundo histórico y político, el mundo del Derecho y del Estado (72).

Al investigarse el Derecho, desde un punto de vista filosófico en su unidad armónica, hay que preguntarse, consecuentemente, cómo se enlaza el Derecho con la totalidad de la existencia humana; nuestra mirada se encuentra así con la multitud infinita de acontecimientos en que por series inmensas se van desarrollando los destinos de los hombres (73).

La Filosofía del Derecho (74), es una ciencia integradora

(71) Vid. Max Scheler: «El saber y la cultura», en «Rev. Occidente», 1934.

(72) Vid. Binder: ref. cit., inserta en el núm. 7 de «Escritos de la Academia para el Derecho alemán».

(73) Vid. Stamler: «Tratado de Filosofía del Derecho», pág. 18.

(74) Refiriéndose al valor y a la función de la Filosofía del Derecho, dice Sternberg que a todos interesa «saber si realmente el Derecho es posible o si lo que consideramos como Derecho es una apariencia que encubre arteramente la superioridad brutal del poderoso y desaprensivo, de tal manera, que nunca se trate de quién tenga la razón, sino de quién detenta la razón (metafísica del Derecho); si el Derecho es un bien, o, como sostienen los anarquistas, la suma de la insensibilidad y el mal, a causa de la coacción que le es peculiar, de su estricta realización del instinto de represalia y de su formalismo (ética del Derecho); de qué manera haya

y de extensos horizontes que se sume en el fondo de los fenómenos jurídicos para inquirir y sacar a flote sus íntimas esencias, poniendo de relieve las causas y los fines; descien- de, sí, a los hechos, pero inmediatamente se eleva sobre ellas. Ocupa el eslabón al mismo tiempo superior y primario de la jerarquía. Mientras ella camina a la obtención del «conocimiento», las disciplinas particulares, tal el Derecho, se dirigen a la busca de «conocimientos». A pesar de todo, debe tomar también en consideración los materiales que le suministra la ciencia del Derecho; de lo contrario, se corre el peligro de incurrir en un racionalismo dogmático, abstracto e improductivo (75).

No ha de perder el contacto con el mundo ¡qué a la maravilla supieron aunarlos filósofos de la escuela española, la experiencia y la época con el raciocinio!

Recuérdense, por ejemplo, como muestra insuperable, las «Relecciones» del P. Vitoria (76). Del Vecchio se ha esforzado en acortar las distancias entre el desarrollo histórico del Derecho y el ideal de la Justicia, advirtiendo un acercamiento de aquél a éste. «Se da, pues, una tendencia hacia el encuentro entre el hecho histórico y el ideal, lo cual no debe maravillarnos, puesto que es el mismo espíritu humano el que produce el derecho históricamente y el que lo piensa y lo

nacido el Derecho, si está llamado a cesar y qué situación está llamado a llevar a los hombre (filosofía de la Historia del Derecho); con arreglo a qué leyes la conciencia del Derecho influye en el alma (psicología del Derecho), que comprende la caracterología del Derecho que intenta obtener la diferencia de las manifestaciones de la conciencia y cuestión, finalmente, de cómo el individuo o la masa se educa para el Derecho o es educada por él (pedagogía del Derecho), Sternberg, «Introducción a la Ciencia del Derecho», trad. Rovira, 1930, págs. 15-16.

(75) Vid. Gurvitch: «L'expérience juridique», pág. 16.

(76) El elogio de esta característica de los juristas españoles lo ha hecho cabalmente D. Eloy Bullón en su discurso de recepción ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas al desarrollar como tema «El concepto de la soberanía en la Escuela jurídica española...» La distingue, en efecto, de los soñadores políticos de todos los tiempos el haber interrogado con insistencia a la Historia y a la Vida, combinando sabiamente el método analítico y el sintético y llegando así a conclusiones llenas de sensatez. Página 13.

contempla en sí mismo *sub specie aeternitate*; sintetizando la historia y especulando sobre el ideal, la Filosofía del Derecho se hace intermediaria entre aquélla y éste, y, por ende, vehículo del progreso jurídico (77).

Pero la demostración más concreta de la prioridad de la Filosofía del Derecho se compulsa, en cuanto el jurista, llamado a la tarea del Derecho nuevo, se pregunta adónde debe encaminarse. Sin duda, se dirá a sí mismo que pretende la realización de lo «Justo». Y ¿cómo si no a través de la Filosofía puede llegar a la posesión de esta idea? Stahl empieza su obra —cuya ortodoxia por lo demás ponemos muy en duda— con esta sencilla afirmación: «La Filosofía es la ciencia de lo justo» (78).

Y he aquí la cuestión: ¿qué es lo justo para el Derecho nuevo? Al formularla, no pretendemos entrar en ella con la impertinencia de dar una contestación categórica. Nos mueven otros fines más modestos, pero legítimos. Queremos salir al paso de ciertas corrientes llegadas de fuera y que tratan de establecer una contraposición rígida entre lo «justo» antes y después de los movimientos totalitarios, llegando a negar la existencia del concepto absoluto de lo justo (79).

No aceptamos semejante relativismo; sería ir en contra de nuestros ideales y de nuestras convicciones; equivaldría a desoír, no ya las enseñanzas de la más pura tradición filosófica patria, sino, incluso, negar algo que, por raza, carácter y formación, nos distingue. Un derecho que se apoyase

(77) «Filosofía del Derecho», pág. 6.

(78) Vid. «Filosofía del Derecho», trad. Enrique Gil Robles.

(79) «Para amplios círculos de filósofos y no filósofos, no existen hoy valores absolutos, no solamente lógicos, sino tampoco éticos, estéticos y religiosos. Todo esto es, según ellos, íntegramente, sin dejar resto, dependiente de la cultura, del carácter nacional y de otras cosas. No hay, por ejemplo, una religión ni una ética absoluta. Una forma de religión, una ética, es justa para este tiempo y este pueblo; la otra para otros tiempos y otros pueblos. Tampoco hay muchas cosas del mundo existente en sí, sino que el mundo es realmente como a cada uno le parece. El mundo de la percepción es lo único real: más allá, no hay nada». Müller: «Introducción a la Filosofía», Madrid, «Rev. Occidente», 1934, pág. 94.

en dicha concepción, como punto de partida, jamás podría merecer el título de nacional; violaríamos, pues, uno de los postulados básicos que deben animar nuestra obra. La idea o el valor de lo justo es idea o valor absoluto. Lo mismo que la Verdad, la Bondad y la Belleza. Son categorías permanentes, con existencia objetiva y superior a las contingencias de lo humano. Vive la Justicia en una esfera extraña al convencionalismo, libre de alteraciones, aunque no se ejecuten sus mandatos. Ha sido y es la misma en todos los hombres y en todos los tiempos; escapa, pues, a las leyes históricas del hegelianismo. Tiene el carácter de Virtud o, mejor aún, el de conjunto y suma de virtudes, y las virtudes no cambian, aunque las conductas se transformen y fluctúen. La aproximación advertida por Del Vecchio —a que antes se alude— entre el ideal de la Justicia y el desarrollo histórico del Derecho, la aceptamos, pero a costa de considerar como inalterable el ideal; es el Derecho el que se aproxima.

Puede aspirarse a todo, si se quiere, menos a crear un concepto de lo justo, que es algo dado y existente por sí, nuestro y de la humanidad, exento de individualismos y nacionalismos. Las diferencias que antes y después de nuestro Movimiento cabe observar se refieren, no a la Justicia en sí, sino a su realización o actuación práctica. El Derecho nacional futuro no será nuevo y distinto porque pretenda otra Justicia nueva y mejor, sino porque realice mejor la Justicia universal y única; porque escuche los mandatos que otros desoyeron; porque se acerque al ideal de que otros se apartaron; porque acomode mejor con la precisión posible la materia *contingente* a los dogmas inmutables (80).

(80) Como dice Renard, «el gran problema —el problema fundamental del Derecho— es la incorporación de la *idea de lo justo* a la materia suministrada por un medio histórico determinado. El Derecho positivo será un cuerpo inerte si no está elevado por la *idea de lo justo*; ésta es su alma viva y vivificante. Las más pequeñas prescripciones de las leyes y de los reglamentos, los ínfimos detalles del procedimiento, las mezquinas formalidades de la burocracia administrativa y procesal, todo, directa o indirectamente, debe estar informado por aquella idea; y ello siempre en esta

Corolario de los principios sentados es el proclamar la existencia del Derecho natural, harto discutida en otros países; si bien nos agrada advertir cómo, por muchos que sean los combates, no logra extinguirse esta vieja verdad que, incluso, en algunos sectores de la doctrina más reciente florece con renovados bríos. La Filosofía del Derecho fué durante mucho tiempo Derecho natural, o mejor, cuando la Filosofía del Derecho en su significación moderna no había nacido, el Derecho natural contaba con largos siglos de existencia. Por lo que a España se refiere, bien podemos decir que el Derecho no ha tenido más Filosofía que ésta; lo demás no pasaron de ser vanos intentos de importación sin arraigo. ¿Qué nombres pueden colocarse al nivel de los de Francisco Suárez, Domingo Soto, Luis de Molina, Francisco Sánchez, P. Mariana, Fernando Vázquez de Menchaca, Antonio Agustín, Cardenal de Lugo?

La compatibilidad de lo justo, inmutable y eterno, como patrimonio del Derecho natural y la cambiabilidad de lo justo con relación a los Derechos positivos, es un problema advertido y resuelto, como se sabe, desde los tiempos más antiguos. Aristóteles, en su *Ética a Nicomaco*, dice que «Non enim in locis aequales sunt vini triteique mensurare»; Santo Tomás, en la *Summa* (Prima secundae) recoge y confirma con su autoridad la idea que luego ha de glosar, con su perfección acostumbrada, Francisco de Suárez en estos términos: «Se ha de considerar, pues, que aquellas cosas que consisten en cierta adecuación y cuasi relación, pueden

Nación y en este instante de su Historia, en este medio económico, en este estado de la industria y el comercio, etc.

El Derecho es un cuerpo múltiple, animado por un fuego único: *La idea de lo justo*. Lo Justo es una Idea, es decir, una Forma: una Forma constante impresa en una Materia variable.

«Vosotros conocéis —sigue diciendo Renard— la estatua simbólica de la Justicia, la mujer de los ojos vendados, portadora de la espada y la balanza; puede ser tallada en la piedra o en el mármol, fundida en todos los metales; así, cada medio social no es más que una *Materia* dispuesta a recibir la impronta inmutable de la Justicia» («Le Valeur de la Loi», París, Sirey, 1928, págs. 8 y 9.)

mudar de dos maneras: o casi mudar o dejar de ser, a saber: o intrínsecamente por la mudanza de sí mismas, como el padre que deja de ser padre si muere; o extrínsecamente tan sólo por la mudanza de otro, como el padre deja de ser padre por la muerte del hijo; el cual dejar de ser no es mudanza en el padre, sino que lo concebimos y significamos a modo de mudanza. En la ley positiva, pues, ocurre mudanza del primer modo, porque puede ser abolida; mas no en la ley natural, sino sólo del segundo modo, por la mudanza de la materia; de suerte que la acción es sustraída de la obligación de la ley natural, no porque sea abolida o disminuída la ley natural, pues siempre obliga del mismo modo y obligó; sino porque se muda la materia misma de la ley» (81).

Ha dicho con acierto un autor que «la sabia y consoladora unidad intelectual medieval está viva aún en Suárez, y es la que impide que, dada su teoría del cambio en el Derecho natural, por cambiar su materia, caiga en los escollos que ha caído después la ciencia del Derecho. El escollo del formalismo, al apartar la materia como lo mudable de las formas abstractas vacías con las que juega; el escollo del materialismo, al sobreestimar la materia como *abstractum* real natural, cuyos cambios determinan los del Derecho, mera construcción verbal» (82).

Pero lo que, sobre todo, ha eludido, a nuestro juicio, ha sido el escollo del relativismo en que ahora con tanta frecuencia se incide. Cambia la materia; pero el Derecho natural, en cuanto tal, es inmutable. Stamler con su fórmula «Derecho natural de contenido variable», no llegó a estos resultados; se excedió. En cambio, se ha aproximado bastante a ellos Renard con su fórmula «Derecho natural de contenido progresivo», entendiendo que se perfecciona a la

(81) «Tratado de las leyes y de Dios legislador», Madrid, 1918, volumen II, pág. 170.

(82) Vid. Marín Monroy: «Los cambios del Derecho y la irretroactividad en el P. Suárez», en «Rev. Crít. de Derecho inmov.», octubre 1940, página 566.

manera de una idea que se realiza; sus normas, que son universales —dice— no constituyen una ley perfecta y acabada, sólo significan orientación, guía, no modelo cuadrículado. La estrella es fija, pero el conocimiento que de ella tenemos es progresivo y el camino que recorreremos a su luz es vario; si bien el Derecho natural es un valor que existe en sí, sólo resulta apreciable en sus realizaciones; la energía eléctrica es cosa distinta del cable por donde atraviesa, pero es en ese cable donde existe para nosotros (83).

La reacia e imaginaria rigidez y uniformidad del iusnaturalismo, es lo que ha hecho pensar en su falta de armónica coexistencia con el derecho positivo; pero, en cuanto se alcanza su verdadero sentido, las dudas desaparecen. Los exclusivismos proceden de Grocio y Pufendorf, al considerar que el único y verdadero Derecho es el escrito en la naturaleza del hombre, en su razón y en su corazón; mas no el procedente de la voluntad estatal, por lo que se llega a la conclusión de que, entre uno y otro, hay una verdadera rivalidad. Ahora bien, no son, ciertamente éstas las enseñanzas de las otras escuelas que antes y después del siglo XVIII, han propugnado la existencia del Derecho natural. Platón, en el Libro IX de las Leyes, anota la necesidad de las leyes positivas humanas. Aristóteles, coloca junto a las leyes eternas divinas las leyes transitorias humanas. La dualidad del *ius civilis* y del *ius naturale* (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, según Gayo, *Ins.*, I, 1), es clara en el Derecho romano y se refleja en instituciones concretas como la posesio y la obligatio (84). Es doctrina de Cicerón, San Agustín, Santo Tomás y, en general, de la escolástica, que existe una comunicación entre el Derecho na-

(83) Cfr. Renard: «Le Droit, L'Ordre et La Raison», París, 1927, páginas 117 y ss., así como las exposiciones de Corts Grau en su «Filosofía del Derecho», pág. 277, y Castán, «En torno al Derecho Natural», en «Rev. Universidad de Zaragoza», abril-mayo 1940, págs. 205 y s.

(84) Cfr. Pernice: «Zeits fur Rechtsgeschichte», 22 82; Filomusi-Guelfi: «Concetto del diritto naturale e positivo nella storia della filosofia del diritto».

tural y el positivo; coexisten armónicamente; son dos órdenes jurídicos incompletos que se necesitan mutuamente. Domingo de Soto reduce al siguiente esquema la doctrina: 1.º De un modo o de otro toda ley justa deriva de la natural; 2.º Las leyes humanas son necesarias, además de la ley natural, porque vienen a ser un desenvolvimiento de los principios supremos; 3.º La maldad del hombre, en general, hace necesaria una legislación que sancione inmediatamente las conductas, dado que a muchos hombres no les bastaría pensar en la ley natural y hay que obligarles coactivamente, y 4.º Las leyes humanas no pueden prescribir todas las virtudes, ni prohibir todos los vicios y en ellas cabe cierta mudanza dentro de la Justicia (85). El ilustre dominico, más concretamente explica la necesidad de ambas clases de leyes en este bello fragmento: «Porque así como respecto de las ciencias nuestro entendimiento ha sido creado con la luz de los principios, de los cuales, discurrendo, sácanse las diferentes ciencias y opiniones y artes diversas sobre la piedra, la madera, la lana y otras materias, con tanto provecho nuestro, a saber, que con ellas nos vestimos, cubrimos, alimentamos y deleitamos; de la misma manera puso en nosotros los gérmenes de las virtudes morales, las cuales diesen frutos sazonados mediante nuestra educación y el cultivo de las costumbres. Ahora bien: la disciplina más poderosa y eficaz de las costumbres es la implantación de las leyes humanas; luego, además, de la ley natural, que siembra, son necesarias las leyes humanas, que producen frutos abundantes» (86).

Cathrein, a quien no se puede discutir como uno de los representantes modernos más caracterizados de la concepción escolástica del Derecho natural, mantiene análogas conclusiones. Fundándose en textos de Santo Tomás (87) y

(85) Vid. Domingo de Soto: «Tratado de la Justicia y del Derecho», Madrid, 1922, págs. 107 y ss.

(86) Vid. Domingo de Soto: ob. cit., pág. 110.

(87) Summa, 1, 2, 95, 4.

León XIII (88), distingue dos clases de leyes positivas, correspondiendo a las dos maneras de derivarse de la natural: por conclusión y por determinación próxima. Las unas consisten en conclusiones necesarias de los preceptos de la razón, evidentes, por sí mismos, como la prohibición de matar, lo que tal Derecho prohíbe u ordena es ya por su naturaleza injusto, y lo sería aún sin una sanción del Derecho positivo. Pero la otra parte de las leyes positivas, que es la más grande, no contiene conclusiones necesarias de la ley natural, sino determinaciones próximas de la misma; las acciones así prescritas o prohibidas no son por sí y conforme a su naturaleza justas o injustas, sino sólo por determinación de la ley; y, a este propósito, cita el parágrafo 833 del B. G. B. en que sanciona la responsabilidad sin culpa. Pues bien, de aquí deduce la justificación del Derecho positivo y, además, de que los mandatos de la ley natural están provistos en esta vida de una sanción insuficiente, a cuyos fines precisa la concurrencia de la ley positiva (89).

En este orden de ideas interesa, asimismo, reiterar que Justicia y Derecho permanecen como conceptos diferentes. Diferencia significa distinción, no contraposición, y nunca antítesis. Son dos esferas deslindadas. El Derecho se satura de Justicia, la encarna, la realiza; convierte en efectividad práctica lo que en sí es idea, valor, sentimiento.

Pero no constituye la Justicia la totalidad del contenido del Derecho, que puede estar integrado por otras exigencias sociales, ¿aunque sean injustas? He aquí un empeñado problema a que alude la fórmula: «*Summum ius summa injuria*». Como ideal, ha de aspirar a que el Derecho sea justo. La progresiva transformación del Derecho positivo debe realizarse presidida por este fin, de lo contrario se corre el peligro de convertir en antítesis lo que, como se ha dicho, es mera distinción. El Derecho natural es siempre justo, y dada la comunicación que existe entre éste y el positivo, será siempre un síntoma de perfeccionamiento que al Derecho positivo

(88) Encyclica Libertas.

(89) Cathrein: «Filosofía del Derecho», págs. 195 y s.

se le aproxime lo más posible. La unidad es uno de los principios rectores de nuestra orientación filosófica y política: unidad, pues, de la totalidad del ordenamiento jurídico en la justicia, como noción común y superior.

Sólo circunstancias especialísimas, que han de presentarse siempre como transitorias, pueden aconsejar una desviación; y es muy posible que esta desviación provisional sea sólo un medio indirecto para hacer triunfar el ideal de la Justicia.

No debe olvidarse, pues, que el Derecho manteniendo la relación indicada con la Justicia, siendo su precipitado histórico, vive encuadrado en el marco de la Moral. El fin de la convivencia y de su organización jurídica debe ser el perfeccionamiento moral del hombre; éste, naturalmente, inclinado a una eudomonología limitada y, por ello, egoísta, tanto más se perfecciona cuanto más pueda subordinarse a sí mismo, a la consideración total; o dicho de otra forma, cuanto más pueda considerar las cosas en teoría y en práctica: *sub specie unitatis*.

El Derecho no puede sustraerse a la Moral por la misma razón que la mecánica no puede sustraerse a la geometría (90). Desde la famosa definición de Ulpiano (91) la afirmación sentada tiene el valor de un principio fundamental contra el que no ha de prosperar los intentos secesionistas que se inician a partir de Tomasius y Kant. Objeto del derecho es el *bonum* especie de la *aequum*.

Sólo dentro de este orden de ideas es como nosotros podemos concebir los procesos de evolución y de transformación jurídicas (92), y en especial el que ahora se inicia. Los

(90) Cfr. Bernardino Varisco: «Teoria del Diritto», en «Arch. jur.», 1939, págs. 3 y 5.

(91) Contendida en D. I. I. I.

(92) La constante transformación del Derecho es un fenómeno que no puede ocultarse a ningún observador y ha originado una extensa literatura científica. Cfr. aparte de la conocida obra de Duguit, «Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoleon», París, 1920; Hedemann, «Das bürgerlich Rech und die neue Zeit», 1919; Bonnacase, «Le pensee juridique française de 1804 a l'heure presente, ses variations et ses traits essentiel», 20, París, 1933, y «Science du droit et romanisme», Pa-

principios básicos del Derecho natural no es lícito incumplirlos, tergiversarlos ni modificarlos, so pretexto de un cambio en la organización de las sociedades. Su carácter, al mismo tiempo elemental y esencial, nos enseña que no es posible la comunidad allí donde no existe. Desde el día inicial de su gestación, lo que en última síntesis propugna la Revolución española es precisamente la restauración de esos principios torpemente violados.

Cierto, por lo demás, que el Derecho, en lo que tiene de variable, no está en disposición de caminar a la misma velocidad que los hechos. Mas en ningún caso es defendible el estatismo sostenido por algunos (93) al afirmar que el Derecho no es la vida, sino todo lo contrario; el peso del pasado soportado por el presente, a modo de liturgia que canaliza las generaciones nuevas en las formas en que se solidificó el pensamiento de las desaparecidas.

La opinión que acabamos de anotar no pasa de ser un aventurado, literario y romántico juicio. Dice con precisión Ripert (94) que a la generación actual el Código de 1804 le parece el Derecho extinguido de una sociedad desaparecida. «A realidad nueva —proclama Perticone— dogmática nueva» (95). Pero sobre este punto, especialmente referido a nuestro ordenamiento positivo, insistiremos con algún detenimiento más adelante.

EL MÉTODO JURÍDICO

El jurista español, al enfrentarse con el Derecho nuevo, ha de llegar en sus cavilaciones a la propia existencia científica del Derecho. La Revolución vuelve a poner en tela de juicio este viejo tema impenitente.

rís, 1928; Karl Haft, «Institutionen des deutschen. Einführungnis Bürgerliche Recht», Stuttgart, 1927; Gaston Morin, «La revolte des faits contre le code», París, 1920...

(93) Vid. Fonsegrive: «Moral et Societé», pág. 87 y s.

(94) Ob. cit., pág. 42.

(95) Esc. cit., pág. 55.

Un colega nuestro, el Fiscal de Berlín, J. H. von Kirchmann, jurista y filósofo, dió, allá por el año 1847, su famosa conferencia sobre «La carencia de valor científico de la Jurisprudencia» (96). En ella insistió, con más amplia y cuidada fundamentación en la idea que dos siglos antes había expuesto Friedrich von Logau (97); en el primer tercio del siglo actual, Geny trabaja magistralmente sobre tan espionosa cuestión (98), y el mismo Radbruch reconoce (99) que, aún hoy, continúan las mismas preocupaciones.

«Es dudoso —dice von Logau— que la recta razón jurídica haya sido alguna vez conocida por alguien; frente a toda opinión podrá siempre oponerse algo. Ahora bien: aquello que es dudoso, difícilmente puede constituir una ciencia.» Y Kirchmann, refiriéndose al Derecho positivo, concreta su pensamiento al anotar: «Dos palabras correcto-

(96) J. H. Kirchmann: «Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft».

(97) «Memorias de Lessing».

(98) Geny: «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif», París, 1899. Entre nosotros, esta obra ha logrado gran difusión y ha ejercido notoria influencia. De Diego acogió con elogio sus doctrinas. En la historia de la metodología jurídica ha tenido el gran mérito de cerrar las puertas del siglo XIX a la escuela de la exégesis (cfr. Bonnacase: «L'école de l'Exégèse en Droit civil», París, 1924, pág. 12), que tanto predominio alcanzó con los expositores del Código de Napoleón. Pero la obra de Geny no es puramente negativa. Después de una detenida labor crítica, nos ofrece un sistema, como puede verse en «Science et Technique en droit privé positif», París, 1914, y de manera especial en el capítulo IX del tomo II, donde para la elaboración del concepto científico del Derecho distingue los datos reales o estrictamente naturales, los datos históricos, los racionales y los ideales (pág. 371-389), llegando a la fórmula de «un minimum de Derecho natural», págs. 418-420.

Vid. además de Geny: «La notion de droit positif a la veille du XX^e siècle», Dijon, 1901; «La technique législative dans la codification civil moderne», París, 1904; «Les procédés d'élaboration du droit civil», París, 1910; «La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles», París, 1914.

(99) Radbruch: «Introducción a la ciencia del Derecho». Trad. española, pág. 249.

ras o rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas en papeles sin valor» (100).

Mientras el primero —comenta Radbruch— niega carácter científico a la doctrina del deber ser jurídico del Derecho natural, racional o justo, a consecuencia de la subjetividad de su punto de partida filosófico, Kirchmann quiere negar este carácter a la doctrina del Derecho vigente, por razón de arbitrariedad y variabilidad de su objeto, y añade —como se dejó dicho— que «incluso hoy no han enmudecido todavía las dudas sobre las cualidades científicas de la Jurisprudencia» (101).

Geny, por el contrario, dignifica la labor del jurista y entiende que el Derecho es una construcción racional establecida sobre elementos suministrados por la naturaleza (102).

(100) Las frases despiadadas de Kirchmann contra la ciencia del Derecho nos traen el recuerdo de los juicios irónicos y de censura de que fué víctima por parte de Erasmo en su «Elogio de la locura», Rabelais en «Pantagruel», y Shakespeare en el «Mercader de Venecia»; entre nosotros, Huarte de San Juan, en «Examen de ingenios», y Luis Vives en «De Tradendis disciplinis», también se pronunciaron contra ella.

Para un conocimiento exacto de la personalidad filosófica de Kirchmann, cfr. el libro de Sternberg: «J. H. von Kirchmann und seine kritik der Rechtswissenschaft», Berlín-Leipzig, 1908; en apéndice, acompaña una extensa bibliografía sobre el autor. Lo más reciente que, según nos consta, se ha publicado, es un trabajo de Bruno Leoni, titulado «Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann» (en «Riv. int. fil. del Diritto», nov. 1940, pág. 343). Es curioso que hayan pasado desapercibidas sus voluminosas obras sobre filosofía, economía y estética, y, sin embargo, su breve y modesta «Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft» haya merecido los honores de una propicia posteridad. Ha podido decirse, con razón, que de los manifiestos lanzados a los juristas de Alemania desde la «Vocación...», de Savigny, al «Kampf und die Rechtswissenschaft» de Kantorowicz, no se encuentra ninguno que haya suscitado tanto clamor como el de Kirchmann. Asienten, entre otros, a su teoría, Chamberlain: «Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts», 1890; Ofner: «Studien sozialer Jurisprudenz», Viena, 1894; Nusbaum: «Ueber Aufgabe u. Wesen der Jurisprudenz», en «Zeitschv. f. Sozialwis», Berlín, 1906; y Rumpf. «Volk u. Recht», 1910.

(101) Radbruch, ob. cit. ed. esp., 1930, pág. 249.

(102) Geny, «Science», cit. II, pág. 419.

De vieja calificábamos esta cuestión, y basta con lo dicho para convencernos, sin multiplicar las citas, de que estamos en lo cierto. Y tan antigua es esta preocupación como la de convertirla más concretamente en una cuestión de existencia de método jurídico, de forma que la inexistencia de éste traería consigo la degradación del Derecho, convirtiéndolo en conocimiento no científico.

Ya Bentham observaba (103) que no es en los libros de

(103) Bentham, como es sabido, encarna la dirección utilitaria, empírica, precursora del positivismo y del pragmatismo, que se desarrolla en Inglaterra por el siglo XVIII. Recuérdense los nombres de sus antecesores, Francis Bacon de Verulam, Locke, Hobbes, Hume, etc., y sus continuadores: Stuart Mill, Spencer, etc. Quizá el mayor interés jurídico de Bentham radique en haber servido, en parte, de guía a Ihering. Es notorio —y lo revela la opinión arriba transcrita— que pugna por erigir las ciencias experimentales en rectoras del pensamiento. De aquí su desprecio por los juristas. Ciertamente éstos no deben olvidar que viven en un mundo de realidades, de hechos. Pero es un error pretender situar todas las disciplinas en un mismo plano. Cada una tiene su objeto, y como el método consiste en el conocimiento del objeto, de aquí también que cada una necesite su método o sus métodos. Si ni siquiera parece posible un monismo metodológico dentro de una ciencia, mucho menos lo será con relación a la totalidad de las mismas. El empirismo puede ser un punto de partida, pero no un resultado. Sobre esto habló muy bien nuestro Luis Vives en «De anima et vita», por cierto bastante citado por Bacon. Desde el punto de vista lógico —y es posible dar una traducción jurídica a los términos—, Augusto Messer advierte: «Es fácil reconocer que la identificación de lo verdadero con lo «biológicamente útil» suprime el concepto de verdad que nos es familiar e indispensable. Lo biológicamente favorable será, sin duda, muy distinto según las diversas organizaciones. La misma idea podría ser, pues, útil para uno, nociva para otro, y, por lo tanto, al mismo tiempo verdadera y falsa. Asimismo debería la verdad, como la utilidad, tener diversos grados y variar como aquélla; de modo que la verdad de hoy puede ser falsedad de mañana, y, en definitiva, la misma doctrina fundamental del pragmatismo, es decir, «que lo verdadero es lo biológicamente útil», no podría considerarse como verdadera (en el sentido tradicional), sino como «biológicamente útil» (Augusto Messer: «La Filosofía actual», Madrid, 1930, pág. 110). Discípulos y divulgadores de Bentham en España fueron Toribio Núñez («Espíritu de Bentham, Sistema de la ciencia social», 1820); Ramón Villanova y Jordán («Aplicación de la panóptica de Jeremías Bentham a las cárceles y casas de corrección de España», 1819-1834); Antonio Alcalá Galiano («Lecciones de Derecho constitucional», 1843), etc.

Derecho donde se encuentran los medios de invención y los modelos de método; se encuentran más bien —dice— en las obras de Metafísica, de Física, de Historia Natural, de Medicina; quedamos sorprendidos leyendo en algunos tratados modernos de esta ciencia las clasificaciones de los males y los remedios; ¿no se podría aceptar el mismo orden en la legislación?; ¿el Cuerpo político no podría tener su Anatomía, su Fisiología y su materia médica? Lo que se halla en los Tribonianos, los Cocceji, los Blackstone, los Vattel, los Pothier, los Domat, es bien poca cosa; Hume, Helvetius, Linneo, Bergmann, Cullen, son mucho más útiles (104).

Renard, en 1924, pronuncia una serie de conferencias en la Universidad de Nancy, bajo el título siempre revelador de inquietudes de «El problema del método» (105), y sus primeras palabras son de recuerdo para aquellos ocho profesores franceses —Pillet, Larnaude, Berthelemy, Tissier, Truchy, Thaller, Garçon y Geny— que años antes, en 1909, se habían reunido, por iniciativa de Saleilles, para tratar del mismo tema. Radbruch anota años más tarde que «se van amontonando las investigaciones sobre el método jurídico» (106). Schwinge, en 1930, seguía afirmando que la ciencia jurídica se encontraba sumida en la controversia sobre el método (107). Oertmann, en 1931, lo confirma con su acuciosidad metodológica (108) y Heck, en 1932, traza la antítesis entre Jurisprudencia de conceptos y Jurisprudencia de intereses (109); Carnelutti, en 1939 (110), y Sauer, en

(104) Bentham: «Traité de legislation», ed. Dumont. París, 1802, página 23.

(105) Renard: «Le droit, la logique et le Bon Sens», París, 1915, páginas 39 y ss.

(106) Radbruch, ob. cit., pág. 250.

(107) Schwinge: «Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft», 1930.

(108) Oertmann: «Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft», 1931.

(109) Heck: «Interessen jurisprudenzt-Gastvorlesung». Tubinga, 1933.

(110) Carnelutti: «Metodología jurídica», 1939.

1940 (111), revelan en sus publicaciones la presencia permanente y actual del gran problema.

La discusión de la cuestión metódica se extiende a todas las ramas del Derecho, demostrando bien a las claras, sin utilidad de nuevas citas, la importancia del tema que emplazamos, y que hoy ha adquirido, por causa de enfrentarnos con el Derecho nuevo, rango muy principal.

No debe olvidar el jurista las continuas revisiones de que ha sido objeto el método jurídico para así aleccionarse en la postura y solución a adoptar (112).

Recordemos a este efecto que cuando se habla de la grandeza del Derecho romano se fundamenta especialmente en la sagacidad y lógica de los jurisconsultos romanos. Savigny, después de negar que la superioridad del Derecho romano esté en su contenido, defendió que su preeminencia estaba en la forma, en el método de los jurisconsultos romanos (113) o sea en la seguridad con que poseen y aplican los principios directivos de la ciencia, casi matemáticamente, y añade que para ellos no hay distinción entre teoría y práctica; su teoría había sido desenvuelta hasta en sus últimas consecuencias, y la elaboración científica ennoblece siempre su práctica; de modo que mientras el valor material del Derecho romano puede ser objeto de apreciaciones diferentes, no hay más que una opinión para rendir homenaje al carácter magistral de aquel método jurídico. Así habla Savigny y le interpreta Ihering (114). También Saleilles prodiga elogios a la Jurisprudencia romana al llamar la atención sobre sus excelencias

(111) Sauer: «Methodelehre», 1940.

(112) Hasta dónde han llegado las preocupaciones por el método, lo prueba la confesión que hace Ihering en el prólogo de su obra «La voluntad en la posesión». (Vid. trad. esp. de Posada, Madrid, 1889). Dice, en efecto, que si se decidió a elaborar esta teoría, fué sólo con el fin de hacer resaltar la diferencia que existe entre el método formalista o dialéctico y el método realista o teleológico.

(113) Savigny: «Von Beruf unser Zeit», 3.^o ed., pág. 27.

(114) Ihering: «El espíritu del Derecho romano», ed. esp., I, páginas 26-27.

metodológicas, y de ellas quiere obtener enseñanzas para nuestro tiempo (115).

Si de lo que acabamos de decir con referencia al Derecho romano, pasamos a observar el manejo del método en los juristas de tiempos posteriores, se nos ofrecerá el cuadro que a grandes síntesis sigue:

Los glosadores (1100 a 1250) utilizan la exégesis aislada; su *Summae* y sus *Distinctiones* no adquieren el rango de verdaderos sistemas; comparan y aclaran textos bajo el signo de una neta escolástica. En su método de investigación y exposición acusan los defectos de la época: culto excesivo a la

(115) «Pocas legislaciones —dice— han llegado a una perfección mayor desde el punto de vista científico, y, sin embargo, en esta civilización, la parte del Derecho escrito, es decir, de la ley (prescindiendo del edicto del Pretor), es tan fuerte y tan flexible a la vez, tan restringida y siempre reducida a hechos concretos y sencillos, como es propio de las intervenciones en grande del poder nacional... Pero la fuente normal, verdaderamente científica y gubernamental a la vez, fué la Jurisprudencia en el más amplio sentido de la frase, y no hay necesidad de engolfarse en muchas consideraciones sociológicas para comprender que constituye el elemento por excelencia de la formación jurídica.» (Prólogo de Saleilles al «Método de Interpretación y fuentes...», pág. XII.)

La peculiar figura del jurista romano es descrita con exactitud por Peruzzi. No tiene igual —dice— en ninguna otra sociedad. No es Abogado, porque no defiende la causa. No es Juez en el sentido moderno, porque jueces semejantes no se conocen en Roma hasta época muy tardía; no es un Profesor, porque si bien enseña, su magisterio se reduce a permitir la asistencia de jóvenes a sus respuestas; tampoco es un científico, porque mira siempre la práctica. El jurista romano, en suma, no ejercita la Jurisprudencia como una profesión. Responde y, por responder, aprende y cultiva el Derecho en cumplimiento de un deber que le atribuye su altísima posición social. Cicerón recuerda que *turpe est patricio et nobili ius civile ignorare* («Istituzioni», I, pág. 50).

Vid. también para un estudio de la Jurisprudencia romana en su aspecto metodológico, la obra del Profesor de la Universidad de París, Félix Senn: «Les origines de la notion de Jurisprudence», París, Sirey, 1926. Muy breve, pero muy documentada y precisa. Tras un examen escrupuloso de gran número de fuentes literarias y jurídicas, llega a la misma conclusión que Savigny: la Jurisprudencia es al mismo tiempo ciencia y arte, teoría y práctica; son necesarias las relaciones de la filosofía con el Derecho y del Derecho con la práctica (pág. 49).

tradición, creencia en los argumentos de autoridad y escasos conocimientos históricos y filológicos. Mas, junto a estos lunares, ha de reconocérseles el mérito de haber realizado un estudio minucioso y directo del *Corpus iuris*, tanto más de estimar si se tiene en cuenta los escasos medios auxiliares de que disponían. Gracias a su labor, el Derecho romano se difunde y se sientan las bases de la unidad legislativa europea (116).

Los postglosadores (1250-1500), si bien dirigen sus actividades a construcciones prácticas, realizando esta dirección a base de dictámenes de los Profesores de Derecho, y

(116) Vid. De Diego: «Introd. Inst. Der. rom.», pág. 267.

En prueba de la autoridad que gozó *Akursio*, recuérdese el aforismo que se repetía en escuelas y tribunales: «*Adharens glossae in aeternum non potest errare ubi non habemus textum, glossa obtineat vires*». Si la divisa de la escuela de la exégesis fué el culto a la ley, la divisa de los glosadores fué más bien el culto a la exégesis de la ley, a la glosa: «*Quod non agnoscit Glossa non agnoscit forum*». Vid. Salvioli: «*Storia del Diritto italiano*», 1930, págs. 97 y ss.

Las obras de nuestros juristas clásicos (*Domingo de Soto*, *Molina*, *Suárez*, *Vázquez de Menchaca*, *Gregorio López*, *Antonio Gómez*, *Antonio Pérez*, *Ramos del Manzano*, *Fernández de Rete*, *Lainez*, etc.) están pobladas de referencias constantes a la glosa.

Entre lo mucho que se ha escrito sobre los glosadores puede seleccionarse, a más de las aportaciones siempre valiosas de *Savigny*, *Chiapelli*: «*Studio bol nelle sue origine e ne suoi rapporti colla scienza preirneriana*», 1888; *Fitting*: «*Die Anfänge der Rechtschule in Bologna*», 1888; *Zachariae von Lingenthal*: «*Geschichte des griechische-römische Recht*», Berlín, 1892; *Schupfer*: «*De origine dell'Università di Bologna*», 1889; *Gaudenzi*: «*Studio di Bologna nei due primi secoli di sua esistenza*», 1901; *Brugi*: «*Disegno di una stor. letter. del dir. rom.*», 1888, y «*Per la stor. jur.*», 1915, págs. 1-20; *Kantorowicz*: «*Grandinus u. Strafrechtd. Skolastik*», 2 v., 1907-1926; *Balgioni*: «*Dino da Mugello*», 1920; *Falchi*: «*L'omicidio in alb. da Gandino*», 1927; *Seckel*: «*Distinctiones Glossatorum*», en *Festschrift für Martir*, 1911.

De las obras generales de Derecho romano, probablemente la mejor en este punto: *Sohm Mitteis*, *Wenger*.

Como más reciente, la conferencia pronunciada por *Genzmer*, en la apertura del curso romano medieval iniciado en Roma el 22 de noviembre de 1937, sobre el tema «*Los glosadores*», inserta en *Archivio*, 1938, páginas 113 y ss., aunque no debe considerarse como trabajo de gran valía.

utilizan también el método escolástico (sistemático-deductivo), su camino se ve interrumpido en cuanto a la sistematización, por su abuso del formalismo lógico y ahogado en una malla intolerable de divagaciones intrascendentes (117).

La escuela francesa de los siglos XV y XVI señala un prurito de dirección sistemática (118). Los «Comentarii iuris civilis» de Doneau se califica de «amplia obra dogmática de importancia imperecedera»; el método escolástico deja de aplicarse para dar paso a una dialéctica realista y de libre exposición enfilada al objeto y la demostración; el mismo método de enseñanza, el *mos Italicus* (exegético), es sustituido por el *mos docendi Gallicus* (sintético), y se basa en la investigación filológica anticuaria de las fuentes (119).

A esta escuela, denominada de la «Jurisprudencia humanista y elegante», pertenecen nuestros Antonio Agusti-

(117). Así como los glosadores son unos exégetas de la ley, los comentaristas lo son de la glosa. Todos los defectos metodológicos de aquéllos se agravan con éstos: sumisión servil a sus antecedentes, inercia mental, formalismo, discusiones baldías, distingos, divisiones inútiles y, en suma, no escolasticismo, como suele afirmarse, sino más bien escolasticismo degenerado, decadente. O para decirlo con sus propios términos: «Lectio—literae—divisio legis—expositio positio casuum—colectio notabilium—oppositiones—quaestiones—praemitto—scuido summo—causamque figuro, perlego—do causas—connoto et objecio». Pero esto no era un defecto de la Jurisprudencia en particular sino de la ciencia toda. Fué preciso que llegara el Renacimiento para que tantos vicios disminuyeran.

Vid. aparte de las obras generales citadas en la nota anterior, Gabotto: «Giason del Maino e gli scandali universitari del 400», 1888; Bertta: «Riccardo Malombra», 1894, y «L'opera di Diplovataccio», 1903; Monti: «Cino giurista», 1925.

(118) Con el siglo XVI, el estudio del Derecho romano dejó de ser especialidad italiana. España, Francia, Alemania y Holanda tuvieron escuelas especiales de merecida fama con métodos especiales. El uso del latín, la aceptación del Derecho romano como *ius commune* y el descubrimiento de la imprenta, hacen internacional la literatura y facilitan el cambio de métodos e ideas. Al dar cuenta de estos hechos, Salvioli («Storia», cit., página 120) escribe: «Italia, sin embargo, quedó resentida a consecuencia de esta acción, y sólo los libros españoles, por las condiciones políticas, obtuvieron en la Península difusión y crédito. Las otras escuelas fueron poco conocidas y no encontraron seguidores».

(119) Vid. Ennecerus, ob. cit., I, pág. 69.

nus (120), Ramos del Manzano (121) y Retes (122), destacándose entre los extranjeros Weiss de Marburgo, que adoctrinó como maestro al gran Savigny.

Durante los siglos XVI y XVIII, la tendencia hacia «lo práctico» es la más acusada en la construcción y aplicación del Derecho, y se apoya, tanto en los postglosadores cuanto se aleja de la escuela francesa; esta orientación práctica re-

(120) Se ha ocupado especialmente de este jurisconsulto español, Maasen: «Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande bis zum Ausgange des Mittelalters», 1870, pág. 20 y 21, a quien considera como una de las personalidades más eminentes de la época del Renacimiento, y cuyos trabajos en las distintas ocupaciones a que aplicó la actividad de su espíritu han sido fundamentales. Dice que es empresa superior a sus fuerzas el valorar y demostrar lo que el conocimiento del Derecho romano y el canónico, la epigraffa, la numismática, etcétera, tienen que agradecerle.

(121) Siendo grandes sus merecimientos, se le ha prestado poca atención. Especialmente dedicados a él, conocemos dos trabajos, ya muy antiguos: uno de Gil Sanz, publicado en el «Semanario Pintoresco» correspondiente al año 1849, y otro de Fernández Cantero, titulado «Estudio biográfico crítico sobre don Francisco Ramos del Manzano, jurisconsulto salmantino» (en «Rev. de Leg. y Jur.», tomo XXXII, pág. 81). También hay una referencia al mismo en Laserna y Montalbán, en «Derecho civil y penal de España». (Vid. De Diego en su cit. Intr., pág. 429.)

Cuenta Fernández Cantero, en prueba de su sorprendente actividad intelectual, que a los diecinueve años ganó la cátedra de *Prima leges* de la Universidad de Salamanca, la más honorífica de todas las de la Facultad, y a cuyo desempeño «sólo se llegaba, por lo regular, después de haber adquirido suficientes méritos en otras varias». Su disertación sobre «El usufructo legado a los municipios» la compuso en veinticuatro horas. Concedor el Consejo de Castilla de sus grandes merecimientos, fué nombrado «Presidente del Magistrado extraordinario de Milán» y ascendido después al cargo de «Regente del Consejo Supremo de Italia en Madrid». Por encargo de Felipe IV, representó, en nombre de la Corona, al Papa Alejandro VII sobre su derecho a la nominación de Obispos para el Reino de Portugal. Sus numerosas obras sobre Derecho civil y romano, entre las que se encuentran unos comentarios a las leyes «Julia et Papia Popea», se encuentran —con exceso olvidadas— en los Archivos de la Universidad de Salamanca.

(122) Catedrático de Salamanca, como Ramos del Manzano, y como él también Consejero de Castilla. Sus obras fundamentales son, entre otras: «Ad titulum Digestorum de interdictis et relegatis commentarium», Valladolid, 1643, y «Variorum opusculorum iuris libri VIII», Salamanca, 1663.

cibe el influjo de la escuela del Derecho natural, especialmente por obra de Heineccius y Hosacker, Profesor de Tübingen, y deja en 1693 abierta la transición hacia lo que más adelante constituirá la esencia de la escuela histórica.

Con la escuela del Derecho natural (123) y su método iusnaturalista, crítico, sistemático y de abstracción, basado en la razón como principio de los actos humanos —razón que no crea, sino que reconoce el orden—, el Derecho no es producto, sino hallazgo (124). Con esta escuela se eleva la evolución científica del Derecho, pero se abandona el estudio del Derecho positivo, aunque en este orden influye en la opinión hacia la formación de las grandes codificaciones.

Dentro de esta escuela, y usando su método, parte Hugo Grocio, en su «De iure belli ac pacis», para, basándose en la sociabilidad y amor a la paz, llegar a comprender un derecho absoluto para la comunidad jurídico natural de todos los hombres (125); Pufendorf quiere construir el sistema

(123) La escuela del Derecho natural (racionalista) aparece íntimamente ligada con los acontecimientos políticos de la época (así, Cathrein, ob. cit., pág. 186; Salari: «La Scuola del Diritto Naturale», 1904, pág. 9). Su aparición se justifica, aunque no se justifiquen sus métodos. Es una reacción contra los abusos del absolutismo estatal. *El insoportable* «todo gobernar» de una policía patriarcal, a la vez que la concepción interna de la sociedad que hipócritamente se vestía con la máscara de la honradez y de la moralidad, despertaron una aspiración violenta a romper con las cadenas del orden social imperante y preparar una nueva era». A través de un derecho anterior y superior al del Estado, completamente abstracto y arbitrario, propugnaban la liberación del individuo. El iusnaturalismo es probablemente la doctrina que encierra un mayor contenido político. Pero, por lo mismo, incurrieron en exageraciones que no pudieron mantenerse durante mucho tiempo. Lo mismo que se justifica su aparición, se justifica también su desaparición. La reacción de la escuela histórica era necesaria; pero, sin duda, también fué excesiva.

(124) Dilthey: «Einleitung in die Geisteswissenschaften», ed. 1923, página 78.

(125) En la historia de las ciencias morales, Grocio ocupa un puesto destacado por haber intentado la aplicación de un método nuevo que se distingue de los tradicionales y se corresponde con los métodos propios de la Edad Moderna: con el racional de un lado y con el histórico de otro. Antes

jurídico sobre la esencia y aptitudes del hombre (126); y Christian Wolff, valorando el concepto del Derecho como medio y conducto para que el hombre cumpla sus deberes (127); y Leibnitz se esfuerza en mostrar la coexistencia entre Derecho natural y Derecho positivo.

Contra las concepciones del XVIII, del «sabio legislador», como libre creador del Derecho, se alza con la escuela histórica la concepción de que el Derecho es resultado de la evolución histórica de la vida del pueblo. Frente al método iusnaturalista surgió, pues, el método histórico o historicista, abstrayendo conceptos generales de la evolución de las instituciones positivas, que en su tiempo y por el descubrimiento de las instituciones de Gayo ofrecieron un vasto campo de experimentación.

de él, las mentes andaban desorientadas entre direcciones opuestas. Los juristas no tenían método propio, dedicándose tan sólo a acoplar a las necesidades de la práctica el Derecho romano, cuya autoridad no se ponía en duda. Los escolásticos perseveraban en su sistema rigurosamente deductivo. Grocio auna la tradición filosófica y la jurídica, en cuanto no desdén la deducción y aprecia la autoridad del Derecho romano. Mas modifica ambas, dando a la deducción un fundamento racional y sometiendo la autoridad al consentimiento del género humano. Cfr. Solari: «La scuola del Diritto naturale nelle dottrine ético-giuridiche dei secoli XVII e XVIII», 1904, páginas 31-32.

(126) Leibnitz le llamó «vir parum iurisconsultus et minime philosophus». Funde las teorías de Grocio y Hobbes. Acentúa la antítesis entre Derecho natural y positivo, y paralelamente a ella traza la de derechos innatos y adquiridos. Sauer («Juristische Methodenlehre», 1940, pág. 568) califica su iusnaturalismo de «iusnaturalismo social», en el que se han hecho desaparecer totalmente las diferenciaciones metódicas entre mandamientos morales y jurídicos, entre normas y fenómenos de la vida.

(127) Su obra fundamental, en ocho volúmenes, es «Ius naturae methodo scientifico per tractum». Se acusa en ella un excesivo dogmatismo. Concibe el Derecho como la facultad de cumplir el propio deber; el Derecho, permeite; la moral, ordena. Características suyas son el abuso de la dialéctica y del método racional. Con este método presume deducir *a priori*, aun los mismos datos empíricos. (Vid. Del Vecchio: «Hist. de la Fil. del Der.», pág. 139). Wolff es un verdadero enciclopedista y escritor fecundo; más que original, vulgarizador de su maestro Leibnitz.



Savigny (128), su fundador, y Puchta (129), su discípulo, llevan a cabo, principalmente, este movimiento (130). Ambos historicistas, pero también dogmáticos (131).

(128) Vid. «De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho». Madrid (s. a.); «Sistema del Derecho romano actual», trad. española. Madrid, 1878-79; «Geschichte d. r.», R. Heidelberg, 1815-31.

En particular, Savigny ha originado una abundante literatura. Destaquemos el trabajo de Enneccerus: «Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft», 1879.

Además, Brinz: «Festrede zu Savignys. 100 jährigen Geburststage», 1879; Cheurl: «Einige Worte über Friedr. C. von Savigny», 1850; Arndts: «Rede zur Feier des Andenkens an F. C. von S. gehalten am 310», 1841, en «Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebund und Rechtswissenschaft IV», página 185; Heydemann: «Rede bei der von der juristischen Gesellschaft zu berlin am 29 november 1861 veranstalteten Savigny feier, deutsche Gerichtzeitung», 1861; Rudorft: «F. C. Savigny. Eirinnerung an sein Wesen und Wirken-Zeitschrifts geschichte», 2, págs. 1-69, 1863; Fitting: «Festrede zu Savignys 100 jährigen Geburststage», 1879; Kantorowicz: «Was ist uns Savigny?», 1912; Manigk: «Savigny und der Modernismus in Recht», 1914; Anastosiadoy: «Savigny, The ring», Berson, 1916; Schultze: «F. C. Savigny», 1930; Zwiiglmeyer: «Die Rechtslehre Savigny», 1929.

(129) Puchta: «Pandekten», 1834; «Institutionem», ed. Leipzig, 1893; «Kleine civ.», Schriften, 1851.

(130) Sobre la escuela histórica y, en general, sobre el historicismo jurídico, vid., además de la conocida trad. de R. Atard «La escuela histórica del Derecho», Madrid, 1908; Ofner: «Rechtstheorie und historische Schule», 1888; Lenz: «Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts», 1854; Bekker: «Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule», 1886; Bergbohm: «Jurisprudenz und Rechts philosophie»; Saleilles: «Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages recents», en «Rev. Trim. D. Civ.», 1902, págs. 1 y s.; Dohna: «Die Problemstellung der Kritischen Rechtstheorie in ihrem Gegensatz zum Naturrecht und zur historischen Rechtschules», en «Internat. Wochens. chr.», 1907, págs. 1-119 y ss.; en la misma Rev., 1910, págs. 65 y ss.; Loening: «Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule»; Brie: «Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule», 1909.

(131) Así lo demuestra con precisión Gutzwiller: «Der Einfluss Savigny auf die Entwicklung des International privatrechts», 1923. Además, lo confirman las propias palabras de Savigny: «Considero necesario advertir que sería muy mal comprendido si se creyese «que sólo entran en su plan aquellos trabajos que, dada la división corriente de los estudios jurídicos, caen dentro de la historia del Derecho; antes al contrario, pertenecen también a nuestro objeto la dogmática y la interpretación» («Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, I, I.)

trataron de construir un Derecho nacional (132).

Sin perjuicio de reconocer los esfuerzos de Thibaut y Kierulff, que defendieron la primacía del Derecho vigente como objeto de la ciencia del Derecho y los trabajos de semejante orientación llevados a cabo por Wächter, Bruns, Dernburg y Windscheid, precisa advertir una vez más que la figura genial que se opuso a la tendencia de Savigny, en el curso inmediato de la evolución del pensamiento jurídico, fué Rudolf von Ihering.

Como es sabido, se caracteriza la doctrina de Ihering (133)

(132) No obstante, Savigny fué tildado de antigermanista. Se le censuró su admiración por el Derecho romano y el lugar preferente que ocupa en su método. Gönner (con quien sostuvo Savigny una polémica mucho más cruda que la mantenida con Thibault) le objetó que «su método deja al Derecho en el estado de formación que tenía en el Derecho romano», que «establece el sistema de los romanos como fundamento y adhiere a él, como si fueran modificaciones suyas, las variaciones introducidas por otras fuentes del Derecho», y que cree «que sin el estudio del Derecho nacional puede cualquiera aprender cuanto necesite». Savigny, en un artículo aparecido en «Zeitschrift» I, núm. 17, probó cumplidamente, no sólo la inexactitud, sino la mala intención de esta crítica. En efecto, ¿cómo pensar así de quien había escrito en el artículo fundacional de la «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» que la materia del Derecho está dada por todo el pasado de la nación? La escuela histórica exige —escribe Savigny replicando— la investigación del Derecho romano, puesto que ha sido en nuestra historia una parte de nuestro Derecho; pero no exige menos el estudio profundo del primitivo Derecho germánico y, también, el de las variaciones que el Derecho romano y el germano han experimentado entre nosotros por la práctica y el trabajo científico de muchos siglos». Gierke le dió la razón en el discurso que pronunció el 3 de agosto de 1903 en la fiesta conmemorativa de la fundación de la Universidad de Berlín: «Al establecer Savigny —dice— el estudio del Derecho romano, del germánico y el de las modificaciones posteriores de uno y otro, como las tres cuestiones capitales de nuestra Jurisprudencia, otorgó en ella al Derecho germánico un puesto igualmente principal. Ningún germanista hubiera hablado de un modo más hermoso sobre el Derecho germánico, ni profetizado tan sabiamente su futuro.» (Cfr. «Escuela Histórica...», cit. en not. bib. precedente.)

(133) Quizá hoy no se aprecie en todo su valor la aportación de Ihering a la doctrina del método jurídico, porque su concepción teleológica se ha convertido en opinión muy generalizada y se ve como algo natural. Para darse cuenta de lo que su aportación significa, es preciso compararle con un

por proseguir la formación del Derecho, teniendo en cuenta principalmente el elemento teleológico. La idea de fin es la estrella polar de la ciencia jurídica y de su evolución. A esta dirección se le ha querido denominar sin fundamento serio «Jurisprudencia real», poniéndola así en contradicción con la «Jurisprudencia conceptual», cuando parece que la más adecuada rúbrica sería la de «Jurisprudencia evolutiva y teleológica» (134).

Como observa Enneccerus (135), se advierte notables diferencias entre las doctrinas de Savigny y Ihering.

En Ihering se orienta y desarrolla el Derecho hacia las aspiraciones de la época en los órdenes ético, social y económico, de donde se crean nuevas instituciones y ramas jurí-

Savigny o con un Windscheid. Además, tanto el contenido como la forma de sus escritos eran apropiados para atraer contradictores y envidiosos. En Stammler, Kohler y Rümelin, encontramos manifestaciones desfavorables contra él. El mismo E. Wolf no reparte con justicia «la luz y la sombra»; mientras en Gierke ve el comienzo de una nueva era, cita los escritos de Ihering, subrayándolos, es cierto, pero censurando una sistemática insuficiente, la despreocupación filosófica, el exceso de ocurrencias y comparaciones, etc. (Vid. Sauer: «Juristische Methodenlehre», Stuttgart, 1940, páginas 560 y ss.). Tal vez sean en parte ciertas estas censuras. El espíritu literario y satírico, fuertemente personal, que lleva dentro Ihering, rompe en ocasiones con la ecuaníme ponderación a que nos tienen acostumbrados los juristas. Pero por encima de todo esto —al fin accidental— siempre quedarán en pie sus dos vastos planes: la superación del positivismo y la transformación del concepto del Derecho subjetivo. La Jurisprudencia de intereses ha intentado separarse de él, en aras de una ansiada autonomía; mas podrá incluso señalar límites, pero el vínculo que le une a él, por mucho que se esfuerce, no es posible romperle. Ihering será siempre el genial creador de una dogmática, que luego se ha desarrollado y se ha perfeccionado. El mismo Stammler operó con métodos teleológicos.

(134) La expresión es adecuada —dice Enneccerus, I, pág. 77—, toda vez que hace posible caracterizar en breves palabras el anhelo de perseguir el desarrollo del Derecho sobre la base de lo históricamente dado, conforme a las necesidades y aspiraciones del presente. No es recomendable la expresión «Jurisprudencia real», pues nada dice sobre la esencia de la nueva dirección, sino que sólo revela una contraposición a la «Jurisprudencia conceptual», y tal contraposición es tendenciosa, pues ninguna ciencia puede desechar la formación de conceptos.

(135) Parte general, I, pág. 78.

dicas; se transforman otras sustancialmente; se codifica el Derecho y se produce una especialización creciente, sin perder nunca la unidad que les infunde el Derecho civil o común.

Mientras Savigny hace depender el Derecho de la convicción jurídica del pueblo, la nueva tendencia reconduce el Derecho teniendo en cuenta no sólo la conciencia jurídica, sino también y preferentemente las ideas de oportunidad y de progreso, haciendo así de la legislación un hecho vivo y positivo.

El método de interpretación e investigación trata de encauzarse en la valoración de las instituciones y disposiciones jurídicas, tomando como medida y referencia la justeza de su adecuación a los intereses que sirve o deben servir.

La nueva tendencia labora con el auxilio de la Historia, del Derecho comparado y de la Filosofía; con una Historia que trata de inquirir y exponer, junto a la evolución concreta, las notas características de la época en que se produce; una ciencia del Derecho comparado que arroja luz sobre el propio Derecho y estimula la legislación nacional en su desarrollo, y con un elemento filosófico jurídico que, entre otras virtudes, posee la de haber puesto nuevamente de relieve el valor eterno de la consideración iusnaturalista, haciendo que la ciencia del Derecho no se anquilese en el positivismo.

Pero Ihering llega con sus concepciones a la palestra jurídica cuando el cansancio y la baja de las Escuelas del Derecho natural y la histórica, a fuer de tanta disputa, agudizada, por sus extensos frentes, había hecho reaccionar la virulencia del positivismo, y así aparece la «Allgemeine Rechtslehre», con Merkel, Thon y tantos otros (136).

(136) Vid. «Elemente der allgemeinen Rechtslehren», en «Enzyklopädie der Rechtswissenschaft» de Holzendorff-Kohler, y «Juristische Enzyklopädie», con los trabajos de Binding: «Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe», Gotha, 1887-1888, y «Juristische Prinzipienlehre», Freiburg, 1894-1898; Austin: «Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law»; Jhon: «Rechtsnorm und subjektives Rechts», etc.

Desde entonces, los modernos filósofos del Derecho no han parado en sus creaciones, con especial dedicación a la metodología jurídica. Un día es Rudolf von Stammler (137), que, desdeñando el método inductivo, afirma la bondad del análisis crítico, haciendo coincidir el elemento teleológico en el ámbito del concepto formal del Derecho.

Otro día es Petrone (138), predicando la conveniencia de seguir el camino de «hacer abstracción de las cosas concretas y vivas», repitiendo que «la filosofía del Derecho no puede arrogarse el carácter de ciencia autónoma sino cuando haya alcanzado diferenciar netamente la naturaleza propia del Derecho, del momento y del criterio jurídico..., y llegará a la meta cuando, después del arduo despliegue del análisis y de la abstracción científica haya logrado determinar y formular con precisión la matemática del Derecho y

(137) «Ueber die Methode des geschichtlichen Rechtsschule», 1888; «Recht un Wirtschaft», 1897; «Die lehre von dem richtigen Recht», 1902; «Theorie des Rechtswissenschaft», 1911; «Lehrbuch der Rechtsphilosophie», 1921, etc.

Stammler ocupa el lugar más destacado de la dirección neokantiana. Petrone («La última fase de la Fil. del Der. en Alemania», pág. 245), dice que su intento fundamental puede resumirse así: «La reversión del problema de la crítica contra el positivismo». Establece una separación radical entre la experiencia y la especulación trascendente y entre el fenómeno y el ser. Su estudio sobre «los métodos de la escuela histórica del Derecho» es el primer indicio de rebelión del mundo jurídico contra el yugo del historicismo. En la misma dirección Schupe —más filósofo que jurista—: cfr. «Methoden der Rechts philosophie», 1884; «Der Begriff des Rechts», 1887. Post —influído por Schopenhauer—: cfr. «Studien sur sociologischen Rechtslehre», en «Archiv. f. öf Recht», I, págs. 451 y ss.

(138) Petrone (Iginio): «La fase recentissima della Filosofia del Dir. in Germania», 1895; «Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto», en «Riv. it. p. d. sc. giur.», 1896-98; «Problemi del mondo morale meditati da un idealista», 1905; «Il diritto nel sistema della filosofia dello spirito», 1906. De la obra citada, en primer término hay traducción española de Cristóbal de Reyna, con el título «La última fase de la Filosofía del Derecho en Alemania», Madrid, Calleja, S. A., obra todavía útil, aunque hace mucho tiempo que ha dejado de responder a su título. Examina las orientaciones filosóficas fundamentales del último tercio del siglo XIX, si bien no da a conocer las particularidades de los sistemas. Es, como el propio autor afirma, «una crítica fundada en la teoría del conocimiento».

del criterio jurídico», pero recuerda su filiación teleológica al afirmar luego que no interesa una filosofía pura que obtenga exclusivamente un valor teórico o especulativo cuyas conclusiones no pudieran ser transferidas a solucionar los problemas práctico-jurídicos, sintetizando su pensamiento en la idea de que «no se puede valorar sin ideal, ni comparar sin medida».

Otra vez es Del Vecchio (139), o Radbruch (140), o Binder (141), o Cicala (142), o Kaufmann (143), o Larenz (144),

(139) Vid. especialmente, «I presupposti filosofici della nozione del diritto», 1905; «Il concetto del diritto», 1912; «Il concetto della natura e il principio del diritto», 1922; «Sui principio generali del diritto», 1921; «La giustizia», 1924.

(140) Vid. «Grundzüge der Rechtsphilosophie», 1914, y «Einführung in die Rechtswissenschaft». A través de las traducciones de la «Rev. de Der. Priv.», sus dos obras más fundamentales se han vulgarizado entre nosotros. Es, sin disputa, un sugestivo escritor; pero hay que mirarle con los reparos que exigen su relativismo filosófico y su socialismo político.

(141) Binder: «Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie B. Stammler», Leipzig, Deichert, 1915, pág. 316. Über Kritische und metaphysische Rechtsphilosophie «Archiv. für Rechts und Wirtschaftphil», IX, 1915, págs. 18, 29, 142, 152. Der Wissenschaftscharakter d. Rechtswissenschaft, «Kantstudien», XXV (1920), págs. 321-365. Recht und Macht als Grundlage der Staatswirksamkeit, Beiträge zur «Philosophie d. deutsch. Idealismus», Beihft, 8, Erfurt, 1921. Fichte u. die Nation, «Logos», Bd. 10, Heft 3, 1921, págs. 275-315. Kantsbedeutung für das deutsche Geistesleben, Beiträge zur «Phil. d. idealismus», 1924. Philosophie des Rechts, Berlín, Stilke, 1925, págs. LIII-1.063. Kantianismus u. Hegelianismus in der Rechtsphilosophie, «Archiv. für Rechtssund Wirtschaftphil», 1927, págs. 251-279. Zur Lehre vom Rechtsbegriff, «Logos», XVIII, 1929, páginas 1-35. Bemerkungen zum Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft, «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und konkursrecht», 1934, página 83. Der Idealismus als Grundlage der Staatsphilosophie, «Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie», I, 1935, págs. 142 y ss. Grundlegung sur Rechtsphilosophie, Tübingen, Mohr, 1935, pág. 169. System d. Rechtsphilosophie, zweite vollkommene neu arbeitete Auflage, Berlín, Stilke, 1937, página 511. Dem Andenken Rudolf Stammlers, «Archiv. für Rechts und Wirtschaftphil», 1938, págs. 433-440.

Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts. Zur Erneuerung des Bürgerl. Rechts, München u. Berlín, 1938, págs. 18-36. Mein «absoluter Idealismus» und Hegel, in «Zeitschr. für dies ges. Staat-

los que ofreciendo nuevas tentativas metodológicas, demostrando así que es la crisis del método jurídico lo que pone en crisis al Derecho como ciencia.

Llega un momento que los dos criterios más destacados en punto a método jurídico, son: de una parte, la concepción positivista, que desde Gerber, Laband, Merkel y Thon alcanza su expresión más acusada en Kelsen, y, de otra, aquella que iniciada con la crítica de la filosofía neokantiana de Kaufmann, en 1921, adquiere vigor en la prolifera dis-

wiss», 98, 1938, 3, pág. 401. Die Einheit der praktischen Gesetzgebund, «Festschrift Paul Koschaker», III, Weimar, Böhlau, 1939, págs. 420-452. Rechtsphilosophie als Lebensphilosophie, Bemerkungen su K. Schillings der Staats- und Rechtsphilosophie im Ueberblick von der Griechen bis zur Gegenwart «Archiv. für Rechts und sozialphilosophie», 1939, págs. 380-403.

Sobre Derecho privado: Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, Leipzig, Deichert, 1895, pág. 119. Die korrealobligationen in römischen und im heutigen Rechts, Leipzig, Deichert, 1890, pág. 610. Die Plebs. Studien zur römischen Rechtsgeschichte, Leipzig, Deichert, 1909, pág. 630. Der justinianische Literalkontrakt, «Studi in onore di Biagio Brugi», Palermo, 1910, páginas 339-363. Zur Lehre von Schuld u. Haftung, «Iherings Jahrbüchred», 1926, págs. 75-187, y 1927, págs. 163-226.

(142) Cicala: «Filosofía e diritto», Città de Castello, 1925. Trata Cicala —forzosamente— de amoldar la concepción tomista al lenguaje más que al espíritu, de la kantiana. «Toda norma jurídica es —dice— el derecho justo del momento en que viene sancionada».

(143) Kaufmann: «Die kriterien des Rechts», Mohr, 1924. Es, quizá, el representante más caracterizado de la concepción fenomenológica, que mantiene la necesidad de una teoría pura del Derecho, esto es, libre de todo elemento empírico, y declara como conceptos jurídicos fundamentales los de persona, conducta y deber, con el auxilio de los cuales cree poder formar todos los demás.

(144) Larenz, en su obra «Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart», Berlín, 1931, sistematiza y somete a crítica las distintas concepciones metodológicas. Mantiene un idealismo absoluto, a veces unilateral. Censura especialmente la postura gnoseológica de Stammler y el positivismo de Bierling. Dice que si en nuestros estudios se quiere volver a Kant, ha de hacerse, no valiéndose del método teórico-cognoscitivo, sino del ético-práctico, porque el primero no concuerda con los fenómenos jurídicos, que son de naturaleza cultural. Alfredo Poggi le ha objetado que no parece necesario caer en la dialéctica hegeliana —a lo que parece inclinarse Larenz— para salir de las ambigüedades del neokantianismo gnoseológico o del círculo cerrado del positivismo. (Cfr. «Riv. int. Fil. dir.», 1932, pág. 467.)

usiones de las reuniones anuales de los Profesores iuspublicistas alemanes.

Mientras los positivistas abandonan toda idea teleológica, ésta es recogida como principal objetivo por sus contradictores, siendo, por tanto, este elemento teleológico, en especial, lo que constituye el centro de la discordia.

¿Cuál es la suerte que en el torneo va correspondiendo a las tendencias en pugna? A la hora presente el jurista no apasionado ha de anotar, convencido, el triunfo de la concepción antipositivista.

La «Reine Rechtslehre», de la escuela vienesa, con Kelsen a la cabeza, es, sin disputa, la que adoptó la postura más tajante de entre las tendencias positivistas; puede y debe considerársele como el máximo esfuerzo lógico de esta dirección, y terminó de concitar la reacción aplastante de sus contradictores (145).

Kelsen (146), recogiendo las ideas kantianas sobre el concepto de la ciencia, con su requisito esencial de sistema, así como la preocupación de señalar fronteras a cada una de las ciencias en particular, para así declararlas como un todo distintivo con su objeto y métodos propios, emprende su

(145) La escuela de Kelsen y la de Laband, unidas en una denominación común («positivische...»), han sido objeto de las más duras críticas, especialmente a partir de 1925. Cfr. Heller: Die krisis der Staatsrechtslehre, en «Arch. f. Sozialwis.», 1926, págs. 289-316, y Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, Berlín, 1927. Holstein: Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft, en «Arch. öff Rechts», 1926, págs. 1 y siguientes. Smend: Verfassung und Verfassungsrecht, München, 1928. Jerusalem: Das problem der Methode, en «Arch. öff Recht», 1928, págs. 171-96. Schwinge: Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, Bonn, 1930. Heller (cit.) reconduce el Derecho a la esfera del *Sein* —mientras Kelsen le había circunscrito exclusivamente a la esfera del *Deben*—, y dice que las instituciones y los principios jurídicos, fundados sobre la naturaleza ético-sensible del hombre y realizados en las circunstancias de estado y tiempos propios de una determinada cultura, no son simples formas abstractas, sino las representaciones concretas de los actos de voluntad de una infinita serie de generaciones.

(146) Vid. Jacques Maury: «Observaciones sobre las ideas del Profesor Hans Kelsen», en «Rev. Der. Priv.», 1929, núm. 193, págs. 305 y ss.

tarea señalando límites a la ciencia del Derecho, por lo que irónicamente pudo decir Kunz (147), que inauguró su sistema con una *actio finium regundarum*. En esta fase se emplea a fondo con su método, que a manera de crisol ha de depurar el Derecho de cuantos elementos extraños le ha añadido el error y la inercia de los hombres. Y estos residuos no jurídicos que estorban al Derecho puro serán, no sólo todo aquello que esté regido por la ley de la causalidad, sino también toda idea finalista o teleológica. Separa así el Derecho de la Moral, de la Política, de la Sociología..., y asido a su método, el lógico-formal, más lógico que formal y más formal que serio, quiere construir el orden jurídico a base de delegaciones sucesivas a partir de la hipótesis de origen, que es para Kelsen la norma originaria del derecho de gentes, de la cual son secuelas las demás reglas del Derecho y que, por cierto contra la previsión de Kelsen, resulta que es base y asiento metajurídico, mera hipótesis subjetiva por concepto (148). Avanzando con su método lógico-formal, se declara positivista y objetivista, con tendencia declarada hacia el monismo jurídico (149), como resulta a todas luces, en cuanto a su positivismo, de aquellas expresiones de Kelsen en la sesión de octubre de 1928, celebrada por el Instituto Internacional de Derecho público: «No hay Derecho natural, sino teorías de Derecho natural... El Derecho natural no es más que una máscara bajo la cual se disimulan los intereses». En cuanto a su objetivismo, al considerar que para este autor la realidad jurídica primaria es la regla de Derecho, el Derecho objetivo, y por lo que se refiere al monismo jurídico, la misma afirmación de Kelsen en cuanto a lo incuestionable de la necesaria unicidad del orden jurídico; si bien entiende que el primado del Derecho internacional sobre los derechos nacionales, o viceversa, sólo puede resolverse con criterio metajurídico.

(147) Cit. por Maury, pág. 306, núm. 1.

(148) Vid. Verdross: «Le fondement du Droit international. Academie de Droit international, Recueil des cours», 1927, págs. 280-281.

(149) Vid. Jacques Maury: loc. cit., págs. 309 y ss.

La quiebra de la teoría kelseniana, exponente máximo del formalismo positivista, viene confirmada por sus propios discípulos: es Verdross, predilecto discípulo de Kelsen, quien llega a decir que en la «norma fundamental» de su maestro «jamás podrá ser comprendida la vigencia objetiva del orden jurídico» (150); es el mismo Verdross quien, en otra ocasión, confiesa que «todo Derecho positivo supone la idea de justicia; no es sino un ensayo más o menos logrado de la aplicación de esta idea a las circunstancias... el hombre no es quien crea las reglas de la justicia; él no puede hacer más que conocerlas... El Derecho positivo es... ciertamente, un valor relativo que cambia con el desarrollo de la civilización; pero, sin embargo, está fundado sobre el valor absoluto de la idea de justicia, como todo valor relativo no es valor más que en relación con un valor absoluto».

También, entre otros, Kaufmann (151) y Schreier (152), asimismo discípulos de Kelsen, intentan acercar la doctrina de la escuela vienesa a la fenomenología y a la doctrina de los valores, desvirtuándola así esencialmente; y en el campo contrario se ha sucedido y se siguen sucediendo los destructores de la «Reine Rechtslehre» y su método lógico-formal.

En tanto que se derrumba el positivismo, la concepción finalista o teleológica se entroniza cada día más.

Es Ihering, que con sentido apriorístico del método jurídico, señala con decisión el aspecto teleológico del Derecho.

Es Stammler, que predica el teleologismo, aunque aplicándolo al aspecto formal del Derecho y no a su contenido, como hizo Ihering.

Es Bonfante, con sus discípulos de la Escuela de Pavia (153), el que en medio de las características de su mé-

(150) Verdross: «Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft», 1926, §§ 22 y 26.

(151) Kaufmann: «Die Kriterien des Rechts», 1924.

(152) Schreier: «Grundbegriffe und Grundformen des Rechts», 1924.

(153) Di Francisi, Albertario, Castelli, Suman...

todo naturalista de la historia del Derecho, apunta con firmeza el elemento teleológico, laborando con instrumentos históricos y en reducida medida con los filosóficos, aunque sin abandonar estos últimos, a pesar de su desconfianza por la metafísica jurídica y del exceso, que critica, de cátedras de Filosofía del Derecho (154).

Es, en suma, para evitar la prolijidad de citas, la misma Jurisprudencia conceptual, la que en sus postrimerías recoge el elemento teleológico. Ciertamente que esta tendencia concebía la ordenación jurídica como un sistema cerrado de conceptos, obteniendo nuevas reglas de Derecho a virtud de descubrir conceptos causales, por cuyo sistema las soluciones jurídicas se producían en cantidad indefinida (155). Pero frente a la realidad, más fuerte que la lógica, hubo de reconocerse que a pesar de la amplitud que abonaba el sistema propuesto había lagunas que necesitaban ser colmadas, sin que para tal operación bastase el mero reconocer de las normas vigentes, autorizándose entonces a poder adquirir la nueva norma extrayendo de las existentes el concepto causal para

(154) Bonfante: «Filosofia del Diritto e Scienza del Diritto», en «Scritti giuridice varii», IV, págs. 98 y ss.

(155) Max Beber, en su «Wirtschaft und Gesellschaft Grundsatz Sozialökonomie», III, 2, cap. VII, y «Recht-sociologie», pág. 397. Este autor señala como características de la Jurisprudencia conceptual, las siguientes: a), que toda concreta decisión jurídica es aplicación de una regla abstracta de Derecho a un hecho singularmente determinado; b), que para todo hecho concreto es posible adquirir de las reglas de Derecho abstractas, que están vigentes, una decisión con los medios de la lógica jurídica; c), el Derecho objetivo vigente contiene, en forma latente, un sistema sin posibles lagunas jurídicas, o como tal debe ser tratado a los fines de la aplicación del Derecho; d), aquello que no sea apto para ser tratado jurídicamente, no puede calificarse de relevante en la vida jurídica, y e), la acción de la comunidad de los hombres, generalmente, debe ser considerada o como aplicación o como ejecución de las reglas jurídicas, o al revés, como contravención o transgresión de las mismas. Ciertamente que la Jurisprudencia conceptual entendía en principio, como consecuencia de lo ya anotado, que la labor del Juez, del intérprete, era como un modo de «calcular con conceptos», excluyéndose toda posible valoración emocional, limitando su actuación a un mero reconocimiento de normas, porque el Derecho positivo era un todo completo y cerrado.

las lagunas, basándose en la idea de que los conceptos del Derecho han sido causales para la originación de la norma jurídica. El abuso de esta autorización constructiva fué mirando la pureza originaria de esta cerrada creación, y ya en la elección que había de operarse para la construcción o combinación de conceptos a fin de completar lagunas, eran examinadas con interés creciente las eventuales consecuencias de su respectiva conveniencia; de donde se concluye (156) que las normas de decisión llegaron a ser, en la forma externa de este procedimiento, no las tomadas de la construcción, sino del examen de intereses y en atención a ellos.

De más está decir la prevalencia del elemento finalista o teleológico en la llamada Jurisprudencia de intereses, en la que el primado de la lógica cede al primado de la valoración de la vida (157).

La misma evolución se observa también en la llamada

(156) Vid. De Diego: «Discurso apertura de Tribunales», 1934, pág. 48.

(157) Heck: «*Rechtserneuerung und juristische methodenlehre*», Tubinga, 1936; antes, en sus *Gesellschaftsbeschüsse* (Festschrift für Gierke, 1911), *Gesetzesauslegung und Interessejurisprudenz*, 1914 («*Archiv. für die civilistische Praxis*»), *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1932; *Interessejurisprudenz*, Frankfurt, año 1932.

Vid. en el mismo sentido finalista, Oertmann, en su *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1931, sin perjuicio de sus diferencias con la doctrina de Heck.

Vid. en igual sentido Stoll, en su *Begriff und Konstruktion in der lehre Interessejurisprudenz*, *Juristische methode, praktische Grundforderunge der Interessejurisprudenz und ihre Bedeutung in unser Zeit*, 1934.

La preponderancia de la Jurisprudencia finalista es también manifiesta en otras ramas del Derecho, como en el penal. Vid. Wolf: «*Strafrechtliche Schuldlehre*», Berlín, 1928, págs. 79 y ss., al ocuparse de los presupuestos teóricos y de la estructura metodológica de la doctrina de la culpa, niega una construcción empírica o descriptiva de la misma y propugna su carácter netamente teleológico. En otras aplicaciones también la acepta Grünhut: *Begriffsbildung und Rechtsanwendung in Strafrecht*, 1926. Dahm se sirve de igual método al ocuparse de la extensión del poder del Juez, en «*Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht*», 1931, págs. 5 y 6.

escuela del Derecho libre (158), en sus postrimerías, apenas se distingue de la Jurisprudencia de intereses (159).

Los movimientos totalitarios plantean una revisión metodológica, o quizá la construcción de métodos jurídicos nuevos.

La revisión casi continua del método jurídico ha sido, como queda dicho, una realidad; filósofos y juristas han trabajado incansablemente en la porfía de señalar un camino seguro para la ciencia del Derecho, tanto en su obtención como en su aplicación. Si tal era el estado de esta importante cuestión, al surgir los cambios políticos, con su incuestionable repercusión en el método, ha de quedar éste, de plano, sometido a nueva y completa valoración.

Hoy se tiene por aserto incontestable que la idea de comunidad domina y subyuga la vida política y civil, y que su dirección, concepto y límites han de informar la ordenación jurídico-positiva de cada pueblo. Del concepto de comunidad, ya aludido, dedúcese la conveniencia de que la concepción y construcción jurídica nazca, se desarrolle y manifieste en íntimo contacto espacial de sentimiento y com-

(158) Kantorowicz: «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», 1906. Muller Erzbach: «Rechtsfindung auf realer Grundlage», 1906. Vid. también: Ehrlich: «Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft», 1903; «Ueber Lücken in Rechte» (en «Juristische Blätter», 1888). De su segunda época son: «Grundlegund der Sociologie», 1913, y «Die juristische Logik», 1925.

Sauer, en su «Methodenlehre», cit., objeta a esta doctrina que sólo considera la parte real (sociológica) del Derecho, y, en cambio, descuida la normativa. Propugna la máxima limitación de las normas legales y la máxima formación de un Derecho consuetudinario.

Severas censuras de este Método se encuentran en Dernburg: «Das bürgerlichen Recht», 3.^a ed., pág. 5, y en Unger: «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», 1905. Entre los italianos se han opuesto: Polacco: «Le cabale legali», 1908; Coviello: «Dei moderni metodi d'interpretazione delle legi», 1908; Ferrara: «Potere del legislatore e funzione del giudice» («Rev. Diritto civ.», 1911). Nosotros no le atribuímos más valor que el de haber puesto de relieve las insuficiencias del método tradicional. El subjetivismo que propugna es anárquico e insostenible.

(159) De Diego, discurso citado, pág. 51: «Ehrlich ha suavizado tanto ésta su antigua doctrina, que apenas se distingue de la Jurisprudencia de intereses».

preensión con la comunidad a la que sirve; la ausencia de esta intimidad haría del Derecho un ente, que no de auxilio, sino de estorbo, serviría a la comunidad.

Mientras algunos entienden que a tal fin sirve con eficacia alguno de los métodos actuales con sólo introducir modificaciones accidentales, otros son partidarios de la invención y construcción de un método nuevo.

Los partidarios de la llamada Jurisprudencia de intereses, en especial Heck (160), estima que esta concepción es la que necesariamente conviene a los postulados del Nacionalsocialismo, con sólo una amplificación de ámbito, ya que a nuevos problemas corresponde un mayor contenido. Justifica su opinión en la sencillez de sus bases, coincidentes con las del régimen imperante en Alemania, y en que éste predica constantemente las mismas directivas que las señaladas por la Jurisprudencia de intereses en cuanto a originación, adquisición, formulación y aplicación de las normas jurídicas.

El entronque sustancial de ambas tendencias se cifra en tener como base común el concepto de justicia como servicio de la comunidad y la idea de adoptar como criterio rector una conducta justa frente a la insuficiencia de la ordenación positiva y la variabilidad de las posiciones de la vida. Reitera Heck que, si bien es cierto que para casi todas las escuelas el bien del pueblo constituyó constante preocupación finalista, el nacionalsocialismo ha traído como novedades un más exacto conocimiento del pueblo y de sus fines, algunos de ellos apuntados por primera vez, y, asimismo, la conciencia de un mayor imperio de la voluntad de la comunidad nacional sobre la de los súbditos y sus intereses particulares. Estas diferentes calidades encuentran su pleno desarrollo en la construcción de la Jurisprudencia de intereses.

Con referencia al problema de las lagunas de Derecho, opina Heck que, a pesar de que el nacionalsocialismo extiende el conocimiento del ideal común, no sólo a la ley y

(160) Heck, ob. cit.

a la observación de la vida, sino incluso a las declaraciones del Führer y a las predicaciones del Partido, no pueden creerse que dichas fuentes producen un ordenamiento completo.

Y ante la existencia de las lagunas, desechada la solución metodológica del positivismo, el método de inversión de la Jurisprudencia técnica y la libre creación del Derecho, no cabe otro método que el de Jurisprudencia de intereses, por ofrecer soluciones ajustadas a las que propugna el nuevo Estado y ser las más inteligibles para la comprensión de la comunidad (161).

(161) Heck, en justificación de su tesis, distingue cinco principios: Vinculación del Juez a la ley; interpretación de fines; interpretación histórica; regulación de las lagunas por la norma judicial y visión de conflictos. Relativamente al primero —vinculación del Juez a la ley—, se afirma que rige en la dirección de la Jurisprudencia de intereses y en el Estado nacionalsocialista; sin esta sujeción padecería la autonomía de la comunidad del Derecho, pero ante la laguna puede el Juez apartarse del contenido originario de la ley y acomodarse a los nuevos ideales de la comunidad, e incluso queda autorizado en tal forma para proceder en la aplicación de leyes viejas que estén en contradicción con los nuevos ideales de la vida. Por lo que toca al segundo principio —interpretación de fines— que caracteriza a la Jurisprudencia de intereses, es hoy el tipo de interpretación predicado y obtenido por el nuevo Estado. (Vid. Ley alemana de sucesión de 29 de septiembre de 1936, elevada en cuanto a interpretación a principio general de Derecho.) Por lo que se refiere a la interpretación histórica, observa Heck que es propio de la Jurisprudencia de intereses la división de la interpretación en fijación del contenido histórico por la investigación de los intereses y el acomodamiento de este contenido a la ordenación ya existente al tiempo de su aplicación (emocional formación progresiva); justamente es esta preocupación la propugnada por el nacionalsocialismo, que con su clara conducta quiere hacer comprensible a la comunidad nacional las razones decisivas del contenido de las leyes por conducto de su interpretación histórica, y así se observa en el sistema empleado por el Führer en sus intervenciones públicas, en las declaraciones del Partido y, especialmente a nuestro objeto, en los preámbulos de las nuevas leyes. (Cita Heck la alocución dirigida al pueblo alemán que contiene la ley de 16 de marzo de 1935). En cuanto al último principio —regulación de las lagunas por la norma judicial—, se entiende que para obtener esta medida se ha de inspirar el intérprete en las palabras del Führer y en las declaraciones del Partido, formando así su convicción nacionalsocialista, es decir, según la medida del mundo de pensamientos nacionalsocialista. Y, por último, en lo atinente a la visión de conflictos

Contra la Jurisprudencia de intereses se aduce especialmente: que los conflictos de intereses sólo representan una pequeña parte de los conflictos jurídicos; que el equilibrio del interés no es tampoco, en estos conflictos, el principio supremo del Derecho; lo es, en algunos casos, del Derecho privado, pero no en el Derecho penal, en el procesal ni, en general, en todo el Derecho público; que aun cuando un interés privado sea superior a otro, puede, y, en ocasiones, debe el Derecho pronunciarse contra el interés más fuerte; que es tendencia carente de toda orientación filosófico-jurídica desconocer la primera fase del Derecho, la sociológica, la necesidad de considerar sociológicamente las normas, y en su lugar hace opuestas las normas y los hechos; olvida los valores objetivos superiores a los intereses: el bienestar general y la justicia. Quien así sintetiza sus defectos termina afirmando, en tono despectivo para la Jurisprudencia de intereses, que «para el promedio cotidiano de casos jurídicos privados, sin complicaciones, hay que reconocer que su receta es y seguirá siendo buena para un uso doméstico» (162).

La crítica no es ecuaníme en todos sus aspectos. Cierta, sí, la falta de base filosófica acusada. La Jurisprudencia de intereses es eminentemente profesional; no descansa en una especial concepción del universo y sitúa fuera de su campo de acción las especulaciones metafísicas. Pero, por otra parte, ha de reconocerse que la Jurisprudencia de intereses no niega los valores objetivos superiores. Sucede simplemente que los considera, como otros tantos intereses —no los únicos—, a tener en cuenta.

precisa tener en cuenta: que conviene la claridad del método de la Jurisprudencia de intereses distinguir entre intereses victoriosos y el conjunto de intereses, victoriosos o no, que se dan en todo conflicto. Lo primero, o sea el no tener en cuenta sino los intereses victoriosos, corresponde a la pura interpretación por los fines, la de tener presente todos los intereses del conflicto; constituye el contenido de la «visión de conflictos» que propugna Heck. Con esta última concepción, se halla de acuerdo el Movimiento nacionalsocialista.

(162) Sauer, ob. cit.

A Carl Schmitt (163) se le atribuye la concepción de un *nuevo método*. Su doctrina ha sido ya objeto de detenida discusión (164).

Todo Derecho —dice Schmitt— comprende: o una regla, o una decisión, o una concreta ordenación o estructuración. El pensamiento de decisión se llama «decisionismo» y el pensamiento de la regla «normativismo». Señala Schmitt la relación de cada uno de los tres tipos de pensamiento con las tres formas posibles del Estado: el pensamiento de decisión, con el Estado absoluto; el normativismo, con el dualismo entre Estado y sociedad de tiempos posteriores, y, por último el pensamiento de la concreta ordenación, con el presente nacionalsocialismo.

La doctrina de los tres tipos de pensamiento actúa so-

(163) Vid. «Der Weg des Deutsche Juristen» (en «Deutsche Juristenzeitung», 1934); «Fünf Leitsätze für die Rechts praxis» (en «Deutsches Rechts», 1933), también en el año 1934, párrafo 225 de 1934); su escrito titulado «Ueber die drei des Rechtswissenschaftlichen Denken», 1934.

(164) Sobre la significación filosófica de Schmitt, afirma Niemeyer que él y Kelsen son los dos albaceas del positivismo (Niemeyer: «Einleitung a la Staatslehre», de Heller, 1934, pág. IX). Este punto de vista es recogido y desenvuelto por Galán (en su artículo «El criterio de lo político», «Revista gr. de Leg. y Jur.», abril 1941, págs. 290 y ss.), donde escribe: «Schmitt es un positivista de otro tipo que el positivista de la pasada centuria, pero positivista al fin y al cabo. Yo veo muchas veces en él la contrafigura de Kelsen. *Eadem sed aliter*. Kelsen normativiza y juridifica todo. Schmitt todo lo politiza, en cambio, y, por tanto, politiza también lo jurídico.

Ambos son de un simplismo filosófico sorprendente. En el pensamiento de Kelsen subyace la filosofía neokantiana, cuya inopia ontológica se reduce a la mera contraposición formal de ser y deber ser. En Schmitt no se acusa el influjo neokantiano —ni de ningún otro influjo filosófico claro y decidido—; pero parece como si en él resucitara el dualismo neokantiano de ser y deber ser, de realidad y norma, bajo la forma de norma y existencia, de norma y decisión.» Insiste en la confirmación del positivismo de Schmitt en las distintas manifestaciones de su doctrina y considera que también lo es su ideología de un orden concreto, en cuyo fondo no creer otra cosa que una suplantación sociológica y positivista de la venerable idea del Derecho natural, algo así como un nuevo derecho libre, en cuño sociológico.

bre el Derecho todo y comprende —según Schmitt— tanto la formación del precepto como su aplicación.

Parece que el «normativismo» de Schmitt comprende el positivismo y la Jurisprudencia conceptual, y que el pensamiento de ordenación, al pensamiento de fines del método teleológico (165); y en cuanto al «decisionismo», opina Heck que no puede encontrar un especial pensamiento de decisión que no obre o funcione como precepto y aun como última base de la decisión judicial.

Lucha Schmitt, al preocuparse del «normativismo» contra el positivismo y también contra la Jurisprudencia conceptual, pero no en el sentido de excluirlas, sino de corregir el método normativista, y a renglón seguido propugna la necesidad de «un nuevo tipo de jurista alemán»; afirmaciones que mal se compaginan. Y cuando Schmitt entiende que ha encontrado un *método nuevo* que es lo que lógicamente correspondería a sus ansias del nuevo jurista alemán, se encierra en el pensamiento de «ordenación y estructuración concreta», coincidiendo en esencia con la concepción teleológica de la Jurisprudencia de intereses, que en definitiva no es *nuevo método*, sino que lo nuevo es la concepción que de los intereses o fines tiene la presente comunidad nacionalsocialista (166).

(165) Vid. Heck, ob. cit., que así lo proclama y se esfuerza en demostrarlo.

(166) Para el estudio de la teoría de Schmitt es particularmente interesante el libro de Cantimori: «Principii politici del nazionalsocialismo» (Florencia, 1935, publicación a cargo de la Escuela de Ciencias Corporativas de la R. Universidad de Pisa) en el que se dan a conocer tres escritos fundamentales del Profesor alemán. En el primer escrito da la noción y establece su conocida contraposición entre *amicus* y *hostis*.

Volpicelli, que dedica un prefacio al volumen, le objeta que la contraposición no está de acuerdo con la dialéctica, pues amigo y enemigo, categorías externas, son términos irreconciliables, y es lógicamente necesaria una conciliación, posible cuando la oposición es interna o ideal. El segundo escrito es una historia jurídica del Reich, en los siglos XIX a XX, en términos conceptuales. En el tercero, se ocupa de la esencia del Estado.

Battaglia: es una recensión («Riv. int.fil. del Dr.», julio-octubre 1938, página 423), advierte que Schmitt se encuentra en un equívoco cuando ve

De la anterior exposición se obtienen las siguientes conclusiones:

a) El tema del método no es un problema meramente académico. De él depende el concepto del Derecho y la ciencia del Derecho. Es, sí, un instrumento de trabajo, un procedimiento de investigación. Pero los resultados varían según el método que se utilice. A la pregunta ¿qué es el Derecho? no puede contestarse sin haber fijado de antemano un método.

b) El método afecta a la consideración total del Derecho, a su esencia y a su vida, a lo que es en sí y a sus aplicaciones. No constituye un campo acotado para los filósofos. Estos, a través de él, penetran en la intimidad del concepto. Pero el jurista y el Juez han de utilizarle, asimismo en sus respectivos cometidos de investigación y aplicación del Derecho.

c) Las distintas vicisitudes que el método jurídico ha experimentado son demostración cumplida de su dificultad e infeliz hallazgo. Estas vicisitudes, en parte, son transformaciones internas; mas, en parte también, están determinadas por los giros del pensamiento filosófico y político.

d) Al advenir los movimientos totalitarios, la disputa metodológica está escindida en dos bandos: el del pensamiento positivista —con su culto a la ley y a los conceptos, su sumisión a lo dado y su negación a todo lo puramente jurídico— y el pensamiento teleológico o finalista, que da entrada en la esfera del Derecho a las realidades materiales e ideales de la vida; y

e) Al menos circunstancialmente, la hora actual acusa el triunfo de la dirección teleológica.

únicamente el Derecho y la ley como fórmulas externas, formas puras, a las que se pueden dar el más vario contenido político. Además, todo el Derecho no es, como quiere el Profesor alemán «el derecho de un determinado pueblo»; junto a él hay un derecho todavía más elevado, una ley correspondiente a la naturaleza humana, expresión no de las necesidades de un pueblo, sino de la absoluta espiritualidad por lo cual el hombre es tal en lo universal. Así lo enseña una sana tradición italiana cristiana y latina».

He aquí, en síntesis, el panorama que al jurista español se le ofrece. ¿Cuál es el camino a tomar?

Si en todos los órdenes de ideas resulta difícil trazar rumbos por vez primera, cuando lo que reclama nuestra opinión es un problema como el del método, sutil y amplísimo al mismo tiempo, con una constante controversia en su derredor, a propósito de la cual han lucido sus mejores galas los más finos pensadores del Derecho, la dificultad sube de grado. La pluma se encuentra propicia a expresar su duda. Hemos de sobreponernos, sin embargo, porque nuestra misión no es ésta, aunque tampoco sea la de decir una última palabra. Hay unos cuantos puntos fundamentales con respecto de los cuales, desde ahora, y sin perjuicio de ulteriores y más precisos desenvolvimientos, es posible señalar una postura.

Así, frente a la duda subjetiva que ofrece el concepto mismo del Derecho (von Logau), afirmamos las ideas de existencia y permanencia. El Derecho no es un producto del pensamiento, y menos del pensamiento individual. Existe. Lo que al jurista compete es conocerle. Ihering no se aventuró a hablar claramente de «creación jurídica». A partir de él, sin embargo, la frase se ha hecho frecuente. Pero no puede tomarse en su sentido puro y simple, como pretendió la escuela del Derecho libre. El Derecho no es un orden cerrado, mas tampoco cabe imaginarle sin límites, expuesto a todas las opiniones, sujeto a una constante mutación. Ni el Juez inanimado de Montesquieu (167), ni la Jurisprudencia inútil de Robespierre; ahora bien: tampoco el Juez creador arbitrario, sin sujeción a la ley, pura fantasía de Kantorowicz. La ciencia del Derecho y la Jurisprudencia han de concebirse vinculadas a la ley; lo que pasa es que no se agotan en ella; aumentan su caudal, pero dentro de su cauce. En este sentido puede decirse, con Pacchioni, que una parte del ordenamiento jurídico se forma por obra de los Jueces y mediante la colaboración de los doctos.

(167) Vid. «Esprit des lois», 1, VI, cap. VI.

A la incesante variabilidad propugnada por Kirchmann oponemos, como necesaria consecuencia de lo dicho antes, la permanencia del objeto del Derecho y la realidad de sus cambios de concepción y tratamiento. Es el método el que vacila y se transforma, y el Derecho que resulta de ese método, pero no el Derecho por cuya posesión luchan los distintos métodos.

Frente a la dudosa existencia del método en la llamada ciencia jurídica oponemos la realidad del necesario tanteo metodológico como instrumento de común uso y aceptación a través de tiempos y autores; los unos y los otros han seguido caminos con mayor o menor acierto en su obtención. La duda acerca de la existencia del método ha surgido al comparar las ciencias del espíritu, en especial por su compleja estructura, el Derecho, con las ciencias naturales e incluso con otras ciencias de mayor simplicidad entre las ciencias llamadas también culturales. El que el Derecho no sea susceptible, por la peculiaridad de su objeto, de un método igual al de las ciencias físicas, en lugar de negar la existencia o la necesidad del método jurídico, la afirma plenamente. Dudaríamos de la autonomía de nuestra disciplina si ante sus problemas pudiéramos adoptar la misma actitud mental que cualquier naturalista ante un insecto. Para pensar lo contrario hay que estar en el equívoco de que los métodos físicos son los únicos posibles. Este es un error que en ámbitos mucho mayores que los del Derecho nació en Inglaterra a fines del siglo XVIII y cundió con exceso en la Europa del siglo pasado. La teología y, en general, las ciencias de la Religión, eminentemente espirituales, padecieron también sus consecuencias. Recuérdese la Jurisprudencia etnológica de Post o la concepción jurídica de Eduardo Picard, que considera el Derecho como un producto de la naturaleza, a modo de fuerza cósmica en constante transformación a la que obedecemos necesariamente, por lo que sin duda tenía a gala empezar su conocida obra con estas palabras: «Más de cuarenta años hace que viajo y vivo en el país del Derecho». Botánico, entomólogo, obstinado, he recogido en él, pacientemente y sometido al análisis, millares de nociones.

Mi cerebro ha funcionado sin interrupción para estos estudios» (168).

Contrapartida de esta negación del método jurídico es la pretendida «pureza del método», que adquiere su máxima exaltación con la escuela vienesa, aunque su existencia data de mucho antes. En 1926, Maggiore, que la denomina «especie de doctrina de Monroe aplicada a la Jurisprudencia», escribió, caracterizándola: «El Derecho para los juristas. El Derecho tiene un contenido, un campo de acción, un procedimiento lógico propio que no tiene nada que ver con los de la filosofía, la política, la sociología y la economía» (169). Líneas atrás quedó expuesta en sus rasgos fundamentales y acusada su crisis. A ella también nos oponemos resueltamente. El completo culto a la lógica que hace de la Jurisprudencia una matemática del Derecho, es un error que descansa sobre el desconocimiento de la vida de éste. La vida no es para la teoría, sino ésta para aquélla. El Derecho dejaría de existir si se le reduce en su elaboración científica o en su aplicación práctica a un juego de esquemas abstractos sin referencia a las realidades concretas (170).

El jurista no puede ser sólo jurista, ni es posible librar al Derecho del íntimo contacto que mantiene con otros problemas culturales. Contra la actitud nihilista de la Jurisprudencia ante los supremos fines humanos, afirmamos la realidad de su misión moral. Con el Estado que se ha derrumbado por el peso de sus falsedades y por la victoria de las armas, se ha derrumbado también una dogmática jurídica.

¿Será, pues, precisa la creación de un método que sea fiel trasunto de la situación política y cultural de hoy? ¿Es imprescindible un nuevo método? ¿Basta con la acomodación de alguna de las tendencias metodológicas existentes?

(168) Vid. Edmundo Picard: «El Derecho puro». Trad. Serrano Jover. Madrid, 1911.

(169) Maggiore: «La dottrina del Método Giuridico» («Riv int. fil. Dr.», 1926, págs. 446 y ss.).

(170) Maggiore, cit., pág. 381.

¿Monismo metodológico o sincretismo metodológico? Las cuestiones a que aluden estas preguntas están en plena presencia. Los juristas, en trance de adhesión y auxilio a los regímenes totalitarios, centran en ellas gran parte de sus inquietudes. Por lo menos esto podemos darlo por seguro: que si en punto al método la ciencia jurídica de los últimos tiempos no ha conocido la calma, la agitación de ahora es doblemente explicable. No se trata de una pugna dialéctica entre escuelas; ésta, ciertamente, no ha dejado de existir. Pero el fenómeno adquiere mayores dimensiones si se tiene en cuenta que viene determinado por el peso y el impulso de una Revolución que conmueve los antiguos sillares. Siempre ha sucedido lo mismo. La reacción que a fines del siglo XV pronuncia Lorenzo Valla contra Bártolo, ¿qué es sino el eco de una poderosa cultura que no se conforma con la razón del silogismo o del argumento de autoridad, sino que quiere inquirir el origen filosófico e histórico del concepto, reputando insuficiente el texto de la ley? La dogmática jurídica, orientada hacia el intelectualismo y el legismo, ¿qué es sino el módulo del Estado democrático, atómico, pasivo y abstracto?

Un nuevo método pudiera ser el ideal ansiado. Un elegante paralelismo lógico exigiría un nuevo método para un Derecho nuevo. Pero ¿hasta dónde es esto posible? Téngase en cuenta que si nos dejásemos guiar tan sólo de ese elegante paralelismo lógico, negaríamos nuestras concepciones, incurriríamos en una petición de principios.

La realidad no nos dice que al día siguiente de una revolución deba aparecer un método jurídico que jamás se conoció, ni nos dice tampoco que nada de lo anterior sea utilizable. Hablan los hechos y no las ideas, y menos las utopías. Lo cierto hoy en este sentido es que en la pugna entre la norma y la vida, el Derecho nuevo se decide por la victoria de la vida. Si en un orden de ideas semejantes se asienta la Jurisprudencia de intereses, ofrece, en principio, posibilidades de adaptación. Característica de este método es precisamente su flexibilidad. Cuando Schmitt entendía haber alcanzado un nuevo método, demostraba Heck la coinciden-

cia de aquél con la Jurisprudencia de intereses. Cierto que han cambiado las circunstancias, que los regímenes totalitarios han traído un nuevo modo de concebir la vida. Intereses y valores muy diferentes son los que con preferencia se sobreestiman y se entiende que deben informar el Derecho. Para no referirnos sino a algún aspecto muy general, basta recordar, por ejemplo, que el sentimiento y la idea de la comunidad se erige en núcleo central de nuestra construcción política; recuérdese también como dogma indudable el de la necesaria subordinación del interés privado al público, o la exaltación de la dignidad de la personalidad humana, o la protección de la familia... Ahora bien: esto no quiere decir que el método, como sistema de obtención e interpretación de normas, no sirva. Significa tan sólo *que habiendo cambiado la materia* —como diría Francisco Suárez— *se hace precisa una revisión y nueva ordenación de los intereses morales y materiales a valorar en la decisión de un caso concreto o en la formulación de una norma jurídica.* Luego lo que sí se requiere es *una jerarquía distinta y condicionada a las circunstancias actuales de los intereses*; e incluso más: *dar cabida a categorías de intereses antes desconocidos o ajenas al campo del Derecho.* Esto no implica, sin embargo, que ha de cerrarse las puertas a un método totalmente nuevo, porque ello equivaldría al vano empeño de querer situarse fuera de la Historia. Pero parece camino más seguro para llegar a él éste de la progresiva transformación y perfeccionamiento que no el de la repentina improvisación.

Por otra parte, sólo hasta cierto punto es posible considerar la Jurisprudencia de intereses como doctrina ajena a las concepciones imperantes hoy. Cierto que, rigurosamente hablando, su nacimiento data de tiempos anteriores a la guerra europea; pero es a raíz de ésta cuando se consolida y cobra preponderancia. En el orden filosófico cabe perfectamente situarla dentro del proceso de reacción contra la ideología racionalista que luego había de adquirir su consagración positiva con los regímenes totalitarios. Por más que sus fundadores se hayan esforzado en negarle todo entronque filo-

sófico, es claro que está mucho más cerca de Hegel que de Kant.

Pero al aceptar la Jurisprudencia de intereses como tendencia metodológica apta para servir al Derecho nuevo, no lo hacemos con la acritud excluyente de todo viso conceptual. En las posturas irascibles a que llegan los que luchan está el vicio de origen de los distintos puntos de vista, si bien no sea el único.

Con profundidad de juicio digna de su genio, lo advirtió Ihering. No pueden apoyarse en Ihering los autores anti-conceptualistas, en especial en su crítica de la «jurisprudencia conceptual» y del «paraíso de los conceptos» (171). Lo que allí servía de blanco era el manejo unilateral de los conceptos, apartados de la vida real y desatentos a las consecuencias prácticas; no se mofaba Ihering, como dice Enneccerus (172) del valor de una construcción conceptual consistente de sus límites. Afirma con razón Jellinek (173), que «la desaparición de los conceptos jurídicos netos es la muerte de la vida jurídica». Claro que, por lo demás, tampoco cabe aceptar las exageraciones en que incurrió este autor, particularmente en su *System subjektiven öffentliche Rechts* (1892). Es erróneo decir en absoluto que las nociones jurídicas no tienen por objeto realidades concretas, sino pensamientos, ideas o abstracciones, aunque luego quiera mantenerse una separación entre abstracciones y ficciones. Ni tampoco parece exacto sostener que la misión fundamental de la gnosología jurídica consista en la identificación y unificación del contenido de las normas jurídicas en ciertas nociones, a fin de poder pensar todas las normas como un conjunto sin contradicción interna alguna. Y es, por último, asimismo, exagerado propugnar que la ciencia jurídica y la síntesis jurídica no deben ocuparse nunca de los fenómenos psicológicos o sociales que son el substracto de la propiedad, del Estado y

(171) Ihering: «Scherz und Ernst», 2.^a ed., págs. 247-320-326.

(172) Enneccerus, ob. cit., I, pág. 72, ed. esp.

(173) Jellinek: «Staatenverbindungen», pág. 15. También Baugarten: «Wissenschaft», I, & 16, y II, págs. 533 y ss.

de toda noción jurídica. No ha de concebirse el Derecho como un mundo aparte puramente ideal pensado. La realidad social y la jurídica son una misma realidad o para decirlo con mayor exactitud, la realidad jurídica constituye un factor de la social. Esta abarca, sin duda, un mayor número de elementos, porque en aquélla sólo penetran los comprendidos en las normas jurídicas. Pero querer reducir el problema gnoseológico a una operación mental sin otro objeto que la determinación, identificación y unificación de conceptos, significaría restringir de una manera bien extraña y artificiosa la ciencia del Derecho (174).

El complejo de las manifestaciones de la vida a las que el Derecho rige y su constante avance, necesitan del análisis y de la concisión conceptual (175). Mas lo que no puede aceptarse es que, so pretexto de estas justas consideraciones, haya autores, como Puchta, que sean capaces de posponer los intereses de la vida al alambicamiento, congruencia e inmutabilidad de los conceptos, porque ello sería «abuso del concepto» y no «Jurisprudencia conceptual»; ni tampoco es cierta la postura de otros, como Fuchs (176) que en su aspiración, en sí legítima, de asegurar la idea de fin, menosprecia la evolución conceptual y sistemática del Derecho.

Criticando Geny el método francés de interpretación, que él denomina tradicional y en el que de manera tan clara se proyectan las consecuencias del conceptualismo jurídico, reconoce que en cierta medida las instituciones positivas, tal cual nos la presenta el Derecho práctico y vivo, se descomponen mediante el análisis en elementos abstractos, obteniéndose reglas generales que se elevan por encima de las prescripciones concretas de la ley. Indudablemente, pertenece también a la ciencia del Derecho el depender de estos elementos su esencia jurídica, simplificando su funcionamiento.

(174) Vid: Ganef: «Sintesi científica e sintesi giuridica». («Riv. Fil. der A.», VI, Fas. I, págs. 1 y s.).

(175) Sohm: «Jur. Z.», 1910, págs. 114 y ss.

(176) Ernst Fuchs: «Gemeinschlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz», 1909.

to y adaptación a la vida. Hasta aquí se ha celebrado con justicia la construcción jurídica. Pero que esta construcción, cuyo trabajo es completamente subjetivo, deba producir normas predeterminadas, dominadas por una concepción creída objetivamente exacta y deduciendo sus consecuencias en un orden lógicamente necesario, no se justificará sino cuando el Derecho fuese para nosotros una ciencia exacta como las matemáticas, en que todos sus elementos, animados de una fuerza lógica inherente a su esencia, vivieran una vida puramente ideal y aislados de las materias contingentes que regulan.

«Víctima de su obra, el jurista no se da siempre cuenta de la irrealidad de sus construcciones y de la vacuidad práctica de sus resultados. Pero si abdicase de todo espíritu de partido y quisiera estudiar simplemente la índole objetiva de las cosas sometidas a su juicio, pronto se convencería de que nada imperiosamente lógico estimula las relaciones que estudia, y que la aplicación que hace a ellas de sus concepciones, la trabazón de éstas, puede ser muy diferente de lo que supone, sin agravio de la razón y satisfaciendo mejor los intereses de la realidad» (177).

Lo conveniente y justo es, por tanto, adoptar en este punto una postura de reconocimiento para los conceptos, mas sin abusar de ellos. Son instrumentos utilizables en la elaboración del Derecho. Lo peligroso es el exclusivismo; nunca, su prudente empleo. Sería inexacto decir que Heck no les ha tenido en cuenta. «Sobre la teoría genética de Ihering —escribe Jerónimo González (178)— y con ciertas aproximaciones al Derecho justo, de Stammler, Heck desenvuelve la teoría productiva de los intereses, colmando con sus trabajos las lagunas de la ley». Como instrumentos de trabajo maneja: 1), los intereses; 2), los conceptos, y 3), la construcción, nociones que toma del lenguaje ordinario y afina en su aplicación a la Jurisprudencia. De él procede, asimis-

(177) Geny, ob. cit., pág. 122.

(178) Jerónimo González: «La escuela de Tubinga». («Rev. crit. Dcho. inmb.», 1935, pág. 566.)

mo, la distinción entre conceptos deontológicos, ónticos y ordenadores, correspondientes, respectivamente, a la triple función del pensamiento jurídico: adquisición de normas, presupuestos de hecho y formulación de resultados (179). Ahora bien: los conceptos no son infalibles y ni siquiera son siempre fecundos. Pero esto no equivale a negarlos, sino tan sólo predicar la necesidad de valorarlos. Han de tratarse como conclusiones incompletas y no de seguridad absoluta, mientras un examen reflexivo no acredite además que los dichos conceptos son aptos para el servicio de los intereses de la comunidad, a cuya satisfacción y auxilio han de doblegarse. En una palabra: las exigencias de la construcción jurídica ceden ante las necesidades de los destinatarios de las normas.

Esta postura es la propia y normal de la orientación teleológica; la deformación ha venido con el calor de la lucha, pues si bien se concibe la oposición real entre las escuelas del Derecho libre y el normativismo en toda su graduación (frente a la regla positiva alza el sentimiento ideal de lo justo y frente al método lógico-formal alza la intuición), entre teleogismo y normativismo hay diferencias, pero la diferencia no es necesariamente oposición (180).

Una última cuestión de las planteadas queda por considerar: la muy debatida del monismo o el sincretismo metódico (181). Lo dicho hasta aquí ya implica una contestación. Es obligado reconocer, a la altura que ha llegado la controversia sobre el método jurídico, que el monismo ha sido el obstáculo máximo con que ha tropezado el Derecho en su elaboración, interpretación y aplicabilidad. Pensar que un único camino nos puede conducir al conocimiento y resolución de los conflictos del mundo de los hombres, variables, contingentes y no previsibles totalmente (182), es desconocer o, por lo menos, no querer conocer, la misión del Derecho y la compleja e intrincada realidad a que ha de servir.

(179) Heck: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tubinga, 1932.

(180) Oertmann: *«Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft»*, 1931.

(181) Schwinge, *ob. cit.*

(182) Vid. Nussbaum: *«Reichtstaatsachenforschung»*, año 1914.

El exclusivismo como actitud mental ante los problemas del Derecho, antes o después, desemboca en el fracaso.

El sincretismo metódico es, pues, el verdadero camino a seguir. Se nos objetará que incidimos en una cómoda postura ecléctica. Procede, por tanto, alguna aclaración. Sincretismo y eclecticismo son conceptos distintos. No queremos decir que todos los métodos sean igualmente utilizables. Ello nos conduciría a un escepticismo carente de dignidad científica; es indispensable la crítica. Tampoco afirmamos, en principio, que todos los métodos sean parcialmente utilizables. No se trata, pues de dar la razón a los distintos métodos ni de aceptar fracciones de ellos. Lo que sucede simplemente es que *a priori*, en abstracto, no puede idearse una fórmula aplicable a cualquier situación como resorte único y siempre eficaz. Es preciso tener preferencias —las nuestras quedaron ya expuestas—, mas no modelos acabados. Dice con razón Cogliolo, sintetizando en dos palabras las antítesis metodológicas, que predicar un método positivo en contraste con el método especulativo es un juego de palabras, porque sin especulación los hechos son mudos (183).

Lo verdaderamente interesante no es poner los varios métodos de acuerdo entre sí, sino valorar los resultados a que conducen. Lo que personaliza al método, tal como nosotros lo entendemos, no es, podría decirse, su estructura —el conjunto de recursos, experiencias, datos y especulaciones que le integran—, sino la especial manera de servirse de él, su cometido. Cuando se afirma que el Derecho cumple una misión trascendente en dirección hacia la justicia, al servicio de los fines de la comunidad, se afirma también que el método para la elaboración o ejecución de ese Derecho ha de utilizarse igualmente por y para el cumplimiento riguroso de dichos fines. Esto es, que los intereses de la comunidad nacional, su constante reconocimiento y protección, se sobreponen a toda otra consideración, sea o no conceptual, y explican la bondad de los procedimientos metódicos puestos en juego por el legislador, el investigador o el intérprete.

(183) Cogliolo: «Filosofía del Diritto Privato», 1936, pág. 145.

APÉNDICE PRIMERO

Extracto de las Memorias de los Fiscales de las Audiencias



Al hacer el sucinto extracto de las Memorias que reglamentariamente elevan los Fiscales, es grato consignar que, por regla general, son documentos cuidadosamente redactados, llenos de atinadas y juiciosas observaciones y de casos curiosos de matices jurídicos interesantes, tomados del manantial vivo de la realidad, los cuales, unas veces por imprevistos en las leyes y otras por su profunda complejidad, han exigido que los Fiscales realicen meritorios esfuerzos para llenar dignamente su misión.

Muy pocos son los que redactan sus Memorias con desgana, como quien cumple un penoso deber que no puede eludirse; algunos disimulan mal su persuasión de la inutilidad de estos trabajos, y los más revelan una noble emulación en su redacción completa y perfecta, con lo que, al mismo tiempo que prestan un inestimable servicio, cultivan su espíritu, superando progresivamente su aptitud para servir los altos intereses de la Justicia.

En este año no ha podido el Fiscal de Santander redactar su Memoria, por haberse destruído la Fiscalía con toda su documentación en el doloroso siniestro que sufrió la ciudad el 15 de febrero último. Entre las restantes, deben destacarse las enviadas por el Fiscal de Avila, D. Enrique de Leyva Suárez, cuya cultura jurídica queda una vez más acreditada en su brillante exposición de varios temas interesantes, y por el de Huelva, D. Alejandro Cobelas Albertí, con detallada y completa documentación sobre los temas que trata, que revela su vocación y buenas dotes de observador.

ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES Y FISCALIAS

I. Audiencias.

Cumpliendo el precepto legal, comienzan sus Memorias los Fiscales dando cuenta del funcionamiento de sus respectivas Audiencias. Reflejan, en su inmensa mayoría, la cordial compenetración en

que se encuentran Magistrados y Fiscales en el común designio de elevar, desde la órbita de sus respectivas atribuciones, la función augusta que les está encomendada, conscientes de su importancia social, como ineludible fundamento del bienestar y la prosperidad del pueblo.

Como siempre, resulta gratamente elogioso el juicio que sobre sus compañeros emiten los Fiscales, coincidiendo con la íntima convicción de nuestra sociedad, que reconoce en el Cuerpo judicial insuperables virtudes de rectitud, austeridad y decoro personal.

Como en el año anterior, hacen notar los Fiscales deficiencias impuestas por las pasadas circunstancias, que determinaron la escasez de personal judicial, fiscal y auxiliar, por los motivos que se enunciarán después. Podrá superficialmente pensarse que los dos años que han transcurrido desde la venturosa terminación de la guerra, son suficientes para haber completado las plantillas con personal nuevo, pero si se tiene en cuenta el unánime sentir sobre la suma de condiciones que deben exigirse a los que han de recibir la alta función de que se trata, se verá que ese personal no puede improvisarse, sino que se ha de seleccionar en pruebas rigurosas, para la que no podía estar preparada una juventud ausente del estudio mientras cumplió el deber de servir a la Patria con las armas o sufrió la opresión roja en cárceles, trabajos forzados u ocultos a sus crueles persecuciones.

Ningún observador entendido dejará de notar deficiencias, que no pueden ni deben silenciarse; tampoco las soslayan los Fiscales, pero no quieren poner notas alarmistas y afirman generalmente que, a pesar de la falta de funcionarios y del progresivo aumento del trabajo, el despacho es normal; y otros, menos optimistas, expresan que el servicio en sus Audiencias «va normalizándose», «se va consiguiendo normalizar», «funciona con lentitud»... Estas vagas expresiones no permiten, ciertamente, conocer con exactitud la supuesta normalización, que puede entenderse no más en el sentido de que cada cual realiza el esfuerzo que le es posible para lograrla.

El volumen de asuntos en el período a que se refieren las Memorias, está integrado por: 1.º Los corrientes. 2.º La revisión de actuaciones de la época roja, para confirmarlas, enmendarlas o anularlas, en todo o en parte, según lo dispuesto en la ley de 8 de mayo de 1939 y normas complementarias, contenidas en el Decreto de 30 de diciembre del mismo año. 3.º La reconstrucción de actuaciones desaparecidas, destruidas o mutiladas durante la dominación marxista, conforme al Decreto de 23 de febrero de 1940.

Convendría que los Fiscales de las Audiencias que estuvieron en zona roja, hubieran expresado la marcha de los asuntos con la separación antes dicha, por ofrecer gran interés el conocimiento

del progreso en la restauración de lo destruído y convalidación de lo actuado en el período rojo.

2. Juzgados de instrucción.

Más deficiente es, según las Memorias, el funcionamiento de los Juzgados. En la labor criminal, la instrucción, según los Fiscales expresan casi unánimemente, en los Juzgados sin Juez titular —muchos de los cuales carecen también de Secretario—, salvo rarísimas excepciones, es tan deficiente y rudimentaria que exige incalculable número de revocaciones de los autos de terminación de los sumarios, con pérdida de tiempo y trabajo y, sobre todo, de eficacia, pues la investigación es tanto más difícil cuanto más se aleja de la comisión del suceso que debe investigarse.

Podría salvar estos inconvenientes la asidua inspección de los sumarios, siquiera limitada a los que tuvieran por objeto delitos graves o de difícil investigación, pero la dicha escasez del personal fiscal, juntamente con las dificultades, muchas veces hechas notar, para el desplazamiento, impiden esa aspiración.

De los datos consignados en las Memorias se deduce que la inspección ha sido casi nula; las verificadas personalmente lo fueron generalmente en los Juzgados de las capitales de las provincias, donde son menos necesarias, por no ser en esos Juzgados en los que faltan Jueces titulares.

Los Fiscales que consignan, en el número correspondiente de las Memorias, el número, clase y resultado de las inspecciones realizadas durante el año, son: Jaén, 2, por testimonio; Guadalajara, 2, personales; Avila, 1, personal; Cádiz, 2, personales; Toledo, 1, personal; Segovia, 1, personal; Burgos, 1, personal; Madrid, 3, personales; Las Palmas, 1, personal; Granada, 2, por testimonio; Barcelona, 1, personal; Valencia, 1, personal; Valladolid, 1, personal; Mallorca, 1, personal; Zaragoza, varias personales; Pamplona, Las Palmas, Albacete, Coruña, Barcelona, Cuenca y Valladolid, varias por testimonio, sin expresar número. Sevilla dice que por haber tomado recientemente el Fiscal redactor de la Memoria posesión de la Fiscalía, no puede consignar si hubo inspecciones, lo que denota que no se lleva el libro 8.º, destinado a anotar estas inspecciones, con expresión del funcionario que las practique y principales peticiones que haga.

Los restantes Fiscales no expresan que practicasen inspecciones de sumarios.

Difícil, ya se ha dicho, es la inspección personal, pero en atención a las deficiencias y retrasos, que las Memorias acusan, en la instrucción de los sumarios, es convenientísima la frecuente petición de testimonios (preceptivo es para los Jueces el parte semanal,

cuando la instrucción exceda el término de un mes, art. 324 de la ley de Enjuiciamiento criminal) por suponer estímulo y recuerdo a los Juzgados, y para la Fiscalía conocimiento de la marcha de la instrucción, importancia del asunto sobre que versa, casi desconocida si no se tienen más datos que los facilitados en el parte de incoación, y de la necesidad o conveniencia de que vaya al sumario la iniciativa del Fiscal, supliendo deficiencias de instructores no profesionales.

3. Juzgados municipales.

Se acentúan las deficiencias en los Juzgados municipales, que continúan mereciendo a los Fiscales el mismo deplorable concepto que vienen repitiendo desde muy atrás.

Por ser numerosos los Juzgados de instrucción sin titular, se encargan de ellos los Jueces municipales, cuya jurisdicción pasa, a su vez, a los suplentes o a Jueces de períodos anteriores, los cuales, por considerar su actuación eventual e interina, no suelen prestarle la menor atención.

Esto deja la jurisdicción al arbitrio de los Secretarios, achaque habitual en los Juzgados rurales, con general alarma que ponen de relieve los Fiscales de Lugo, Castellón, Salamanca y Cádiz.

La importancia de este grado de la Administración de Justicia se deduce de ser el que más frecuentemente debe dar satisfacción a las necesidades jurídicas de la sociedad, las que, con ser tan respetables y perentorias, quedan entregadas al azar muchas veces, y otras, al arbitrario juego de intereses locales.

De ahí el clamor de los Fiscales, que continúan postulando la necesidad de la reforma sustancial de la Justicia municipal, insistiendo algunos, como los de Soria y Salamanca, en el tema de las circunscripciones.

Refieren episodios lamentables los Fiscales de Zaragoza y Valladolid, y hacen discretas observaciones los de Soria y Lugo. Los motivos de las deficiencias son, según el común sentir, negligencia y falta de idoneidad en Jueces y Secretarios de los Juzgados rurales.

Destaca el Fiscal de Granada el desvío con que ahora se reciben los cargos de la Justicia municipal, antes tan apetecidos, lo que da idea de que los mismos que desenvuelven la actuación de aquélla, participan de la general preocupación que despierta su deficiencia, que, faltos de capacitación, son incapaces de vencer.

Caracteres diversos presenta el problema en los centros urbanos importantes, sin que, por eso, dejen de merecer censuras, salvo los contados casos en que, según se dice, ofrecen las mismas

garantías que si estuvieran regidos por funcionarios profesionales, como en realidad lo están algunos.

Queda, sin embargo, en estos Juzgados urbanos el vicio de que se pone principalmente la atención en los emolumentos, forzando el ingenio en la recluta de asuntos civiles, sin el menor respeto a las reglas de competencia, bajo el supuesto legal, hoy muy restringido, de la sumisión. Preponderante este vicio en los Juzgados cercanos a las grandes ciudades, es fácilmente corregible con la ley de 21 de mayo de 1936, pues al originar numerosas competencias, el superior común que las resuelve, puede, como repetidas veces se ha hecho, imputar el pago de las costas a quien hizo necesaria la contienda por no cumplir las prescripciones de la citada ley y, en todo caso, este incumplimiento, revelándose habitual, constituye una grave negligencia, que entra de lleno en la vida disciplinaria.

De Juzgados de grandes núcleos urbanos es el tremendo error de tomar la condena en costas como principal objetivo de la función punitiva, vicio que, en quien lo padece, subsistirá tanto como el sistema de retribución de los funcionarios.

Se expresa por algunos Fiscales la aspiración de separar del Código penal la materia contravencional para que pase a reglamentos policiales o gubernativos; muchas de las contravenciones que hoy se definen en el Código son, en efecto, más propias de la competencia gubernativa, pero otras, en cambio, no se distinguen de los delitos, sino por el accidente del mal material que producen, y el separarlas del Código supondría la agudización del error, generalizado aún, de que en la infracción penal no cuenta lo que debiera ser su principal elemento: el subjetivo.

4. Fiscalías.

La consignada falta de personal impide tratar ampliamente el tema, cuyo principal interés está en la distribución de los asuntos para su despacho y en la actuación personal del Jefe de la Fiscalía en aquellos que el Estatuto y su Reglamento le encomiendan especialmente. Aquella falta de personal hace que en muchas Fiscalías actúe un solo funcionario, y en otras que tienen más de uno, las premuras de tiempo han impedido mantener una regular distribución.

En buen número de Fiscalías uno de sus funcionarios tiene encomendada la instrucción de la causa general, de la provincia, por delegación de la Fiscalía del Tribunal Supremo; en algunas uno o varios funcionarios simultanean sus funciones con las encomendadas por la jurisdicción castrense.

Las Fiscalías de la que fué Zona roja vienen solicitadas no

sólo por el trabajo que puede considerarse ordinario en lo criminal, sino también por la revisión y reconstitución de actuaciones, en gran parte encomendadas al estudio e iniciativa del Fiscal.

Hay, además, una abundante actuación para legalizar situaciones anormales de personas y familias, mediante la instrucción de expedientes para inscribir defunciones y desapariciones, declarar derechos sucesorios, proveer a la guarda y defensa de numerosos niños que quedaron en orfandad o autorizar la disposición de sus bienes para recomponer su patrimonio, anular títulos de valores públicos o industriales sustraídos o desaparecidos en cantidades fabulosas, etc. Este trabajo, sobre ser copioso, es urgente en su mayoría, para no dilatar la normalización de situaciones familiares y económicas.

A todo, dicen los Fiscales, se ha hecho frente satisfactoriamente, sin omitir esfuerzos, a veces agotadores, con los que, dicen, se tiene el despacho al día. No puede, sin embargo, aceptarse tan lisonjera situación, pero sí asegurar que los funcionarios que se encuentran en sus puestos han cumplido su deber, aun los que tienen retrasos.

El esfuerzo que esa labor representa se comprenderá con los datos estadísticos que irán al final, y, como ejemplo, pueden citarse las cifras que algunos consignan: el de Murcia ha despachado en el año 3.116 asuntos y asistido a 172 juicios orales; el de Cádiz formuló 431 calificaciones y asistió a 267 juicios; el de Lugo despachó 1.816 asuntos; el de Jaén 1.830, de ellos 1.192 de instrucción.

Todos los Jefes de Fiscalía, propietarios, interinos o accidentales, hacen constar expresamente que cumplen el deber estatutario antes aludido y que, haciendo una equitativa distribución del trabajo, los que tienen auxiliares, se reservan mayor cantidad que la entregada a éstos.

Casi todos los Jefes despachan los asuntos civiles y gubernativos y los trámites posteriores a la sentencia.

Tienen las Fiscalías unos modestos auxiliares que actúan como mecanógrafos o escribientes y llevan los libros, cuyos servicios este año algunos Fiscales, como otros en los precedentes, elogian, por la buena voluntad con que se prestan y el número de horas que se invierte en ellos. Continúan insistiendo en la necesidad de que tengan la consideración de funcionarios públicos y la dotación correspondiente, análoga a los oficiales de las Secretarías, pues ni en calidad ni en cantidad es inferior su trabajo. Algunos Fiscales añaden que la insuficiencia de la dotación hace imposible encontrar quien preste un servicio tan necesario.

5. Conclusión.

La Administración de justicia, cuyo estado se ha procurado reflejar en los números precedentes, adolece de personal, motivada por varios factores:

a) Las víctimas del furor sangriento de los rojos. No es necesario anticipar aquí el número de estos mártires, cuyos nombres ha recogido la Causa general.

b) La eliminación de los que en la Zona roja desertaron del cumplimiento de su deber y se han expatriado voluntariamente.

c) Los condenados por los Tribunales militares, por su actuación en la misma Zona, y los separados por virtud de la depuración.

d) No estar colocados algunos de los depurados y admitidos al servicio, con o sin sanción.

e) El gran contingente de funcionarios de todas las escalas, que prestan servicio en la jurisdicción castrense, con cese total o parcial en la propia.

f) El paso de buen número de funcionarios a otros cargos: Fiscalías de Tasas, Magistratura del Trabajo y comisiones varias y la excedencia voluntaria de otros.

Con el fin de tener atendida en lo posible la jurisdicción civil, se ha prorrogado la de los pocos Jueces que actúan en cada provincia a los restantes Juzgados, lo que supone para ellos un enorme sacrificio que no puede mantenerse largo tiempo, sobre todo por realizarse con tal penuria de medios materiales, que merma el prestigio de la función.

Se solucionará, o se atenuará al menos, rápidamente la anomalía, con la inmediata colocación de todos los funcionarios depurados y el reintegro a sus puestos de cuantos, con dudosa necesidad, prestan otros servicios en la jurisdicción militar o en otras comisiones, algunas bien ajenas a la judicial, distribuyendo el personal en el territorio nacional, según las necesidades. Aun así el déficit de personal seguirá siendo considerable, pero se podrá exigir esfuerzos extraordinarios, que no serán eludidos, hasta que se forme nuevo personal.

II

MOVIMIENTO DE DELINCUENCIA

Se hace antes notar el período crítico que atraviesa la Administración de Justicia y se debe añadir que, según el parecer de buenos observadores, estas crisis no influyen en la producción de la delincuencia o si alguna influencia tienen será muy remota y secundaria. Conviene hacer esta observación para que no se tome lo que antes se dice como antecedente causal de lo que se dirá después.

Al examinar el contenido de las Memorias de los Fiscales en el año anterior, quedó señalado el incremento de la delincuencia, que había descendido al iniciarse la guerra y volvía, con progresivo aumento, a alcanzar en 1939, en el número, un ritmo casi igual al del período de anteguerra.

En el año judicial finalizado, al que se refieren los Fiscales en sus Memorias, se acentúa, por regla general, la progresión, que toma un vuelo vertiginoso en alguna especie delictiva. Esa progresión, análoga en la mayoría de las provincias, puede apreciarse, por ejemplo, en las cifras de sumarios instruídos en la de Málaga, que fueron: primer año de su liberación, 735; segundo, 1.251; tercero, 1.852; cuarto, 2.510; o en la de Huelva, donde se instruyeron en 1939 581 sumarios, en 1940 1.123; en los cuatro primeros meses de 1941, 764, en cuya proporción corresponden al año actual más de 3.000.

El fenómeno no se ha producido con igual intensidad en todas las provincias. En Guadalajara, Las Palmas, Huesca y Albacete ha disminuído en número total de sumarios con relación al año anterior. En Palencia no aumenta ni disminuye. En Soria, Burgos, Jaén, Zaragoza y Pamplona, el aumento es ligero. Los restantes Fiscales expresan que el aumento ha sido considerable.

Lo extraordinario hace relación a los delitos contra la propiedad, presentando las demás especies oscilaciones poco sensibles, con general descenso de los delitos contra las personas, especialmente los más graves. El aumento de aquellos delitos se observa también en las provincias cuyas cifras totales han disminuído o no han aumentado.

La desproporción entre el número total de sumarios instruídos y el que corresponde a los delitos contra la propiedad alcanza índices nunca conocidos. En San Sebastián, de 1.380 sumarios, 972 son por delitos contra la propiedad; en Murcia, de 1.684, son contra la propiedad 1.085; en Badajoz, de 2.146, son 1.491 de aque-

lla índole; en León, de 1.110, 652 contra la propiedad; en Granada, de 2.174, 1.380, y en análoga proporción las restantes provincias.

La desproporción se acrecienta si se tiene en cuenta que en el número total de sumarios instruídos se incluyen los hechos accidentales y otros varios que la investigación sumarial revela como no delictivos, representando no despreciable contingente.

La nota más saliente y alarmante es, pues, el extraordinario aumento de los delitos dichos, singularmente los hurtos, con la particularidad, hecha notar también el año precedente, de la frecuente intervención de jóvenes inimputables o de responsabilidad atenuada; es decir, menores de dieciséis años o comprendidos entre esa edad y los dieciocho años.

Siguen en intensidad, según la mayoría de los Fiscales, los delitos contra la honestidad, a pesar de que, como es sabido, los delitos de esta clase que figuran en las estadísticas representan una mínima parte de la corrupción en ese orden.

Las características salientes del último año son, puede decirse, facetas de un mismo mal; falta de probidad y de pudor y perversión infantil; todo ello, a juicio de la mayoría de los Fiscales, penuria económica acentuada.

No bastará, seguramente, esta sencilla explicación para interpretar las causas del fenómeno, puesto que los hechos sociales son lo bastantes complejos para que puedan explicarse por una causa única y sencilla. Cada especie delictiva, además de hechos que la activen, precisa clima moral propicio para su desarrollo, clima en el que las distintas especies, que pueden tener la misma causa de actividad a pesar de su desemejanza penal, se influyen mutuamente formando un complejo de corrupción.

La relajación de la honestidad femenina existe y se incuba en la frivolidad infiltrada en nuestras costumbres que, bajo el común calificativo de *modernidad*, permiten a las muchachas —en el vestir, en la asistencia a ciertas clases de espectáculos y cabarets, en la promiscuidad solitaria con los jóvenes, en el uso y abuso del tabaco y del alcohol, etc.—, liviandades más o menos descaradas que, por la tolerancia inconsciente de las familias, conducen al desenfreno, tanto por la progresiva debilitación de estímulos morales como por la precisión de obtener el dinero que el sostenimiento de esos hábitos exige.

Y tras ello las manifestaciones que no configuran tipos delictivos y otras que entran en las definiciones del Código penal: *celestineo*, inducción y protección lucrativas de la prostitución clandestina de menores, libre o con simulación de oficios que la encubren, y absurdo disimulo, en su tolerancia, de padres y guardadores; delitos que permanecen ignorados en incomparable mayor nú-

mero que los conocidos, por el propio interés de las presuntas víctimas.

En cambio, preséntanse en los Juzgados conmovedoras y bien estudiadas acusaciones por violación, estupro y rapto de jóvenes, con las cuales se pretende encubrir sus flaquezas o tal vez cotizar el generoso perdón que extingue la acción penal.

El delito de hurto es, efectivamente, el más frecuentemente determinado por la necesidad, pero no es ésta su causa única. Si coincide su exacerbación con las crisis económicas, es porque se toman éstas como circunstancias propicias, y así se observa que no siempre, ni en mínima parte siquiera, son los necesitados los que producen el gran incremento delictual.

La necesidad verdadera produce signos psicofísicos patentes que la ponen al amparo de circunstancias de justificación o de atenuación; así como la fingida, cuando en o con ocasión de calamidad pública de graves perturbaciones económicas fortuitas e inevitables, produce delitos, debiera considerarse motivo de agravación.

Tan dolorosa y nociva como la corrupción femenina es la perversión de los muchachos inducidos al delito, la mayor parte de las veces, dicen los Fiscales, por los padres o familiares. Operan estos jóvenes en grupos o bandas concienzudamente instruídas, como en Murcia y Cartagena, dirigidas por profesionales, como en Lérida, o con bien estudiados procedimientos y manejo de toda suerte de instrumentos, como en Valladolid y Vitoria.

Lo que se busca es la posible impunidad, pero lo que ciertamente se encuentra es la ruina moral de la juventud de hoy, de la que se la debe redimir actuando con urgencia y energía.

Estas inducciones y todas las formas de abandono de la juventud, sean o no delictivas, deben cuidarse especialmente por los Fiscales, sin perjuicio de las medidas protectoras de la jurisdicción tutelar. El abandono existe no sólo cuando se produce materialmente, sino cuando se relaja la protección eficaz que la naturaleza y la ley confían a padres y guardadores, y se manifiesta ya con el ejemplo de un modo de vivir entregado a la ociosidad, al vicio o al delito, que los menores con toda seguridad imitarán más tarde, ya en negligencia, no apartándolos de ambientes donde campean estímulos corruptores o en no proporcionarles, según las posibilidades, la educación e instrucción que les haga en el porvenir aptos para la satisfacción de sus necesidades por medios lícitos, o en no buscar, cuando se carece de medios, el auxilio de los organismos, públicos o privados, protectores de la infancia.

Para impedir el abandono, punible o no, pero siempre trascendental, de la juventud, ponen las leyes en manos del Ministerio público recursos que se han de utilizar en todo caso.

En las provincias donde aún no funciona la jurisdicción tutelar, proponen los Fiscales que contemplan el lamentable aumento

de la delincuencia —si así puede llamarse a los actos que, teniendo caracteres de delito, son cometidos por sujetos inimputables— infantil, la urgente creación de los Tribunales tutelares y no pocos consideran anómala la ausencia del Ministerio público de la función que, siendo tuitiva y refiriéndose a materia penal, es, por ambos motivos, propia de las funciones más especialmente atribuidas a nuestro Ministerio. Claro está que la misma razón existe para que se excluya esa función de la órbita de las Tribunales por deleznable razón procesal. Sería tan absurdo como pernicioso tratar a los jóvenes infractores con las reglas de la ley de Enjuiciamiento criminal, pero es que los Tribunales pueden actuar también de otro modo y con los mismos asesoramientos técnicos especiales.

La observación tiene importancia práctica, porque en las circunstancias actuales, al separar del proceso al agente material, se corre el riesgo de que una inhibición precipitada impida llegar a conocer el autor moral. Y si no se hace así, los Juzgados deben proseguir incesantemente su investigación con el recelo apriorístico de que puedan aparecer sujetos responsables.

La jurisdicción ordinaria, tras una investigación a fondo, tiene los mejores elementos de juicio para atender a la protección de los menores, especialmente para apreciar la conveniencia de separarlos de la convivencia familiar, si es corruptora, pronunciando, como hace habitualmente donde no funcionan Tribunales tutelares, o cuando los menores pasan de la edad que determina la competencia de éstos, la suspensión o cesación de la patria potestad. Y, desde luego, no desatendería en el proceso, como ocurre cuando se produce la inhibición, el importante extremo relacionado con la posible responsabilidad civil subsidiaria que puede alcanzar a los guardadores por los hechos que los menores realizan.

III

ASUNTOS DE IMPORTANCIA O DIFICULTAD QUE EXPONEN LOS FISCALES

1. Materia penal.

El Fiscal de Lugo expone el siguiente hecho:

Antes del Movimiento nacional un grupo de enemigos de un Párroco, ausente éste, penetraron en su casa e invitando a su criada a que la abandonara; inventariaron muebles y enseres y dejaron la casa cerrada, de la que los citados objetos fueron desapareciendo poco a poco.

Después del Movimiento nacional, algunos de los que intervinieron en el hecho pidieron perdón al ofendido, y le ofrecieron indemnizarle, entregándole, por documento notarial, 3.000 pesetas.

Incoado sumario, al que se aportó aquel documento, se acordó el procesamiento de los sujetos que realizaron el hecho primeramente dicho, dictándose después auto de sobreseimiento —es de creer que el segundo de los provisionales— respecto de algunos y siguió el juicio para los demás, que terminó con sentencia, en la que fueron absueltos unos y condenados otros, acordándose una indemnización superior a 3.000 pesetas.

Al ejecutarse la sentencia, los condenados solicitaron se imputen al pago de la indemnización las 3.000 pesetas entregadas, a lo que se opone el Fiscal, por haberlas entregado algunas de las personas no condenadas; la Sala la acordó.

Reducida a esto la cuestión, es evidente que ni se puede duplicar el pago, porque resultaría un enriquecimiento sin causa, ni se puede obligar al perjudicado a devolver lo recibido, para percibir ahora la indemnización de los condenados, pues pactó lícitamente sobre la indemnización; si posteriormente resultaba debida sólo por una parte de los que pactaron, los demás que pagaron sin deber, tienen una acción expedita para repetir lo pagado por otro, y la pueden ejercitar si les conviene.

De estos antecedentes resulta que únicamente se ha considerado materia punible la desaparición de los enseres inventariados, imputándola a los que se ha condenado y en la cual no se habrá acreditado participación de los sobreseidos y absueltos.

Estas resoluciones de sobreseimiento y absolución presuponen que no se han tomado en consideración la invasión del domicilio, con expulsión de él de la persona que lo ocupaba ni el haber impedido violentamente al morador la utilización de su morada y muebles, hechos, no obstante, tipificados en el Código penal.

El de Santa Cruz de Tenerife da cuenta del hecho de haber contraído matrimonio canónico durante la vigencia de la ley de Matrimonio civil, de 28 de junio de 1932, una persona que con anterioridad había contraído otro matrimonio canónico, después disuelto por sentencia civil a tenor de la ley de Divorcio.

El sumario instruido por ese hecho se ha sobreseído por estimar que no constituía delito; aun no expresando la clase del sobreseimiento, se infiere que el dictado es el libre del número 2.º del art. 637 de la ley procesal.

La definición del delito (art. 465 del Código) requiere que el segundo matrimonio se contraiga antes de estar legítimamente disuelto el primero, y en este caso, a los efectos de la ley civil, la legitimidad *ex tunc* de la disolución era indudable. Hubiera contraído matrimonio civil y el hecho sería penalmente lícito.

Mas varía la cuestión al ser también canónico el segundo matrimonio.

Para celebrar éste es requisito indispensable no estar ligados los contrayentes por otro matrimonio anterior y, canónicamente, a pesar de sentencia que disolvió al primero, no existe la libertad; si se llegó a contraer, indudablemente fué porque se ocultó el ligamen anterior, no porque se alegara libertad fundada en la disolución decretada por sentencia civil.

Si, por tanto, con criterio restringido, preconizado como norma de interpretación penal, no se apreció el delito del artículo citado, queda el precepto del art. 466, que pena el hecho de contraer matrimonio con impedimento dirimente sin distinguir de clases.

Se puede objetar que ese matrimonio canónico carecía de efectos civiles, como contraído en tiempo en que la ley civil no admitía esa forma matrimonial, pero indudablemente es un verdadero matrimonio, al que libremente, a pesar de la carencia de aquellos efectos, acudieron los contrayentes, celebrado con arreglo a disposiciones canónicas que rigen en España desde que se les otorgó el *exequatur*.

Anticuada la terminología del Código, podrá decirse con sus mismas palabras que el matrimonio es nulo, como celebrado sin la intervención del funcionario a quien la ley encomienda su autorización. Tal vez, con idea más nueva, debiera decirse que es inexistente para la ley española, sin perjuicio de los efectos que, en otro orden, pueda producir, pero es lo cierto que en el mismo caso está el matrimonio de español contraído en el extranjero con las formalidades del *ius loci*, y, sin embargo, el que así casado contrae otro matrimonio en España, donde el primero carece de validez, incurre en delito de bigamia, por ser ambos matrimonios igualmente válidos, cada uno en el país de su celebración. (Sentencia de 31 de diciembre de 1912.)

En caso análogo se ha dictado a instancia de otro Fiscal, auto de procesamiento por bigamia y falsedad en expediente matrimonial canónico, en el que se llamaron viudos los contrayentes, siendo lo cierto que vivían los cónyuges del anterior matrimonio canónico disuelto por sentencia civil.

El Fiscal de Salamanca refiere, como hechos graves, cuatro homicidios, tres parricidios y otros tres asesinatos, y están pendientes de vista en aquella Audiencia un parricidio del Juzgado de Béjar, un asesinato de Ciudad Rodrigo y robo con homicidio de Salamanca, en todos los cuales se pide pena de muerte conforme a la ley de 5 de julio de 1938. No dice que tengan dificultad de calificación y sólo se citan por su gravedad y la alarma que producen en aquella provincia hechos de esta naturaleza, desde hace muchos años desconocidos.

El de Almería da cuenta de un hecho que tampoco ofrece dificultad de calificación destacándolo por su gravedad. Un sujeto que hacía vida marital con una mujer, dió muerte a ésta, a su hermana y a una tía de ambas, con el presunto móvil de apoderarse de algún dinero que las víctimas guardaban; después las arrojó al fuego en una chimenea, cuya acción destructora ha impedido a los médicos apreciar el mecanismo de la muerte.

Gravedad extraordinaria tienen también hechos referidos por el Fiscal de Palma de Mallorca, acumulados en un solo sumario, en el que lo único dudoso es la conexión de los distintos hechos.

Se trata de cuatro parricidios, dice el Fiscal, si bien de la exposición que de los hechos hace resultan tres y un asesinato, cometidos con las agravantes de premeditación conocida y uso de veneno, y para la persona que facilitó el veneno y dió las instrucciones para su uso, es de creer concurre, además, la de precio o recompensa.

Tres de las defunciones, dice el Fiscal, fueron certificadas por los médicos sin advertir el envenenamiento, lo que pone de relieve la facilidad con que se obtienen las certificaciones de defunción cuando los médicos, faltos de cautela, confían en la buena fe de los familiares, sin tomar precaución alguna para asegurarse de la certeza de lo certificado.

Expone el Fiscal de Logroño que una mujer soltera que vive con un hijo de nueve años, dió a luz otro, al que privó de vida en los primeros momentos. Le mereció el hecho la calificación de parricidio y no la de infanticidio, porque, en su apreciación, la honra sólo una vez puede perderse y la convivencia pública con otro hijo habido extramatrimonialmente, impide que a la muerte del segundo se le pueda atribuir como causa el deseo de ocultar la deshonra.

La Sala condenó por infanticidio y el Fiscal dice no haber podido preparar recurso de casación por la especial redacción del hecho probado.

Reconoce el Fiscal el amplio criterio que la jurisprudencia ha revelado en algunos casos, pero no compartiéndolo él, al menos en este caso concreto, no se explica que consintiera la sentencia, pues no faltarán en los hechos probados los elementos materiales del delito y si se negaren, no será difícil demostrar el error evidente, ya que la soltería de la madre y la existencia del primer hijo que con ella convive, son hechos reales que no dejarán de tener constancia documental en el sumario.

Si lo que ocurre es que la Sala afirma el otro elemento fundamental del delito de infanticidio, el móvil, ha sido prudente consentir la sentencia, pues de acuerdo con la jurisprudencia a que el Fiscal alude, aun siendo lógico estimar que es más fuerte el estímulo que induce a ocultar el primer alumbramiento, no pue-

de decirse que no sea deshonroso un nuevo desliz, sobre todo pasado largo tiempo desde el primero, durante el cual se había logrado restaurar la honestidad de la conducta en el concepto público.

Por ello, no siendo imposible la concurrencia de aquel elemento psicológico, su estimación en cada caso concreto queda dentro de las apreciaciones que la Sala puede sentar como hechos probados, sólo combatibles con la demostración evidente de que aquella conducta no se había regenerado ni había que ocultar deshonra conocida.

El mismo Fiscal expone que un Juzgado siguió sumario por tentativa de violación de una menor, realizada por el marido de su madre, admitiendo denuncia de la misma ofendida. Esta circunstancia movió al Fiscal a promover la constitución del organismo tutelar para que el tutor ratificara la denuncia, subsanando el defecto originario. Pero el tutor negó su ratificación, y por ello, con arreglo a la doctrina de la Circular de 1883, se solicitó por el Fiscal la declaración de que el sumario está mal formado, y, añade, que espera obtener la remoción del tutor, por el mal ejercicio del cargo, para después lograr el castigo de aquel delito.

Sin duda, ha instado la remoción, pero no expresa cómo espera lograr después ese castigo. ¿Es acaso por el nombramiento de otro tutor que haga o confirme la denuncia? ¿Y si tampoco la hiciese el nuevamente nombrado ni los que, sucesivamente, le sucedieran, en el supuesto de que, por ese motivo, se le remueva?

Al prescribir el Código que ese delito no se puede perseguir sino por la denuncia de la agraviada, si es capaz, o de sus padres, abuelos o tutor y establecer la jurisprudencia que ese orden es excluyente, se da a entender que el agravio que recae en la víctima del delito abarca a la familia, y de ahí que se confíe a los familiares más próximos, es decir, a los que, con la víctima, más directamente ofendidos, la apreciación de su conveniencia privada de denunciar o abstenerse.

Nótese que esa facultad sucesiva y excluyente no viene unida a la representación legal de la menor, bien esté bajo la patria potestad o tutelada, porque la madre, vivo el padre o segunda vez casada, no tiene la patria potestad —salvo hipótesis excepcionales—, y, sin embargo, puede denunciar y perdonar a su propio marido; y los abuelos —según el párrafo tercero del art. 443, también los hermanos— están en orden preferente al tutor.

Es claro que en este caso la madre puede estar cohibida por ser su propio marido el autor del atentado y si la menor carecía de abuelos y hermanos, como consta que no estaba constituida la tutela, podía considerársela desvalida, con el efecto de transferir al Fiscal la iniciativa de la denuncia. (Sentencia de 9 de mayo de 1894.)

No era, por consiguiente, necesario haber promovido la consti-

tución del organismo tutelar para el objeto expresado —bien que es ineludible el deber de esa promoción para el Fiscal—, pero si se optó por declinar la facultad excepcionalmente conferida por el precepto citado y entregarla a la iniciativa del tutor que se nombra, no se comprende bien que el Fiscal reaccione contra el tutor que no hace lo que él mismo pudo hacer.

Aparte de lo dicho, si el delito típico de violación no se puede perseguir por faltar la necesaria denuncia, el hecho de yacer con la hijastra o intentar contra ella esa torpe injuria, puede constituir, además, el delito previsto en el número 1.º del art. 433, puesto que, como hecho que ofende gravemente a las buenas costumbres, produce escándalo al ser conocido.

Hace referencia el Fiscal de Granada a un interesante problema. Un sujeto casado, compareció en un Registro civil para inscribir el nacimiento de una hija suya y la inscribió como hija legítima suya y de la que nombró como esposa, con la que, en realidad, tenía relaciones ilícitas; enterada la esposa verdadera, denunció el hecho.

Con vista de la ley de 25 de mayo de 1932, que declaró no constituía delito el hecho de inscribir como legítimos hijos habidos fuera de matrimonio, la Junta de Fiscalía examinó el problema y acordó acusar con el fundamento de que aun sin estar expresamente derogada la citada ley, como lo está la de 3 de febrero de 1932 y abrogada la Constitución que entonces regía, que son sus antecedentes lógicos y su motivo, debe entenderse también abrogada, con la consecuencia de ser actualmente punibles los hechos cuya impunidad declaraba.

Sólidas y bien expuestas son las razones que fundamentan la solución y pueden suscribirse, pero la posibilidad de que surjan pareceres diversos en orden a la vigencia de la ley, hace conveniente su derogación expresa (1). En este caso concreto, además de la atribución de legitimidad, se atribuye a la madre la calidad de esposa del padre, hecho falso, además de innecesario según aquella disolvente legislación, que por sí mismo, con independencia de la otra declaración, constituye indiscutiblemente delito.

Expone el Fiscal de Teruel un hecho verdaderamente grave por su propia entidad penal y por la trascendencia social que debe tener, en cuanto un funcionario, desde su elevado cargo, en lugar de coadyuvar activa y eficazmente, en lo que le incumbe, a la reconstrucción nacional, la defrauda con miras lucrativas.

Es el hecho que el ingeniero Jefe de Recuperación Agrícola, a quien el Estado dió un crédito de tres millones de pesetas para adquirir ganado de trabajo y venderlo a los labradores de la pro-

(1) Redactado este trabajo, se ha derogado la Ley aludida por la de 2 de septiembre de 1941.

vincia, desentendiéndose de las instrucciones concretas que dió el Ministerio de Agricultura para la realización del servicio, se concertó con otros para obtener lucros ilícitos. El hallarse el proceso pendiente impide que se examinen sus características penales.

El Fiscal de León expone, como delitos graves producidos en el año, dos fratricidios, ambos con la forma de asesinato; dos parricidios, y otro asesinato de una joven por su pretendiente desdénado; revelan las circunstancias de estos hechos que brevemente relata el Fiscal, la nota de primitiva ferocidad que caracterizó en tiempos no muy remotos la delincuencia de sangre en esta provincia, felizmente muy disminuída; no ofrecieron dificultad de calificación.

El Fiscal de Avila transcribe un acta de la Junta de Fiscalía, en la que se estudia un complejo sumario y la calificación que, según lo acordado en la Junta, se ha hecho. El trabajo es documentado y completo; se examinan con abundante doctrina los fundamentos de la calificación, que no se comentan por encontrarse la causa pendiente, exponiéndose, no obstante, los hechos de los que se deducen los múltiples problemas que encierran y trata el Fiscal.

Una mujer casada heredó, pendiente el matrimonio, importante cantidad de dinero, que entregó a su marido para su administración, en calidad de parafernales, por escritura ante Notario, que se inscribió en 1921 en el Registro mercantil, por ser el marido comerciante. El marido invirtió en sus operaciones el capital recibido y en el año 1933, pedida por mutuo disenso la separación de personas y bienes, se decretó por sentencia, que no se ejecutó, pues continuaron la vida conyugal y no realizaron la separación de bienes, con la consiguiente devolución de parafernales, lo que, como después se comprobó en el sumario, hace presumir que se trata de una superchería para buscar un efecto posterior. En 1936, el marido se presentó en suspensión de pagos, en cuya relación de acreedores se omitió el crédito parafernial, siendo todos los demás posteriores a la inscripción antes dicha en el Registro mercantil. Nivelados activo y pasivo, se calificó la insolvencia como provisional, y poco después la mujer demanda de conciliación para la devolución de los parafernales; se avino el marido y entregó una cantidad inferior a la recibida, pero superior al activo de la suspensión. Este procedimiento de suspensión se había suspendido de oficio, por encontrarse la mayoría de los acreedores fuera de la Zona Nacional, y antes de alzarse la suspensión, fué desistido por el suspenso, reintegrándose, por tanto, a la normalidad en el ejercicio del comercio, pero ya, por lo que se colige, sin bienes para hacer frente a la solvencia del pasivo.

Los Fiscales de Madrid y Zaragoza se ocupan de la ley de 10 de marzo último, que pena varias modalidades fraudulentas de apro-

piación del flúido eléctrico, haciendo notar el segundo, como anomalía inexplicable, que las Empresas y la Jefatura de Industrias sólo denuncian aquellos fraudes que no resultan satisfechos por los defraudadores, sin duda por entender, a su juicio erróneamente, no que el reintegro posterior sane la infracción criminal, sino que el elemento perjuicio, que, en esa hipótesis, se considera integrante del delito, no se produce hasta que se niega el pago de la defraudación tasada, lo que desnaturaliza la figura delictiva.

De un curioso *specimen* de audacia y desaprensión se ocupa el Fiscal de Cáceres. Fallecida una mujer indigente en 1930, tres años después, en representación de un hijo suyo, se instó la prevención de *ab intestato*, que fué acordada, mandando hacer inventario y confiando la administración de los bienes inventariados a las personas designadas por la parte.

En el inventario, por acuerdo del Secretario judicial, el Abogado actor y los depositarios, todos los cuales conocían la total carencia de bienes de la fallecida y de su hijo, se incluyeron varias dehesas y otras fincas rústicas y hasta el palacio y castillo de Monroy, todo perteneciente a la herencia del Marqués de Cerralbo, circunstancia bien conocida por aquellas personas.

Por motivos tal vez dependientes de encontrarse en litigio la citada herencia, duró en el *ab intestato* la administración bastante tiempo, durante el cual se percibieron cuantiosas rentas que se apropiaron los concertados para la operación.

Muy bien estudiada la interesante calificación, fueron absueltos los procesados y está pendiente el recurso de casación por infracción de ley que preparó la Fiscalía de Cáceres, lo que impide todo comentario por el momento.

Duda que se ofrece al Fiscal de La Coruña es si la supresión en el Código de 1932 de las circunstancias agravantes que figuraban en el de 1870 con los números 21 y 22 —escalamiento y los distintos rompimientos y fracturas de cosas— tiene la consecuencia, como él estima, de impedir que toda sustracción en lugar no habitado ni habitable realizado por los medios que expresaban aquellas circunstancias puede calificarse como hurto, si no en todo caso como robo, comprendido en el art. 497 o en el 501, según que el lugar en que el hecho se realizó tenga o no condiciones de habitabilidad.

Lo mismo podría decirse cuando el escalamiento o la fractura no sirven para introducirse en la casa habitada, sino para realizar el apoderamiento, como, por ejemplo, trepar a un balcón para apoderarse de una cosa que en él se encuentra, o fracturar una ventana para alcanzar desde el exterior la cosa que tras ella se guarda.

Los dos artículos citados tipifican delitos de caracteres semejantes, diferenciándose sustancialmente en que la sustracción se

realice en edificio público o casa habitada o sus dependencias, o bien en lugar no habitado o en edificio que no sea de los dichos.

La jurisprudencia declaró después, que el concepto de lugar no habitado se contrapone al del lugar o casa habitada y no alcanza a lugares abiertos o cercados no habitables, quedando incorporada la habitabilidad a la comprensión del delito.

Aquellas circunstancias entran y entran como elementos específicos en los citados artículos, pero para los supuestos que en ellos se comprenden, por lo que en los demás, el concepto delictivo permanece igual, no pudiéndose entender que la desaparición de aquellas circunstancias como genéricas pueda tener la consecuencia de buscar a todo trance la especificidad que tienen en esos preceptos legales, que son idénticos en los Códigos de 1870 y de 1932.

Otros asuntos exponen los Fiscales, pero el escaso interés de unos y la circunstancia de encontrarse otros *sub judice*, aconsejan no prolongar más este resumen.

2. Procedimiento criminal.

El Fiscal de Málaga refiere, que, instruido un sumario con procesado, solicitó el sobreseimiento libre segundo, y que se declarase falta el hecho; la acusación particular pidió la apertura de juicio oral, y así lo acordó la Sala.

En el período de calificación, evacuó el trámite el Fiscal de acuerdo con su antedicha petición y al pasar, con el mismo objeto, a la parte querellante, desistió de la acción y devolvió la causa sin calificar. Por ello pasa nuevamente a la Fiscalía, para dictamen, que consideró, de acuerdo con la doctrina de la exposición de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1883, necesaria la prosecución del juicio, a los efectos del art. 658 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento criminal. Así lo acordó la Sala, ordenando el pase para calificación a la defensa del procesado, que evacuó el trámite solicitando la libre absolución.

Señalada la vista, no compareció el procesado, que alegó, en escrito dirigido a la Sala, carecer de fondos y que es inocente. El Tribunal suspendió la vista, que dejó para nuevo señalamiento.

Así planteado el problema, fluyen dos conclusiones: 1.ª Abierto el juicio oral, debe terminar el proceso por sentencia (tesis de la exposición citada). 2.ª No puede haber juicio penal sin acusación.

De estas dos proposiciones, la segunda es fundamental dentro de nuestro sistema procesal; la primera, accidental y no siempre cierta. Si hubiera entre ellas oposición formal, lo accidental se subordinaría a lo fundamental; pero no existe esa oposición y, por

tanto, son conciliables bajo la base de la dicha subordinación, deduciéndose que sin acusación no puede proseguirse la sustanciación del juicio más que en lo preciso para dictar la resolución que ponga término a la situación del procesado, ya que ésta no cesa automáticamente cuando cesa la acusación, sino que precisa una resolución judicial, y en el período procesal a que se ha llegado, por lo dicho, esa resolución debe ser una sentencia, a pesar de los inconvenientes que su carácter definitivo puede suponer.

De no ser así, sobre contrariar el sistema procesal, se llegaría al absurdo, como el Fiscal razona, de que siendo innecesaria la vista cuando hay acusación aceptada, por delito que lleve pena correccional —hoy su equivalente— lo es cuando no existe acusación.

La necesidad legal de abrir el juicio oral habiendo parte que lo solicite, tiene la excepción de que el Tribunal estime que el hecho no es delictivo; si, pues, accedió a la apertura, sin prejuzgar el criterio definitivo, debe entenderse estimada la existencia de un hecho que revista los caracteres objetivos de la infracción delictual.

En este sentido, podrá objetarse, que aun sin acusación, en esta hipótesis excepcional, debe seguir el juicio, porque la petición de apertura del juicio oral hecha por parte que puede apartarse de la acusación, privó al Tribunal, si estimaba errónea la petición fiscal de sobreseimiento, de hacer uso de la facultad del art. 644 de la ley Procesal, y esa facultad puede estimarse renacida si se celebra el juicio oral, en el que, si considera errónea la petición fiscal absolutoria, podrá formular la tesis, en virtud de la facultad conferida por el art. 733, y dictar sentencia condenatoria.

La objeción responde al sentido práctico con que el citado artículo 733, procura reforzar las garantías de acierto en la calificación de los hechos delictivos, aun contrariando el sistema acusatorio, razón por la cual la misma ley llama excepcional a esa facultad y prescribe la moderación de su uso. Sin embargo, la objeción no puede suscribirse, pues, salvo alguna sentencia discordante, hoy puede sentarse como criterio definitivo de la doctrina, que esa facultad, en cuanto la acción penal ha de estar necesariamente agitada por parte acusadora, pública o privada, puede usarse cuando hay error en la calificación definitiva acusatoria, pero no cuando falta acusación. Por otra parte, como queda dicho, a la calificación definitiva no puede llegarse sino con previa calificación provisional acusatoria.

Podrá la conveniencia social aconsejar la prevención de impunidad, dando a las Salas de Justicia facultades para enmendar o suplir posibles errores del Fiscal, pero en nuestro sistema legal vigente esas facultades no son más de las antes citadas, y justo es reconocer que el margen de error, al que todo humano juicio está sujeto, se reduce considerablemente por la organización unitaria del

Ministerio Público, su responsabilidad y por el ejercicio de la acción privada.

El Fiscal accidental de Huelva, en su documentada Memoria, expone que un sujeto nacido en España, donde siempre ha vivido, de padre que nació y vivió siempre en España, aunque sus padres eran portugueses, cometió en Portugal un asesinato en la persona de un portugués. Conocida por el Fiscal la presencia de ese sujeto en nuestro territorio, formuló querrela por virtud de la cual se sigue sumario en el que se ha dictado auto de procesamiento y prisión. Actualmente, añade, se practican diligencias para esclarecer «qué nacionalidad tiene el procesado, si la española o la portuguesa, a fin de determinar si los hechos son de la competencia de los Tribunales españoles o el reo debe ser entregado a las Autoridades portuguesas».

Si el autor del asesinato es de nacionalidad española, ninguna dificultad tiene el problema, por ser español que ha delinquirido en el extranjero y vuelto a España, tener el delito la consideración de grave (aunque en el Código ha desaparecido la división de los delitos en graves y menos graves), estar penado en la legislación del país donde se cometió, no haber sido juzgado en éste y estar ejercitada la acción por el Ministerio Fiscal en forma de querrela.

Pero si, contra todas las apariencias, resultase súbdito portugués, no sería procedente la entrega a las Autoridades portuguesas, pues no cabe inhibición en favor de jurisdicción dependiente de otra soberanía ni la extradición puede acordarse de oficio, precisándose para ello el requerimiento formal previsto en el Tratado.

La inconveniencia de tener en el territorio nacional extranjeros peligrosos, se evita instruyendo, si procede, expediente conforme a la ley de 4 de agosto de 1933, en el que se puede acordar la expulsión; en otro caso, debe ponerse a disposición de las Autoridades gubernativas, que podrán acordar lo conveniente, según que la residencia en España esté o no autorizada, sin perjuicio de dar a la representación diplomática o consular del país de origen, conocimiento del hecho imputado y de la detención del autor.

El Fiscal de Badajoz da cuenta, como «único asunto que en el año ha exigido algún estudio», de otro delito cometido en Portugal por españoles, a quienes se ha detenido en España, ocupándoles el cuerpo del delito.

Dice el Fiscal que el delito cometido es el de robo, cuyas características no señala, ni si el perjudicado es o no español, y agrega que ha formalizado querrela para normalizar la situación del sumario instruido de oficio, fundándose para ello en que estima grave el delito, «pues si bien el art. 26 del Código penal de 1870 había sido interpretado por la jurisprudencia en sentido negativo, no podía perderse de vista que dicho Código, que sirvió de base a la jurisprudencia dicha, está derogado».

El delito de robo en sus dos formas típicas —violencia o intimidación en las personas y fuerza en las cosas—, tiene múltiples modalidades en el Código de 1870, a algunas de las cuales correspondían penas aflictivas y no a otras, porque aquéllas eran consideradas delitos graves y éstas menos graves; el Código actual conserva la extensión de las penas para las mismas modalidades del delito, pero ya no la división de los delitos, como antes se dice, ni la clasificación de las penas, pues todas las que pueden imponerse por razón de delito, son graves.

Bajo este supuesto, el problema de interpretación del art. 340 de la ley Orgánica es el siguiente: Si por tener la consideración de graves todas las penas correspondientes a los delitos, todos éstos pueden perseguirse en España, o, por el contrario, debe entenderse que las infracciones actuales a las que corresponda pena que en cualquiera de sus grados no alcance la que tenían las llamadas en el Código de 1870 aflictivas, quedan fuera del art. 340 citado.

Por una parte, la ley Orgánica dice: «Delito de los que el Código penal español califique de graves», y como no hace expresa referencia al Código entonces vigente —el del 70, promulgado quince días antes que la ley Orgánica—, podría entenderse se trata del Código español que rija en el momento en que el delito se produzca, porque es éste, y no el de entonces, el que define el delito.

Pero si del nuevo Código se excluye esa calificación, podría absurdamente concluirse que no se puede perseguir en España ningún delito cometido en el extranjero por un español contra extranjero. O, en sentido inverso, si el Código actual considera graves todas las penas que pueden imponerse por razón de delito, podrían ser perseguidos todos los delitos, en la hipótesis dicha.

Sin embargo, la interpretación razonable es que habrá de atenderse a la definición y sanción establecida en el Código vigente, pero conservando la distinción que la ley hace entre los supuestos de que el delito cometido en el extranjero por un español, tenga como sujeto pasivo un español o un extranjero; en el primer caso, la competencia de los Tribunales españoles alcanza a toda clase de delitos, y en el segundo, sólo a aquéllos que en el Código vigente tengan señalada pena que, en cualquiera de sus grados, llegue a las que en el Código de 1870 se denominaban aflictivas, en razón de las cuales los delitos se llamaban graves.

En este ^{sentido} criterio no puede, pues, suscribirse el criterio del Fiscal de Badajoz.

Un tema sugestivo, sobre el que se han concentrado numerosas opiniones contradictorias, trata el Fiscal de Alicante: el de la amplitud que puede darse a la actuación del responsable civil subsidiario en el proceso; si su actuación defensiva no puede desarro-

llarse más que en la pieza separada que, al efecto, ha de formarse, o puede también actuar en el sumario.

Parca y no muy clara la ley Procesal en el breve título que al objeto dedica, ha motivado racionales dudas sobre su interpretación, especialmente en el tema indicado, el cual, por tratarse de cuestión que se plantea frecuentemente, se ha resuelto muchas veces en la práctica con diverso criterio.

Hoy, la repetición del asunto ha ido unificando las prácticas judiciales, y no se puede decir que domine un criterio afirmativo o negativo, sino que dependerá del motivo que determine el aseguramiento de la responsabilidad, distinción que trata con prudencia y acierto el comentarista Sr. Aguilera de Paz, cuyo libro es tan conocido y consultado en los Tribunales, que excusa insistir en el problema.

IV

SENTENCIAS Y CALIFICACIONES. RETIRADAS DE ACUSACION

Hacen notar los Fiscales, en su mayoría, su satisfacción por el resultado de su gestión, al comparar las cifras que representan las sentencias dictadas por las Salas de Justicia de conformidad con las acusaciones.

Las cifras que van a continuación del nombre de cada Audiencia, representan: la primera, el número de sentencias dictadas; la segunda, las que son conformes con la acusación en absoluto; la tercera, las sentencias absolutorias, y la cuarta, las retiradas de acusación; aquellas en las que se omite esta última cifra no han retirado la acusación en ningún juicio.

La comparación de estas cifras revela a los técnicos cuanto pudiera decirse al respecto de este capítulo, más interesante por los resultados que por los hipotéticos juicios explicativos.

Albacete, 66, 47, 11 (1); Alicante, 99, 56, 10 y 1; Avila, 59, 29, 20 y 1; Badajoz, 2.862, 180, 39 y 1; Barcelona, 568, 180, 39 y 13; Burgos, 202, 106, 32 y 4; Cáceres, 208, 81, 53; Cádiz, 292, 195, 33 y 13 (en el estado sentencias da este número, en el de retiradas de acusación, 12); Córdoba, 342, 221, 4; Coruña, 365, 316, 49 y 9; Gerona, 31, 7, 2 y 1; Granada, 195, 143, 26 y 10; Guadalajara, 68, 42, 9; Huelva, 289, 195, 94; Huesca, 24, 13,

(1) Aun no constando el dato en la Memoria, hubo una retirada de acusación el 4 de marzo de 1941.

11; Jaén, 12, 12; León, 193, 90, 54 y 2; Lérida, 60, 49, 8; Logroño, 123, 87, 8 y 2; Lugo, 178, 69, 28 y 1; Orense, 252, 101, 72; Palma de Mallorca, 150, 38, 30 y 5; Las Palmas, 173, 37, 44; Pontevedra, 345, 238, 107 y 2; Salamanca, 167, 76, 24; San Sebastián, 139, 52, 10 y 6; Santa Cruz de Tenerife, 175, 88, 50 y 2; Segovia, 45, 18, 17; Soria, 39, 24, 10 y 2; Tarragona, 74, 12, 14 y 1; Teruel, 28, 22, 3; Toledo, 110, 88, 6; Valencia, 148, 77, 12; Valladolid, 198, 76, 35 y 1; Vitoria, 58, 25; Zamora, 108, 85, 4 y 4; Zaragoza, 252, 165, 52 y 6; Bilbao, 312, con 36 absolutorias y una retirada; Ciudad Real, 212 sentencias, sin que consten más datos; Murcia, 172 sentencias, de ellas 132 conformes y una retirada; no hay datos concretos de las restantes Fiscalías, constando que en Almería hubo dos retiradas de acusación, otras dos en Castellón, tres en Madrid y cuatro en Oviedo.

Las cifras que corresponden a las retiradas de acusación, mucho más moderadas que en años anteriores, denotan la prudencia con que los Fiscales usan de esa facultad, que pone en sus manos la terminación absolutoria, definitiva e irremediable, del proceso; nunca se estimará excesiva esa prudencia si se tiene en cuenta el momento en que se usa, en el que el Fiscal carece de tiempo para una serena reflexión y sólo, por tanto, cuando sea indudable la inocencia del reo o aparezca el hecho desprovisto de las notas que integran la definición del delito, se debe usar, bajo peligro de incurrir en grave error.

Pero cuando en el juicio surge esa evidencia, es muy probable que se abriera con precipitación, en lo que también debe extremarse la prudencia, tanto por evitar se mantenga al reo en su desagradable situación, de la que pueden derivar perjuicios de diverso orden, como por las distintas consecuencias procesales del auto de sobreseimiento provisional y la sentencia absolutoria, en orden a la posible comprobación posterior de lo que en el momento es dudoso. La comparación de la conformidad de las sentencias con las acusaciones representa en algunas Audiencias casi la igualdad, y en otras tiene un porcentaje muy elevado, sobre todo en sentencias absolutorias, lo que no se explica bien en la natural disparidad de criterios ni por la distinta posición del Fiscal y el Tribunal, ni por la benignidad de los fallos, referida sin excepción por todos los Fiscales; en esta benignidad influye no poco la apreciación, tan generalizada como exacta, de ser más conveniente dejar las penas cortas, dentro de los límites a que alcanza la suspensión condicional que la ejecución de las mismas.

V

OTROS ASUNTOS

Continúan los Fiscales dando cuenta de los excelentes resultados que se obtienen con la medida de suspensión condicional de la condena.

Tratan igualmente de sus visitas a las prisiones, y es común la apreciación que hacen de las dificultades que el personal del Ramo tiene que vencer, sobre todo en las prisiones, que aún existen, cuyas condiciones higiénicas son deplorables, y se hacen más notar en épocas en que la población penal aumenta. El Fiscal de Cádiz traza un cuadro impresionante, que con toda seguridad tendrá pronto remedio.

Y, por fin, algunos dedican un capítulo de sus trabajos a exponer sus iniciativas sobre reformas, aún de modesto alcance, que convendría introducir en las leyes.

Muchas veces se ha hecho notar el gran valor que tiene este capítulo de las Memorias, por recoger el resultado de experiencias largamente maduras sobre la aplicación de las leyes.

Como el año anterior, buen número de Fiscales se abstienen de tratar este punto, estimando ocioso abordar retoques parciales de leyes que están en trance de abolición o reforma total.

En efecto, la legislación que el nuevo Estado ha comenzado, responde sistemáticamente a concepciones políticas y jurídicas nuevas, que transformarán la anterior en cuanto sea su fundamento una concepción diversa de la actual, so pena de incongruencia.

Y como las experiencias recogidas son sobre un orden jurídico fundado en otros principios, tienen escaso valor para alumbrar el nuevo orden. Cuando éste sea hecho, recuperará la observación de los prácticos su valor y nos dará a conocer posibles defectos en que pueda incurrirse al estatuir un régimen legal, por muy diligente y agudo que sea el legislador.

Por estas consideraciones se omite la acostumbrada referencia a las iniciativas de reforma que en algunas Memorias se apuntan.

APÉNDICE SEGUNDO

**Extracto de las Memorias de los Fiscales
de lo Contencioso Administrativo**



Alava.

No formula Memoria por expresar que en el año judicial no se ha planteado ante aquel Tribunal cuestión merecedora de mención especial.

Albacete.

Hace mención especial de un recurso planteado sobre aplicación de los Decretos de 10 de julio y de 2 de noviembre de 1940, estableciendo el pago de los jornales del domingo, a contratos de obra celebrados con anterioridad por un Ayuntamiento con la condición de ser los precios pactados a riesgo y ventura del contratista, sin posibilidad de pedir aumento, a cuya pretensión se ha opuesto el Fiscal provincial.

Alicante.

Manifiesta que por la militarización de los funcionarios que integran aquel Tribunal provincial no pudo constituirse con los nuevos Vocales designados hasta el mes de mayo último, por lo que el número de pleitos resueltos se ha reducido a tres, quedando pendientes 162.

Hace constar la naturaleza de los asuntos resueltos, sin que ninguna de las cuestiones debatidas sean dignas de especial mención, y termina consignando que aquella Fiscalía no tropezó con ningún obstáculo ni se le presentó, durante el año judicial, dificultad alguna para el cumplimiento de su misión.

Almería.

No se ha tramitado pleito alguno ante aquel Tribunal provincial en el año último.

Avila.

Pone de relieve la continuidad en la disminución progresiva de los asuntos planteados ante aquel Tribunal en relación con los últimos períodos judiciales y señala la índole y naturaleza de las cuestiones debatidas, la mayoría de ellas han tenido por objeto recursos contra acuerdos municipales.

Expresa el uso que durante el año judicial hizo la Fiscalía de las facultades concedidas en la ley sustantiva, con las instrucciones a que se refiere la Circular de 12 de enero de 1940, y nuevamente insiste en la necesidad de una amplia reforma de la legislación que regula lo contencioso-administrativo para introducir en el procedimiento aquellas ventajas que la experiencia ha venido poniendo de manifiesto, reproduciendo las modificaciones a que hizo referencia en la Memoria del pasado año.

Badajoz.

Hace notar el incremento de recursos sobre la cifra del año precedente y que dicho aumento corresponde principalmente a los interpuestos contra acuerdos del Tribunal Económico-administrativo, sin que en la actuación de la Fiscalía se hayan ofrecido dificultades dignas de mención, ya que la Circular de 12 de enero de 1940 ha sido de eficacia para los casos dudosos.

Insiste, como ya lo hizo el año anterior, en los inconvenientes de orden práctico de que las demandas interpuestas, conforme al art. 224 de la vigente ley Municipal, se hayan de formular sin conocer el expediente administrativo, propugnando que se restableciesen las normas comunes de la ley de esta jurisdicción.

Por último, manifiesta que el texto del art. 224 citado de la ley Municipal, impide el que se planteen como dilatorias las excepciones del art. 46 de la ley de 1894, en los de plena jurisdicción, ya que el primero ordena que la sentencia resolverá sobre el fondo y los incidentes, por lo cual debe éste marcar que aquéllas sólo puedan alegarse al contestar la demanda.

Barcelona.

Ofrece, como nota destacada del ejercicio, la normalización de la vida judicial en lo que se refiere a esta jurisdicción, que ha sido más activa que el precedente, aunque sin llegar al número de recursos del anterior 1935-36. En la materia discutida continúa predominando la económico-administrativa municipal, sien-

do pocos los recursos de plena jurisdicción y de nulidad con arreglo a la ley Municipal de 1935, en los cuales, sin embargo, se advierte ya corregidas las anomalías y errores que en el año anterior eran frecuentes. El Fiscal provincial, dice, ha procurado ajustarse a las instrucciones de la Circular de 12 de enero de 1940, no habiéndose allanado a ninguna demanda y sí sólo abstenido en tres recursos en los que la Corporación a que afectaban compareció dirigida por sus Letrados.

Burgos.

Hace una exposición de conjunto de los trabajos de aquella Fiscalía provincial y explica el motivo de la disminución de pleitos, porque en los relativos a aprovechamientos forestales, tan frecuentes en aquel país, no siempre se tenía en cuenta la condición de vecino que exige el art. 35 de la ley Municipal y al establecer el Tribunal el recto criterio ha convencido de la inutilidad del recurso en muchos casos. Alude a algunos asuntos planteados por la Compañía del Norte y a otros precedentes del Tribunal Económico-administrativo en materia de Derechos reales, Utilidades y Contribución sobre la renta; agrega que no ha tropezado con dificultad alguna para cumplir su misión, antes al contrario, halló cooperación en todos los organismos, y ensalza la labor de aquel Tribunal provincial y el celo de sus componentes.

Cáceres.

Manifiesta que carecen de interés general los recursos tramitados, en el ejercicio de los cuales, el más importante ha sido uno del Ayuntamiento de la capital sobre lesividad de acuerdo de la Corporación relativos al abastecimiento de aguas de la ciudad.

Hace un examen de los preceptos contenidos en los arts. 75 de la ley y 477 del reglamento de esta jurisdicción para poner de manifiesto la necesidad de que el Tribunal provincial, cuando deniegue la admisión de alguna apelación, pueda conocer, inmediatamente que se produzca el hecho, de haberse interpuesto recurso de queja, cosa que la ley no prevé y que impide pueda saberse, en su momento procesal adecuado, si el auto denegatorio de aquel recurso es o no firme, y propone que la queja se inicie solicitando del Tribunal provincial testimonio del referido auto.

Cádiz.

Después de exponer el movimiento de pleitos en el año judicial a que la Memoria se refiere, destaca la notable disminución

en los recursos interpuestos por funcionarios municipales, debiéndose a la mayor estabilización de las Comisiones gestoras que rigen los Ayuntamientos, pues siempre suelen ser aquéllos consecuencias de la movilidad de éstos.

Obsérvase en cambio un aumento en los pleitos de tipo fiscal, atribuible al establecimiento de exacciones con ocasión del Glorioso Movimiento Nacional, al margen de las autorizadas por el Estatuto municipal y que al ser reintegrados los Ayuntamientos a su normal marcha económica encuentran dificultades para encuadrar dentro del ámbito del Estatuto los rendimientos de aquéllos.

Castellón.

Pone de manifiesto la escasez de movimiento en esta jurisdicción, pues solamente dos recursos se han tramitado y fallado en el ejercicio, ambos en asuntos municipales.

Ciudad Real.

Recientemente posesionado de su cargo el Fiscal y no habiendo funcionado el Tribunal por carecer de vocales Magistrados hasta hace muy poco, la labor del año ha quedado reducida a declarar la caducidad de siete pleitos, augurando que el año próximo ha de ser de muy intensa labor, ya que existen pendientes en su tramitación unos 500 recursos.

Córdoba.

Pondera los beneficios que han producido en la práctica el uso discrecional y restringido de la facultad concedida para allanarse a las demandas, con beneficios para los particulares y Municipios, así como para el prestigio de los Tribunales, y anota un caso de declaración de lesividad por un Ayuntamiento contra acuerdo reconociendo haberes a empleados destituidos por los rojos, cuya demanda se negó el Fiscal a formular por reputarla improcedente y tampoco lo ha hecho aquel Ayuntamiento, al que devolvió los antecedentes con tiempo para hacerlo.

Coruña (La).

Dice que el número de pleitos iniciados, que ha sido 44, revela aumento con relación al año anterior, pero es pequeño y

demuestra que los acuerdos administrativos son justos. Insiste en el problema, que ya planteó en la Memoria precedente, relativo al plazo para la interposición de los recursos en materia municipal, que el Tribunal sigue sosteniendo que es de tres meses, mientras el Fiscal mantiene que debe ser el de quince días.

Cuenca.

Expone que, dado el escaso movimiento que ha tenido aquel Tribunal provincial y las valiosas aclaraciones sostenidas en la Circular de 12 de enero de 1940, no se ha ofrecido duda en el ejercicio de su función.

Gerona.

Señala en primer término el escaso número de pleitos que en la actualidad tiene bajo su jurisdicción aquel Tribunal, debido al período de iniciación y reajuste en que se encuentra lo contencioso-administrativo, pues es preciso que toda la actividad de la Administración esté en ejercicio para que puedan llegar a esta clase de Tribunales los recursos contra los actos de aquélla y, claro es, que dados los que la Administración tiene ya en sí y los plazos que forzosamente han de consumirse cuando la cuestión llega a plantearse ante la jurisdicción, tiene ya una vida administrativa bastante larga.

Expone después, detenidamente, las varias cuestiones que plantean los 13 pleitos que están en tramitación, consignando en cada uno de ellos la posición que mantiene el Fiscal en razón con la índole de los asuntos, y expresa también haber encontrado toda clase de facilidades de todo orden en el desempeño de su función, por cuyo motivo no cree necesario formular iniciativa alguna en el sentido de reformar las disposiciones que regulan esta jurisdicción.

Granada.

Señala como nota destacada el que la inmensa mayoría de los fallos del Tribunal han sido confirmatorios de los acuerdos de la Administración, ya que de 25 sentencias dictadas, sólo en cuatro se han revocado dichos acuerdos. Dice haber hecho un uso muy moderado de la magnífica Circular de 12 de enero de 1940, pues sólo en un caso, por estimarlo indefendible, se ha abstenido de intervenir en pleito en que el Ayuntamiento había también com-

parecido, y únicamente en otros dos se ha allanado a las demandas porque las juzgó indefendibles y su mantenimiento determinaba una situación poco airosa para la Administración.

Guadalajara.

Predominan los recursos contra acuerdos del Tribunal Económico-administrativo en materia municipal por repartimiento de utilidades y de la Administración por timbre, siendo criterio del Fiscal oponerse a toda demanda.

Guipúzcoa.

Expresa que ha decrecido considerablemente el número de pleitos contencioso-administrativos tramitados, y ello se debe a dos causas: primero, haberse observado una reducción en los recursos contra acuerdos adoptados por las Corporaciones locales en materia de personal, y segundo, suprimido el régimen de concierto económico que disfrutaba esta provincia, ha desaparecido la base principal de los litigios de nuestra jurisdicción, que estaba constituida por los pleitos que se interponía contra los acuerdos adoptados por la Diputación en materia económica, hoy administrada por el Estado.

Ninguno de los asuntos iniciados o tramitados durante el año a que se refiere esta Memoria merece una mención especial.

Huelva.

Se limita a manifestar el Fiscal la imposibilidad en que se encuentra de remitir la Memoria y estadística reglamentaria por la circunstancia de haber tomado posesión de su cargo recientemente, procediendo de las últimas oposiciones celebradas para ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado que terminaron a finales del mes de junio último y por no haber habido con carácter permanente, durante todo el año judicial, quién desempeñara aquellas funciones en dicha provincia.

Huesca.

Tras los años de asedio marxista en que estuvo casi paralizada esta jurisdicción contencioso-administrativa, ha vuelto en el año último a lograr mayor desarrollo, siendo los acuerdos municipales fuente principal de los recursos.

Hace un estudio crítico del art. 223 de la ley Municipal de 1935, censurando la dualidad de los recursos que establece, los cuales —dice— ni abrevian ni simplifican el procedimiento, pero en cambio lo desnaturalizan; y propugna la vuelta íntegra a los preceptos del Estatuto municipal, con las reformas que la práctica ha aconsejado, entre las que indica debiera ser la de asegurar el inmediato cumplimiento de los fallos del Tribunal.

Jaén.

La Fiscalía —dice—, que procura y va logrando poner al corriente sus libros, recogiendo datos que la Audiencia le facilita, y como consecuencia del celo desplegado por el Presidente de aquélla, de acuerdo con dicho Fiscal, va poniéndose fin al estado caótico en que los pleitos se encontraban. Añade que no se han ofrecido cuestiones dignas de mención.

Las Palmas.

Acusa la estadística algún aumento en el número de recursos, principalmente en materia de impuestos, fallados por el Tribunal Económico-administrativo. Como cuestiones de derecho, anota las suscitadas en materia de aguas por lo que se refiere a los Municipios que tengan derecho a gravarlas con sus arbitrios, si ha de ser el del lugar donde nacen o aquel o aquellos en que se utilizan, y, por último, expone el problema surgido del art. 227 de la ley Municipal, acogiéndose al cual, un interesado ha formulado simultáneamente doble recurso de nulidad y de plena jurisdicción, y el Tribunal, con la oposición del Fiscal, lo admitió, tramitando el primero y dejando en suspenso la del segundo. Pide normas aclaratorias para evitar la variedad de criterios.

León.

Resalta la disminución de pleitos en relación con el año precedente y que sólo uno lo ha sido contra acuerdo de la Administración general del Estado, impugnando los restantes actos de la provincia o de los Municipios, sin que en ninguno se ofrezca nada digno de señalar.

Como reformas, que estima convenientes, propone la simplificación de trámites, suprimiendo totalmente el extracto y autorizando al Tribunal para negar la celebración de vista cuando no lo repute necesaria: implantar el juicio verbal en asuntos de pe-

queña cuantía y ser preceptiva la imposición de costas como sanción a la temeridad.

Lérida.

Expresa que, en el escaso número de recursos promovidos, no se ha planteado ninguna cuestión de derecho que merezca ser estudiada de un modo especial, remitiendo la estadística del movimiento de pleitos del pasado año.

Logroño.

Apunta el descenso en la utilización de la vía contencioso-administrativa debida a la diferente actuación entre el anterior y el presente régimen, siendo los acuerdos en la actualidad más ajustados a las normas legales.

Reproduce, en su esencia, cuanto manifestó en la Memoria precedente sobre reforma de la jurisdicción y en la composición de sus Tribunales, y termina exponiendo no habersele presentado dificultad en el ejercicio de su función, elogiando la actuación de aquel Tribunal provincial.

Lugo.

Por haberse posesionado del cargo en fecha muy reciente, sólo ha intervenido en escasos asuntos, sin que se le haya presentado ni tenido noticias de que existan puntos importantes o dudosos dignos de consignar.

Indica la conveniencia de modificar la tramitación de los recursos que se sustancian conforme a la ley Municipal, a fin de que el demandante pueda conocer el expediente administrativo antes de formular su demanda.

Madrid.

Dice que no se ha incorporado al estado legislativo en que la jurisdicción contencioso-administrativa se desenvuelve, durante el presente año judicial, ninguna disposición fundamental cuya trascendencia merezca ser estudiada para mejor valorar su eficacia, ni tampoco se han suscitado problemas nuevos que pudieran por sí mismos aconsejar la conveniente sugerencia de alguna modificación o mejora.

El ritmo de la actividad contencioso-administrativa durante este período tampoco ha sufrido alteraciones sensibles, destacándose en los pleitos promovidos los que afectan a la Administración municipal.

Sin embargo, llama la atención sobre un extremo que juzga de interés en el orden práctico legal, derivado de las instrucciones contenidas en la Circular de 12 de enero de 1940, en el punto concreto del derecho de abstención de los Fiscales provinciales, pues si conforme a la misma debe ejercitarse cuando las Corporaciones designen letrado que las represente, tal derecho resulta en muchos casos prácticamente estéril, pues según el art. 45 de la ley Orgánica, una vez presentada la demanda se emplazará al Fiscal y después a los coadyuvantes; éstos no pueden acudir a su defensa sino después de su emplazamiento, y, por tanto, posteriormente a la contestación por el Fiscal, el cual, en ese trámite, no puede ejercitar el derecho de abstención por no existir todavía el nombramiento de letrado defensor de la Corporación; ello aconseja la conveniencia de complementar en forma las previsiones de aquella Circular para lograr la eficacia que se propone.

Termina con el estado-resumen del movimiento de asuntos durante el presente año judicial.

Málaga.

Atribuye la notable disminución en el número de pleitos incoados, sólo 19 en el año último, cifra inferior a la ya baja del año anterior, a que las Corporaciones locales funcionan ateniéndose a la ley y a procedimientos de medidas; y si bien existen pendientes bastantes recursos, explica los motivos relacionados con la escasez de personal que, ya subsanados, contribuirá a normalizar la labor de la Fiscalía.

Murcia.

Dice que el Tribunal sigue funcionando al mismo ritmo que se consignó en la Memoria del año anterior, y expone en un cuadro estadístico el movimiento de los asuntos en el año judicial de 1940-41, que acusa una evidente reducción en los pleitos interpuestos durante ese ejercicio y en relación con otros años, observándose también que las Corporaciones asumen la defensa en la vía contencioso-administrativa por medio de sus Abogados, evitando a la Fiscalía la intervención en los recursos.

No puede señalar asunto alguno de excepcional importancia que haya sido sometido a conocimiento del Tribunal, los sustan-

ciados se han referido a destituciones de funcionarios con anterioridad al Glorioso Movimiento y otros a reclamaciones sobre clasificación. Llama la atención sobre la dificultad que en la práctica determina, en la tramitación de los recursos, la aplicación del art. 224 de la ley Municipal en cuanto a la perentoriedad del término de tres meses para la terminación de los pleitos y el plazo brevísimo de quince días para proponer y practicar la prueba, trámite necesario, en la mayoría de los casos, por la no intervención en el expediente de la parte perjudicada, y para no producir indefensión tiene que acudir el Tribunal, con recto criterio, a decretarla para mejor proveer, pues en la práctica no puede observarse el estricto cumplimiento del precepto antes invocado.

Una vez más insiste el Fiscal en lo referente a los modestos haberes de los funcionarios que componen la plantilla de aquel Tribunal, colaboradores entusiastas que prestan todo su concurso y saber al perfecto desarrollo que se ha observado, pero que siguen con sus sueldos modestísimos y de inestabilidad en su función a la espera de que el Poder público alguna vez los acoja en sus presupuestos.

Orense.

Destaca la disminución de recursos incoados durante el año judicial transcurrido y ello ha sido debido a que los vicios y defectos que apuntaba en anteriores Memorias, de que adolecían los acuerdos recurridos, los que en la mayoría de los casos colocaban al Fiscal en el dilema de allanarse a las demandas o sostener oposiciones verdaderamente temerarias, puede decirse que se ha mitigado, produciéndose en general las Corporaciones con un mayor espíritu de justicia, cuyo mejor exponente es el pequeño número de recursos planteados. De éstos, la mayor parte hacen referencia a acuerdos dictados por la Diputación provincial y Ayuntamientos y sólo 10 lo fueron contra resoluciones del Tribunal Económico-administrativo provincial.

Oviedo.

Ha seguido el ritmo iniciado el año precedente en el número de escritos planteados y terminados, siendo de notar la elevada proporción de los últimos en que ha sido acogida la petición Fiscal, lo que atribuye al acierto fundamental que inspiró las normas de la Circular de la Fiscalía del Supremo del 12 de enero de 1940.

Palencia.

Disminución de pleitos nuevos y que la inmensa mayoría de las sentencias son favorables a la Administración, constituyen las notas esenciales de esta provincia, sin que se hayan ofrecido dudas o cuestiones dignas de mención especial.

Palma de Mallorca.

Un solo pleito ingresado en el año judicial y uno también pendiente de trámite por estar ligado a un proceso criminal, dicen lo suficiente para demostrar que no se producen agravios con las resoluciones de la Administración en esa provincia.

Navarra.

Al formular el estado reglamentario, se limita a expresar que la marcha de los asuntos es la normal.

Pontevedra.

Hace un análisis de las materias objeto de los recursos en trámite ingresados; dice que ninguna duda se le ha producido con motivo de los pleitos en que ha intervenido, y vuelve a insistir, como en años anteriores, en la interpretación que debe darse al art. 197 de la ley Municipal que permite la duplicidad de recursos.

Salamanca.

Divide su Memoria en tres capítulos, que destina: a) a consideraciones generales, b) a cuestiones de derecho planteados y c) a procedimiento y reformas.

Se ocupa en el primero de la marcha de los asuntos, que dice ser la normal, habiéndose doblado el número de pleitos en el año 1940, sin que existan causas específicas a qué atribuir el hecho, predominando las reclamaciones sobre el personal, destituciones, suspensiones, etc., advirtiendo algunas sobre lesividad de acuerdos de Corporaciones, y, por último, por tributo de Estado, de provincia y los Municipios, haciendo mención de un recurso de

la Diputación contra algún Ayuntamiento sobre procedimiento de apremio.

En el segundo capítulo resalta la escasez de problemas jurídicos que merezcan mención especial, y como caso único ofrece cierto recurso planteado contra acuerdo municipal que denegó el abono de horas extraordinarias de jornal que pidió el Tribunal, acogiendo triple excepción de incompetencia.

En el último propone reformas encaminadas a abreviar el procedimiento, suprimiendo el extracto totalmente, regulando con rigidez la admisión de prueba en el sentido que la ley de Enjuiciamiento lo hace para la segunda instancia y también que de algún modo se ponga coto a los abusos producidos por la gratuidad del procedimiento.

Santa Cruz de Tenerife.

Hace mención especial de la cuestión relativa a las apelaciones para ante el Tribunal Supremo por parte de los coadyuvantes de la Administración, pues si bien de la Circular de 12 de enero de 1940, claramente se deduce que en los casos en que la Fiscalía no apela, o habiendo apelado, desista del mantenimiento de la apelación, cesa el litigio, y, por tanto, también termina la acción del coadyuvante, publicada la ley Municipal de 31 de octubre de 1935, dado lo dispuesto en su art. 223, último párrafo, ofrece duda el derecho o no de aquél para reclamar, por lo que demanda la norma aclaratoria que determine, si dicho derecho se refiere a la Administración municipal cuando actúa por sí voluntariamente para defender sus propios acuerdos, sin intervención del Fiscal, o cuando lo hace como coadyuvantes de éste.

Señala también que la mayoría de los asuntos planteados en este ejercicio son de índole exclusivamente municipal y propone la conveniencia de ampliar la cuantía señalada como límite para resolver, en única instancia, ante los Tribunales provinciales.

Santander.

Como hecho trascendental digno de especial consideración, señala el incendio ocurrido en la capital como consecuencia del huracán que la asoló en la noche del 15 al 16 de febrero pasado, que destruyó totalmente los edificios de la Audiencia provincial y Abogacía del Estado, con todos los documentos relacionados con el Tribunal provincial y Fiscalía de lo Contencioso-administrativo, sin más excepción, en cuanto a la última, que los libros registros y los antecedentes de pleitos terminados. Después de

vencidas grandes dificultades, el Tribunal funciona de nuevo, estando el Fiscal emplazado para contestar demandas en dos pleitos.

Con referencia al problema planteado por la catástrofe, opina que al aplicar los arts. 95 de la ley y 196 del Reglamento de la jurisdicción, no ha de poderse decretar la caducidad de pleitos desaparecidos por concurrir la fuerza mayor, prevista en el último, y que procedería abrir un plazo para que puedan reinstarse los procedimientos, a partir de cuyo término se contaría el de caducidad.

Segovia.

Nota el Fiscal el hecho de no haberse producido ningún recurso contra acuerdo de la Administración general del Estado y sí sólo contra resoluciones municipales y que el movimiento ha sido escaso, sin ofrecerse cuestión especial de interés en el aspecto jurídico.

Como cuestión interesante en materia contencioso-administrativa, plantea la siguiente: los artículos 205 y 215 de la ley Municipal de 31 de octubre de 1935 permiten a los Gobernadores civiles el dictar providencias en asuntos municipales, ya suspendiéndolos por haber sido adoptados en materia extraña a su competencia, ya aceptando el criterio del Secretario o Interventores sobre ilegalidad de los acuerdos de que se trate y disponer que contra dichas providencias gubernativas pueden los Ayuntamientos interponer recurso contencioso-administrativo, pero sin que esa ley señale el procedimiento a que han de ajustarse tales recursos, surgiendo por ello la duda de si se estará a las normas generales de la ley de 22 de junio de 1894, o bien deberán acomodarse a las que dicha ley Municipal establece en sus artículos 223 y siguientes, opinando que no refiriéndose estas últimas a resoluciones gubernativas, no deben ser de aplicación a tales casos especiales, indicando la conveniencia de que se decida la cuestión por si surgiere el caso en algún Tribunal provincial.

Sevilla.

En lo que se refiere a materia de los recursos y número de los planteados, expresa que la mayor parte se refiere a aplicación de leyes tributarias, y en la esfera municipal, singularmente, a reparcimientos de utilidades, cuyo arbitrio, en aquella provincia, es uno de los que con mayor injusticia utilizan tales Corporaciones, siendo frecuentes los casos de la declaración de nulidad de los documentos fiscales por infracción de trámites. Ha decrecido el número de pleitos, volviendo a lo normal de fechas anteriores a la

República, lo cual demuestra que se ha corregido el régimen de arbitrariedad que durante ella imperó.

En cuanto a posibles reformas, aboga por la simplificación de trámites y regulación del recibimiento a prueba, suprimiéndose el extracto y no permitiendo la práctica de la segunda cuando haya podido ejecutarse en vía administrativa. También acusa el hecho de que las sentencias en materia municipal no todas se cumplen, y debieran establecerse medios coercitivos para que la esencia y finalidad de la jurisdicción no quede burlada.

Soria.

Expone que ni en el fondo ni en el procedimiento han ofrecido particularidades dignas de mención los pleitos tramitados, y en cuanto a posibles reformas, indica la conveniencia de llegar a la unificación de las normas de procedimiento, tan diversas hoy, según que se trate de asuntos municipales, provinciales o del Estado, principalmente en cuanto a plazos, forma de iniciarlos y alegación de excepciones.

Tarragona.

Por la escasez, en número e importancia, de los asuntos tramitados ante aquel Tribunal, se limita a expresar los datos estadísticos, según los cuales, la única materia contenciosa ha sido la de personal de Ayuntamientos, que se consideran postergados, fuera de un solo recurso de la Compañía Telefónica Nacional de España por liquidación de arbitrios municipales.

Teruel.

La Audiencia de la provincia y, por lo tanto, el Tribunal provincial contencioso-administrativo continúa instalado en Alcañiz, gravitando todavía sobre aquella provincia las consecuencias de la guerra, por cuya causa los asuntos han sido en número reducidísimo y sin ofrecer nada digno de señalar.

Toledo.

Dice el Fiscal, al acompañar el estado numérico de pleitos, que no se ha ofrecido en ellos nada que merezca mención especial.

Valencia.

Se advierte progresión ascendente en el número de recursos al normalizarse la vida administrativa, predominando los entablados contra acuerdos municipales, y dentro de éstos, los de plena jurisdicción.

Reconstituído recientemente el Tribunal especial, creado por el artículo 197 de la ley Municipal de 1935, no se ha producido ningún recurso contencioso-administrativo contra fallo de aquél.

Valladolid.

En el escaso número de asuntos tramitados, dice el Fiscal provincial, no se han suscitado circunstancias merecedoras de consignarse, limitándose por ello a expresar que los recursos contra decisiones de la Administración general han sido disminuídos y que los restantes lo han sido contra acuerdos municipales, principalmente del de la capital.

Vizcaya.

Siguen disminuyendo los recursos de esta clase, que en el año último sólo se han iniciado en número de 21, y si bien quedan pendientes 164, obedece a dificultades de personal, recientemente subsanadas, confiando ha de permitir desarrollar, con el ritmo debido, las funciones de la Fiscalía en el año entrante.

No se ha suscitado, durante el período que comprende la Memoria, cuestión alguna digna de mención.

Zamora.

Sigue observándose disminución de pleitos, motivados sin duda por la desaparición de luchas políticas y el saneamiento de la Administración local; y reitera cuanto expresó en la Memoria del año judicial 1939-40, acerca de la conveniencia de reglamentar estrechamente el recibimiento a prueba y la gratuidad del procedimiento, que es causa para fomentar la mala fe de los litigantes.

Como reforma a estudiar en esta materia contencioso-administrativa, apunta la que, a su juicio, reclama la sustitución realizada del régimen liberal por el autoritario, y con él, la desaparición de la llamada división de poderes; debiendo ser abordado el problema por los organismos del Nuevo Estado, enraizando lo

medular con los precedentes legislativos y doctrinales que existen en España.

Zaragoza.

Examina dos aspectos relativos a esta jurisdicción: uno de derecho sustantivo y otro de derecho procesal.

En cuanto al primero, indica el problema suscitado por un Secretario del Ayuntamiento destituido en virtud de expediente ordinario, ajeno a depuración político-social, quien pretende que, por la condición de *interinos*, todos los Ayuntamientos de España carecen de facultad para destituir funcionarios. Con tal doctrina se plantea la cuestión de legitimidad de las normas y disposiciones de la Revolución Nacional, que no admite otra solución que la de afirmar la designación gubernativa como única manera legal de constituir aquellas Corporaciones.

También refiere ser varios los recursos por aplicación de la disposición transitoria 4.^a de la ley Municipal para determinar las circunstancias que deben concurrir en los que pretenden ser funcionarios «interinos», lo que origina dudas y vacilaciones.

En el aspecto procesal propone la imposición de sanciones a los Alcaldes y Secretarios que no remitan en plazo legal los expedientes que se les reclamen, a cuyas demoras se debe la dilación en los recursos y que se abrevie, todavía más, el procedimiento, suprimiendo los extractos y notas y el trámite de instrucción, sustituyendo este último por manifestación de autos en Secretaría.

APÉNDICE TERCERO

**Circulares e Instrucciones de carácter general
y Consultas**

CIRCULAR NUM. 1

Excmo. Señor :

El Cuerpo de funcionarios de la Guardería Forestal, tiene como principal misión velar por la conservación de la importante riqueza nacional constituida por los montes públicos. Para llenar esta misión en el orden penal, han de atenerse a las prescripciones de la legislación especial represiva, condensada en el Decreto de 8 de mayo de 1884.

Con objeto de revestirlos de la mayor consideración, en el Real decreto de 20 de diciembre de 1912, que organizó el Cuerpo, se les declaró explícita y categóricamente (art. 11) agentes de la autoridad, cuya calificación conservaron los Decretos que después lo reorganizaron en 1.º de agosto de 1931 y 3 de enero de 1935, llegando este último a declararlos funcionarios de la Policía judicial, con la amplia misión que a los de tal calidad atribuye la ley de Enjuiciamiento criminal en su art. 282.

La condición de Agentes de la autoridad también les ha sido reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 6 de febrero de 1909.

Todo ello hace que estén incluidos entre los Agentes que al ser víctimas en el ejercicio de su deber o con ocasión de él de agresiones de cualquier clase o de desobediencias, dan lugar a la comisión de delitos contra el orden público, calificados en los capítulos 4.º y 5.º del título 3.º, libro 2.º del Código penal vigente.

Es actualmente de suma conveniencia que se guarde el mayor respeto a esos funcionarios en el ejercicio de sus funciones, que hacen relación a la gran empresa acometida por el nuevo Estado español de fomentar la riqueza forestal, empresa que puede considerarse iniciada por la ley de 8 de noviembre de 1939, dando bases para un plan extraordinario de trabajos forestales.

Ello ha movido a esta Fiscalía, en uso de la facultad que le atribuye el art. 3.º de nuestro Estatuto, para excitar el bien probado celo de sus subordinados, a fin de que dediquen especial atención a los sumarios en que figuren atentados de cualquier gé-

nero contra los guardas forestales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, dando cuenta oportunamente de las medidas que adopten.

Sírvase V. E. acusar recibo de la presente.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 11 de octubre de 1940.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia territorial de

CIRCULAR NUM. 2

Excmo. Señor :

Para cortar graves abusos advertidos en la práctica, encaminados a llevar el conocimiento de las demandas de juicios verbales a Juzgados municipales, notoriamente incompetentes, pero en los que indebidamente encontraban facilidades para el ejercicio de la acción y también para la concesión de embargos preventivos, la ley de 21 de mayo de 1936 dió normas especiales, limitando considerablemente la amplitud de los principios en tal materia establecidos por la Ley procesal civil en su art. 56 y siguientes.

Así, por ejemplo, esa nueva ley no acepta en materia de sumisiones más que la expresa, prescindiendo de la tácita, y aun aquella se limita al Juez del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes o el del lugar donde esté sita la cosa inmueble.

Con objeto de evitar de raíz algunos de los abusos más practicados, incluso en el párrafo 3.º de su artículo único, restringe el domicilio del actor cuando éste sea un representante legal o un cesionario al que verdaderamente tuviera el representado o el cedente.

A pesar de la claridad de estos preceptos, la realidad viene enseñando que constantemente los litigantes de mala fe tratan de eludir su cumplimiento, intentando, y en muchas ocasiones consiguiendo, llevar el conocimiento de sus demandas a Juzgado municipal a todas luces incompetente.

Tentativas de este género han sido señaladas en Memorias fiscales de este año, y alguna denuncia ha llegado recientemente a esta Fiscalía poniendo de manifiesto otras análogas.

Se han dado casos en los que los burladores de esas reglas de competencia no eran simples particulares, sino Sociedades de alguna importancia, que por ello debieran revestir sus actuaciones con la más estricta corrección. Tan sencillas son esas normas que, apenas descubierto el ilegal procedimiento por la defensa del demandado, los conculcadores han desistido de su acción, con lo

que han venido a reconocer de modo harto elocuente lo irregular e impropio de su conducta.

Esas presentaciones de demandas ante Juzgados incompetentes, que pueden estar apoyadas muchas veces en la complaciente ayuda de los perceptores de derecho arancelario, causan positivos perjuicios, tanto económicos como morales, a los que son indebidamente demandados, y es deber de las Autoridades judiciales y del Ministerio fiscal evitarlas radicalmente.

El último párrafo de la ley establece previsoramente el remedio: que a la presentación de toda demanda se haga con carácter previo y sin excepción, por el propio Juzgado de oficio y con intervención del Fiscal municipal, el examen y declaración de competencia.

En manos, pues, de esos modestos representantes de nuestro Ministerio está el cortar en su inicio los abusos que se pretendan cometer en esta materia. Y a excitar su celo, recordándoles el cumplimiento de ese precepto legal, va encaminado nuestro propósito.

Para ello los señores Fiscales de cada territorio harán llegar a conocimiento de los Fiscales de los Juzgados municipales que aquél abarque, la existencia de esa ley, la vigencia de sus preceptos que la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha proclamado sin vacilación y la necesidad ineludible en que ellos se encuentran de velar por que en todas las demandas se cumpla la diligencia previa de examinar la propia competencia que sin excepción ninguna establece el último párrafo de la comentada ley, apelando en caso necesario de la resolución que recaiga.

Sírvase V. E. acusar recibo de la presente y dar cuenta en su día de la transmisión de sus instrucciones.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 27 de noviembre de 1940.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia de

CIRCULAR NUM. 3

Excmo. Señor:

Son importantes y dignas de atención las quejas que se vienen formulando por los productores y distribuidores de energía eléctrica sobre los fraudes de que son víctimas.

Siempre se han cometido esas sustracciones que constituyen verdaderos delitos, pero en los tiempos presentes parece que van en progresión creciente y verdaderamente extraordinaria.

Ya esta Fiscalía en 30 de abril de 1935 hubo de dirigir una Circular a sus subordinados con motivo de las quejas recibidas, ex-

citándoles a que velaran lo más eficazmente posible cerca de los Tribunales de Justicia para defender los respetables intereses de las Empresas productoras y distribuidoras de electricidad.

Esos fraudes, que son cada día más numerosos, cometidos por desaprensivos consumidores, causan positivos perjuicio a las Empresas hasta el punto de que las que funcionan en Madrid calculan los sufridos en estos últimos años en varios millones de pesetas.

Alcanzan también los perjuicios, en cuantía no pequeña a la Hacienda pública, que deja de percibir los correspondientes impuestos establecidos sobre el consumo de flúido. Producen asimismo una grave perturbación en el servicio normal de suministro de flúido eléctrico, que es de primera necesidad en el orden público.

Y constituyen, por último, una perniciosa inmoralidad, ya que las gentes se habitúan a considerar, como poco menos que lícito, el realizar en los hogares toda clase de artimañas para utilizar la energía eléctrica sin sujetarse al pago del canon correspondiente, inaceptable conducta que se traduce en considerar que no es punible el hecho de hurtar cuando las víctimas son grandes Empresas y el propio Estado. A este problema, que encierra un doble aspecto penal y moral, aludé con acierto el Fiscal de Zaragoza comentando en su Memoria anual la frecuencia de tales sustracciones.

Deben, por su parte, las entidades perjudicadas montar un buen servicio de vigilancia para prevenir y disminuir en lo posible esas sustracciones; pero no hay que olvidar que, una vez éstas cometidas, es preciso castigarlas. Y en este período de la represión deben los señores Fiscales desplegar el mayor celo.

Intervendrán para ello en esos sumarios, remitiendo partes especiales de su incoación, incidencias y apreciación pericial, advirtiéndolo también a los Fiscales municipales que extremen su atención en los correspondientes juicios de faltas.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 7 de diciembre de 1940.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia de

CIRCULAR NUM. 4

Excmo. Señor:

No se preocupaba nuestra sociedad, con especial diligencia, del creciente progreso de la delincuencia feticida, a pesar de su extraordinaria y manifiesta gravedad. Pero a la sabia previsión del nuevo Estado no podía escapar la necesidad de atajar el mal.

La preocupación de orientar, con certero sentido moral, una

política demográfica eficaz ha motivado la promulgación de la ley de 24 de enero último, que deroga los arts. 417 a 420 del Código. (Es una errata fácilmente apreciable la contenida en el artículo 18, que dice: «417 y 420», en lugar de «417 al 420».)

La claridad de la disposición y sencillez de su articulado excusan, para su acertada aplicación, toda clase de instrucciones a funcionarios de la cultura y celo de los que integran el Ministerio fiscal; sin embargo, impónese a este Centro, en el deber de cooperación a toda obra de gobierno, el hacer un análisis de la ley y exponer el criterio rector que fije su significado y concrete su alcance.

Representa la ley un avance en la legislación patria, cuya trascendencia se apreciará en el porvenir.

Con precisión técnica define el artículo 1.º el delito de aborto. La innovación, recogiendo la experiencia de los Tribunales, pone término a las confusiones y oscuridades anteriores, principalmente producidas por el desacuerdo entre los conceptos médico y legal del aborto.

Para los Tribunales ya no hay duda. Toda vida embrionaria voluntariamente deshecha; toda esperanza de ser, cuyo definitivo y perfecto desarrollo violentamente se trunca; todo germen que, por obra criminal, no llega a ser hombre, constituyen el objeto del delito.

El texto legal declara punible todo aborto que no sea espontáneo; mas semejante declaración no debe entenderse que afecte al influjo de las eximentes que pudieran concurrir en el hecho, ya tengan el carácter de causas justificantes o de eximentes de la imputabilidad.

La definición comprende dos conceptos: destrucción del producto de la concepción en el vientre de la madre y su expulsión prematuramente provocada. De las escuetas palabras de la ley, dedúcese que, para este último supuesto, no se requiere que el feto perezca, bastando el elemento material de su expulsión provocada con ánimo feticida, sean cualesquiera sus consecuencias. Abona esta interpretación el hecho de penarse, como después se verá, la tentativa con medios inidóneos y el delito imposible.

Partiendo de dicha definición, la ley, con sistematización irrequitable, prevé, como veremos, cuantos casos la realidad criminal ofrece, y gradúa adecuadamente las sanciones en consideración a la gravedad respectiva de las culpas.

Así, en los arts. 2.º y 3.º distingue cuidadosamente y pena con severidad distinta, pero siempre mayor que la conocida hasta ahora, el aborto consensual del que no lo es y anula la benevolencia que otorga al consentido, negándole efectos jurídicos cuando la mujer fuere incapaz para prestar el consentimiento por su edad u otro motivo.

El segundo párrafo del art. 3.º plantea dos problemas que, en cierto modo, se enlazan: A) Responsabilidad contraída por la mujer que consintió su aborto, siendo incapaz o mediante violencia, intimidación, amenaza o engaño. B) Qué edad de la mujer o o qué otras causas podrán determinar su incapacidad para consentir.

a) Es claro que el consentimiento prestado por mujer inimputable por su edad o enfermedad mental, o justificada por otra circunstancia eximente —fuerza o intimidación—, no puede atraer responsabilidad criminal. La amenaza, si no produce efectos intimidativos, tal como se requiere para integrar la eximente, no podrá dejar de producir responsabilidad, aunque sea atenuada. La apreciación del engaño causante del consentimiento y sus efectos, en el respecto antes dicho, ofrecerá serias dificultades en cada caso concreto y habrá, en consecuencia, de examinarse con gran prudencia y con criterio favorable *a priori* a la responsabilidad.

b) Será incapaz para consentir la mujer privada de razón o de sentido, entendiéndose con el mismo criterio establecido por la Jurisprudencia al tratar del delito de violación. En cuanto a la edad necesaria para consentir, el problema ofrece verdadera dificultad, que sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo llegará a vencer.

No se trata de consentir en negocios jurídicos, para los que la ley civil determina las edades y estado en que la mujer tiene capacidad de obrar, completa o relativa al negocio de que se trata. Ni de su capacidad como sujeto activo imputable de delito, con responsabilidad plena o atenuada. Ni de su capacidad como sujeto pasivo para ejercitar la acción penal, denunciar, perdonar en los delitos privados, etc.

Parece que esta capacidad ha de provenir de las condiciones psicológicas de la mujer e investigarse en la esfera de la inteligencia y de la libertad, por lo que ninguna edad precisa puede señalarse, del mismo modo que en el Código de 1870 había un período en la vida del hombre en que, según su desarrollo mental —el discernimiento— tenía o no condiciones de imputabilidad.

Con el art. 4.º desaparece en buena hora la disposición del apartado último del recién derogado art. 417 del Código, que tan justas y clamorosas protestas suscitó entre penalistas y togados y cuya derogación con unanimidad del Cuerpo Fiscal en sus Memorias.

Ya, volviendo a la buena doctrina de incriminación establecida por el propio Código de 1932 —de la que era discordante excepción el precepto dicho—, cuando a consecuencia del aborto sobreviniere la muerte de la mujer o se le causaren lesiones comprendidas en el art. 423, se impondrá al culpable la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, modificando

también en esto la disposición del art. 75, apartado 2.º del Código actual, en orden a los delitos *compuestos* —unidad de acción, pluralidad de violaciones—, disposición que perdura y es de aplicar cuando se produzca a la mujer lesión que no esté comprendida en el art. 423.

El art. 5.º trae el Derecho patrio la aspiración de las escuelas subjetivas del Derecho penal que, fijándose en la peligrosidad del delincuente, demandaban sanción para los hechos reveladores de una evidente voluntad antijurídica, aunque no se pudiera producir el delito previsto y querido, por ser imposible en absoluto o en relación con el medio de ejecución empleado.

Esta novedad legislativa es augurio de aplicaciones más extensas. Quien así obra, aunque no produjera ni pudiera producir mal material, es un *peligro social*, ante el cual el Poder público no puede permanecer indiferente.

En el aborto consensual no podía escapar a la previsión del legislador la distinta gravedad de la responsabilidad que alcanza a los que en él intervienen como actores; y por ello en el art. 6.º señala para la mujer una pena inferior a la que el art. 3.º asigna a quien, de acuerdo con ella, lo produce. X

* * *

Se conserva en el art. 7.º la atenuación privilegiada cuando el motivo de la mujer es ocultar la deshonra, atenuación que, sin entronque ni aun atisbo en ningún ordenamiento legal precedente, alcanza también a los padres que cooperen al aborto de la hija embarazada con el mismo móvil, rindiendo así tributo al sentimiento respetabilísimo que la inspira, sin duda, porque la inmoralidad y repugnancia del delito disminuye en la misma medida que acrece el impulso natural del decoro que induce a la acción criminal.

Nótese que la atenuación para los padres es en el caso de *cooperación*. Cooperar es obrar con otro, lo que supone pluralidad en el sujeto activo de la infracción criminal. El *concurso* supone concierto de voluntades para un fin criminoso previsto y realización de algún acto tendente a su cumplimiento, aunque para cada cooperador no sea el preciso e indispensable en que el delito consista.

Cuando uno de los padres no sea cooperador sino autor único, esto es, no cuando *cooperé* sino cuando cause el aborto, ¿deberá entenderse excluido de esta atenuación privilegiada?

Puede ocurrir que el propósito criminal sea de su exclusiva iniciativa y su realización consentida o no por la embarazada.

Si ésta consiente, será el padre —o en su caso los padres— *cooperador*, aun siendo el autor directo y material del aborto, pues hay concierto y actos varios de ejecución, aunque a la mujer se atribuye participación meramente pasiva, no siendo en este sentido contradictorios los términos pasividad y cooperación. La penalidad, por consiguiente, para el padre o padres será la determinada en el art. 7.º

Si la mujer no consiente en su aborto, puede ser porque sea incapaz por la edad u otro motivo, de consentir, o porque no participe del propósito criminal. Suponiendo, en cualquiera de los casos, que el padre provoque el aborto movido por el fortísimo estímulo del honor, ¿basta la falta de consentimiento de la futura madre para negar a aquél la modalidad específica de punición?

En el caso de incapacidad de la mujer, son los padres los guardadores de su honor, patrimonio común de la familia, y suplen el consentimiento que es presumible prestase la mujer si no adoleciera de incapacidad; no hay, en consecuencia, inconveniente en admitir que el padre en este caso se encuentra comprendido en el privilegio penal del art. 7.º citado.

Cuando la mujer es capaz y, sin embargo, no consiente, el problema tiene graves caracteres y no pequeña dificultad.

El poderoso estímulo que impulsa al padre o a la madre disminuyendo notablemente la facultad de inhibición, les es tan personal como a la misma embarazada, pues el honor que tratan de preservar de la pública mancilla, tanto como a aquélla, afecta a su familia próxima, padres y hermanos, y en cierto modo es más respetable en ellos su estimación por su falta de responsabilidad en el hecho que determina la situación infamante.

Esto induce a pensar que no puede despojarse a los padres del privilegio penal dicho, como fundado en circunstancias personales reconocidas en la ley.

Alzarse en contra otras razones no menos respetables, aparte la consideración de que el feto, por sí mismo, como esperanza de *ser*, es un bien jurídicamente protegido y sólo a su madre encomienda la naturaleza la función de su desarrollo.

Desde el punto de vista de la madre, el sentimiento que la hace preferir la conservación de la esperanza que lleva en el vientre a la ocultación de la deshonra es de tal calidad, que mediante aquél se encamina a lo natural, lícito y honesto, mientras que su antagónico conduce a un delito de especialísima significación antisocial.

Por otra parte, al emplearse en el citado párrafo 2.º del art. 7.º, precisamente el término *cooperar*, se parte del obligado supuesto del acuerdo de la embarazada y sus padres —intervengan o no extraños como agentes directos de la cooperación—, sin cuya hipó-

tesis no se concibe la disposición excepcional que comprende en el mismo artículo a la mujer y sus padres.

Cuando la mujer, pudiendo consentir no consiente, los padres de ella que atenten contra el feto que gesta, son extraños, pues sólo la unidad de pensamiento con la embarazada les hace partícipes de su posición singular ante el derecho, lo que no obsta para que se reconozca, en la motivación, un estímulo personal que tendrá profunda influencia en la penalidad exigible, pero sin la especificidad consagrada en el artículo comentado.

Corolario de la doctrina es la realización del mismo artículo con el 4.º Cuando el padre no *coopera* sino *opera*, puede su acción determinar la contingencia previsible de que a la gestante sobrevenga la muerte o lesiones graves. Considerándole extraño, le alcanzarán, claro es, las consecuencias penales del art. 4.º, sin perjuicio de la prudente valoración de la circunstancia modificativa antes aludida y de la mixta de parentesco.

Cuando es mero cooperador en el aborto consentido, ¿deberá, si sobreviniere el trágico accidente, considerarse sometido al art. 4.º?

No hay paridad en las situaciones. En la ley precedente la muerte sobrevinida determinaba agravación de pena cuando mediare imprudencia; es decir, tenía el evento la consideración de delito culposo. Mas como éste se caracteriza, a este respecto, por la voluntaria falta de previsión del daño y en estos casos su previsión como posible no puede faltar, parece indudable que se trata de un dolo eventual.

Al extraño que actúa no le contiene la consideración del riesgo, representado en su conciencia como más o menos seguro o contingente, pero en el padre cooperador, la íntima unidad con su hija en el pensamiento y en el fin, parece rechazar la posibilidad de que prevea y acepte riesgo tan desproporcionado. No obstante la entidad cualitativa de la cooperación, podría inducir a estimar la existencia del dolo con suficiente prueba.

* * *

Modifica con ventaja el art. 8.º la disposición del 426 del Código del 70 —sin homólogo en el del 32—, que inspirado en una tendencia exclusivamente materialista, penaba siempre y sin distingos, que la jurisprudencia rectificó acertadamente, el aborto ocasionado violentamente y sin propósito de causarlo.

Hoy tal hecho, de acuerdo con los principios cardinales sobre los que el derecho de castigar descansa, está condicionado para ser punible a la circunstancia de que el culpable conociera el embar-

zo de la ofendida; en otro caso sólo se le reputará autor del delito que las violencias o intimidaciones realizadas integre.

* * *

El ostentar un título facultativo o sanitario confiere un honor y debería imprimir al ejercicio de la profesión carácter y deberes de sacerdocio.

De ahí que, cuando se emplean para destruir prácticas y conocimientos que sólo para conservar debieran utilizarse, la responsabilidad del que así obra se agiganta, y, más aún, al considerar que si la mujer no contase con las mayores garantías que ofrece la intervención de expertos, de los que suelen tener frecuentes y sigilosas noticias, la mayoría de las veces desistiría de su nefando propósito.

Esto explica la agravación de la penalidad señalada para los técnicos, en los que de modo expreso comprende el artículo, no sólo a los facultativos, sino a los practicantes y matronas y a cuantos estén en posesión de un título sanitario.

Contiene el artículo la interesante novedad de que el sólo hecho de indicar sustancias, medios o procedimientos para provocar el aborto, se reputa cooperación para el delito con la penalidad de autor. Clarísimamente el hecho constituiría un medio de cooperación, por instrucción o consejo, que difícilmente excedería de la complicidad. Ahora, esos actos no sólo dan la calidad de coautor al que los realiza en presencia de un delito efectivo, consumado o intentado por otros siguiendo la instrucción, sino que tipifica un delito —así debe entenderse literalmente el precepto—, sin considerar que a la instrucción hayan seguido actos de ejecución.

Motivo especial de agravación de las penas es la habitualidad, concepto bien fijado por la Jurisprudencia en relación a otros delitos, por ejemplo, los de los arts. 440, número 1.º, y 532, que no debe confundirse con la reincidencia.

Cuando estos sujetos, facultativos o titulados, provocan el aborto y se producen la muerte o lesiones, indudablemente quedan comprendidos en las prescripciones del art. 4.º, aunque la técnica empleada fuera irreprochable, pues el concepto delictivo específico viene determinado por el suceso mismo y no está ligado a los de impericia o negligencia.

Ahora bien; si se limitan a la indicación de sustancias, medios o procedimientos y, utilizados por otros de modo inconveniente, se producen la muerte o lesiones, ¿deberá alcanzarles la responsabilidad establecida en el art. 4.º?

Induce a responder afirmativamente el estar dominada nuestra doctrina legal por principios de causalidad material —el que es

causa de la causa lo es de lo causado—. Es claro que acaso no proviniera el accidente del medio aconsejado, sino de la impericia del operante; pero si dentro de la previsión del titulado está la posibilidad del riesgo, si él mismo practicara los medios abortivos que aconseja, aún más acentuada estará esa previsión si los practica otro que carezca de su pericia.

El Código de 1928 incluía expresamente como titulados sanitarios, en artículo análogo al presente, a los farmacéuticos, quienes, en efecto, quedan equiparados a los demás titulados sanitarios para los efectos del artículo y en lo referente a la modalidad delictiva que define, distinta de la especial que para ellos y sus dependientes establece el siguiente.

El art. 10 define como delito el hecho de expendirse en farmacia —entiéndase que autoriza— sustancias o medicamentos estimados como abortivos, sin la debida prescripción facultativa. Los productos farmacológicos y preparaciones, sean formulados o específicos, cuyo ilegal despacho caracteriza el delito, son aquellos a los que técnicamente se reconocen propiedades abortivas, sea cualquiera el grado de su eficacia y el mecanismo de su acción. En todo caso se han de tener en cuenta las disposiciones oficiales que regulan la venta de productos o sustancias por los farmacéuticos, pues si éstos se atienen a esas disposiciones, naturalmente realizan un hecho lícito. Se alude con esto a la posibilidad de que un producto de libre venta pueda producir accidentalmente un aborto, del que el farmacéutico no sería responsable, salvo que se acreditara había sido vendido dolosamente, buscando ese efecto eventual.

Los farmacéuticos están autorizados también para expender aparatos o enseres de aplicación terapéutica, entre ellos los ginecológicos y tocológicos, aptos para ser utilizados en las prácticas abortivas. La venta de estos aparatos queda comprendida también en las prescripciones del artículo por expresarlo así el 13.

Se concreta en el artículo la responsabilidad de los dependientes de los farmacéuticos que vendieren las sustancias o productos dichos, recogiendo la Jurisprudencia anterior sobre interpretación de los delitos contra la salud pública. A pesar de la obligación impuesta a los farmacéuticos por los arts. 8.º y 9.º de las Ordenanzas de Farmacia, no se les puede hacer responsables de actos arbitrarios de sus dependientes, sin perjuicio de quedar sometidos a la responsabilidad civil subsidiaria con arreglo a los principios generales del Código penal.

Motivo de meditación ofrece el párrafo 2.º, que faculta a los Tribunales para elevar la sanción a los farmacéuticos cuando aprecien en el hecho delictivo especial gravedad.

A la discreción judicial quedará la apreciación de la gravedad del hecho, conviniendo únicamente hacer notar que podrá con-

sistir en la reincidencia, pero no en la habitualidad, puesto que para ésta se prevé otra agravación en el párrafo siguiente. Tal vez podrá entenderse que el delito es ordinario cuando se expende el producto sin consideración al destino que puede aplicarle el adquirente y será más grave cuando sea conocida del farmacéutico la aplicación concreta que se le va a dar. La interpretación, sin embargo, no será correcta cuando se descubran en el suceso las condiciones generales del *concursum*: concierto para la ejecución del delito y cooperar facilitando medio necesario.

* * *

Por analogía con los precedentes, los arts. 11, 12 y 13 penan, en los casos que mencionan, a los fabricantes y negociantes en aparatos u objetos ginecológicos; a los que sin título causaren un aborto y a los que en cualquier forma facilitaren sustancias o instrumentos capaces de producirlo, llegando en los primeros, caso de reincidencia, al cierre de sus establecimientos, y a la inhabilitación, siempre en los segundos, por la desconfianza justísima que una vez condenados inspiran para prestar servicio en toda clase de clínicas y sanatorios públicos o privados.

Esto, con ser tanto, no era bastante. Siguiendo la ley, con sabia previsión, la ardua labor emprendida, crea como delito nuevo, con sustantividad propia e independiente, y castiga en los artículos 13 y 14, el simple anuncio de sustancias, instrumentos o procedimientos capaces para provocar el aborto y la divulgación pública, en cualquier forma que se realice de medios para evitar la procreación y la exposición y ofrecimiento en venta de objetos destinados a impedir la concepción.

Nada se había hecho hasta ahora respecto a tan importante extremo, a pesar de la enorme trascendencia que ello tiene. Sólo existía como precedente y aspiración análoga —y a nuestro Ministerio, siempre atento a salvaguardar la sociedad, velando por la moralidad de las costumbres, le corresponde la iniciativa, si bien desarrollada en la parva esfera de sus atribuciones— lo ordenado en la Circular de 2 de marzo de 1906, que orientó en tal sentido toda la Jurisprudencia posterior para que se estimara comprendido en el número 1.º del art. 456 del Código del 70 —correspondiente al 433 del de 1932— como delito de escándalo público, los anuncios en la prensa de específicos o sustancias abortivas. Arbitrio legal a que fué forzoso recurrir para cortar una propaganda tan inmoral como nociva y a hallar sanción a hechos huérfanos de la precisa represión legal.

* * *

Apura el legislador sus celosas previsiones en la adopción de ciertas medidas preventivas o de profilaxis contra el delito, ordenando en el art. 15 la clausura de esos gabinetes de asistencia en los que deja la mujer muchas veces la honra y no pocas la vida. Sólo se permitirán ya los que enumera, y aun éstos sometidos a la acuciosa vigilancia de las Autoridades sanitarias. Y con la admonición, en el art. 16, a los facultativos todos de dar aviso a aquéllas en el plazo que señala y bajo la multa gubernativa, en caso de omisión, que fija, de los abortos a que asistiere, y la prohibición, además, a practicantes y matronas de prestar asistencia a cualquier proceso que no fueran el parto o aborto de evolución normal, pone el Poder público colofón a una ley progresiva y meritísima.

La obligación de comunicar a la Autoridad sanitaria la asistencia al aborto, bajo sanción gubernativa, no abroga los preceptos de la ley de Enjuiciamiento criminal, que obliga a los mismos titulados a denunciar ante la Autoridad judicial el aborto criminal de que tenga conocimiento y la preceptiva atribución del Tribunal de corregir la omisión. No se vulnera con ello el principio *non bis in idem*, por ser desemejantes los supuestos y consecuencias de la contravención.

Tal es, en síntesis, el sentido y el alcance de la ley. La extensión de esta circular, da la medida de su importancia. Y al acierto con que el Gobierno, dictando la ley, procura cortar el estrago del crimen social de aborto, se unirá la cooperación celosa, entusiasta e inteligente de nuestro Ministerio.

Del enterado de la presente circular, a la que dará la máxima publicidad, interesando su inserción en el *Boletín Oficial* de la provincia para conocimiento de sus subordinados y de cuantos deban aplicar la ley, se servirá darme cuenta por telégrafo y cuidará especialmente de que, cuando por las actuaciones en que intervenga, tenga noticia de hechos que con arreglo a los arts. 15, 16 y 17 de la ley, deban ser sancionados por las Autoridades sanitarias, se pongan en conocimiento de las mismas.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, a 5 de abril de 1941.—Blas Pérez González.

Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

CONSULTAS



CONSULTA NUM. 4.—1940

Excmo. Sr.:

Se ha recibido su consulta referente al auto de sobreseimiento dictado por el Tribunal Regional de Responsabilidades políticas, en denuncia que se le formuló, conforme a la ley de 9 de febrero de 1939.

De la exposición de antecedentes que hace V. E., aparece: Que un vecino de esa capital, denunció a otro ante aquel Tribunal, atribuyéndole ciertos hechos, principalmente el de haber sido nombrado Interventor de los candidatos del Frente Popular en las elecciones generales para Diputados a Cortes de febrero de 1936.

Tramitado el oportuno expediente, dicho Tribunal lo concluyó por auto de sobreseimiento en el que declaraba no haber lugar a deducir responsabilidad política contra el inculpado, mandaba elevarlo en consulta al Tribunal Nacional, y una vez fuera firme, que se remitiera testimonio de lo principal actuado, incluso de la resolución aprobatoria superior, al señor Fiscal de la Audiencia por si los hechos fuesen constitutivos de delito.

Esa Fiscalía, remitió esas diligencias al Juez instructor para la incoación del correspondiente sumario, que, aun cuando V. E. no lo dice, hay que suponer sería por el delito de denuncia falsa, ya que de los prescritos en la ley de 9 de febrero de 1939, sólo podía conocer, y ya lo había hecho, el Tribunal creado por ella.

En ese sumario, afirma V. E. que de la prueba practicada se infiere la excelente conducta social y política del denunciado, quedando por ello patente la falsedad de los hechos que se le imputaban.

Sentados estos precedentes, el nervio de su consulta estriba en primer término en que V. E. no reconoce al Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas, equivalencia con los Tribunales de la jurisdicción ordinaria para poder hacer la declaración de que unos hechos que le han sido denunciados sean falsos, a los efectos de su persecución y castigo, pues considera que ello sería tanto como invadir el ámbito reservado a otra potestad jurisdiccional; y en segundo término, porque no reconociéndose a dicho Tribunal Regional facultad para hacer esa declaración, ni para man-

dar proceder por el presunto delito de denuncia falsa, existe en este caso concreto, una laguna legal, porque el Código penal exige en el párrafo 2.º del art. 331 como requisito previo para que se pueda proceder contra el denunciante falso, una sentencia o auto firmes, dictado por el Tribunal que conoció del delito imputado, lo que exige a su vez una orden emanada de autoridad competente, cosa que aquí no se ha dado.

En el criterio sustentado por esa Fiscalía hay una evidente confusión.

El Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas, es un órgano de los establecidos por la ya citada ley de 9 de febrero de 1939. En esta, se definen ciertos delitos, se crean los Tribunales que los deben perseguir y castigar y se fijan las normas del procedimiento. Se trata, pues, de una ley penal especial de las a que se refiere el art. 7.º del vigente Código. Esa jurisdicción es independiente en absoluto de la ordinaria de lo criminal. Tiene cada una de ellas su órbita de acción propia, dentro de la cual es soberana. Por ello, el Tribunal Regional, en el caso que nos ocupa, ha hecho con absoluta, con plena competencia, la declaración de sobreseimiento por no encontrar definido en las averiguaciones practicadas, ningún delito de los que le están atribuidos por su ley especial. Pero acuerda también, que una vez su resolución sea firme, se remita un conjunto de lo actuado al Fiscal de la Audiencia, *por si los hechos fuesen constitutivos de delito.*

Subrayamos las palabras empleadas por el Tribunal, porque de ellas no puede deducirse en modo alguno que comprendan una declaración solemne, ni menos imperativa de que los hechos constituyen un delito. Se limita, con la debida corrección procesal, a formular la posibilidad de que lo constituyan. Pero como sabe que esa declaración es de la exclusiva competencia de otra jurisdicción, cuya esfera propia no puede invadir, se inhibe a favor de ella, sin ordenarle ni mandarle nada. Ni siquiera se comunica directamente con ella, sino que con entera discreción entrega su documentación, para que le dé el curso debido, al órgano de enlace entre la Administración general del Estado y los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, que es el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, en el supuesto planteado, ¿se dan los requisitos esenciales exigidos por el art. 331 del Código penal para poder establecer la existencia de un delito de denuncia falsa? Creemos que sí. Basta para convencerse, formar un paralelo entre los hechos dados y el contenido del artículo.

En una denuncia escrita se atribuyeron a determinada persona ciertos hechos, de los que uno principalmente (el del hecho segundo de la denuncia), de haberse realizado, constituiría el delito definido en el apartado letra f) del art. 4.º de la ley especial. Según ésta, ese delito y los demás que define, son de carácter

público y, por lo tanto, perseguibles de oficio. Su imputación se hizo formalmente ante el Tribunal que tenía competencia para conocer de él y castigarlo.

He aquí, pues, cumplidos todos y cada uno de los requisitos de esencia que dan vida a ese delito.

El otro requisito que establece el párrafo 2.º del mismo artículo 331, es de carácter meramente procesal y también está cumplido; toda vez que el Tribunal que conoció del delito imputado (el incluido en el articulado de la ley de Responsabilidades políticas), que no fué otro sino el Regional de Responsabilidades Políticas, único competente, dictó a su tiempo auto de sobreseimiento que ya es firme, porque no fué objeto de recurso y principalmente porque fué consentido por el Tribunal Nacional, órgano supremo de su jurisdicción.

Esa resolución firme es un todo equivalente a efectos procesales, a la que hubiera dictado el Tribunal correspondiente de la jurisdicción penal ordinaria si el delito imputado hubiese sido de su competencia.

Queda, pues, expedito el camino para proceder contra el denunciador en virtud de haber recaído ese auto de sobreseimiento firme dictado por la autoridad judicial, especial competente.

En el caso actual, el mandato del Tribunal prevenido en el párrafo 3.º del repetido artículo, no puede darse porque la jurisdicción especial que conoció del delito imputado no tiene competencia para conocer del de denuncia falsa, derivado de aquél. Y tampoco puede mandar proceder de oficio contra el denunciador, porque sería ordenar a un organismo ajeno a su jurisdicción. Pero esto no es requisito previo *sine qua nom* para que se proceda, pues se trata sólo de una obligación impuesta por el legislador al Tribunal que haya conocido del delito imputado, en el supuesto de que, perteneciendo ordenador y ordenado a la misma jurisdicción, tendría el primero autoridad para acordarlo así.

Lo que es inadmisibile es que dándose en principio todos los elementos penales y procesales necesarios para que se proceda contra el autor de ese delito de denuncia falsa, no se ejercite la acción correspondiente ni se tramite el sumario por estimar que falta una condición reglamentaria que en rigor de derecho está ya cumplida, pues hay que armonizar el juego sucesivo de las dos jurisdicciones actuantes, que se completan haciendo cada una a su debido tiempo las declaraciones esenciales exigidas por la ley.

Así, la especial de Responsabilidades políticas declara que en los hechos imputados al denunciado no hay lugar a establecer sanciones de carácter político contra aquél de las definidas en su ley reguladora. Esta declaración trae consigo la posibilidad de que la denuncia fuera falsa y entra entonces en juego la segunda jurisdicción, que es la penal ordinaria, porque el delito que puede

haber cometido el denunciante es uno definido en el Código penal común.

También de lo actuado resalta que el momento en que esa Fiscalía debió estudiar los problemas derivados del caso y elevar la consulta, fué aquel en que recibió la documentación de manos del Tribunal Regional.

En la actualidad, en ese sumario cuya incoación promovió V. E., lo procedente es formular querrela por el repetido delito de denuncia falsa.

Sírvase V. E. acusar recibo de la presente y dar cuenta de la tramitación y resultado del sumario.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 16 de julio de 1940.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia de

CONSULTA NUM. 5.—1940

Ilmo. Sr.:

Evacuando la consulta formulada por V. I. con relación al expediente de declaración de herederos abintestato de D. Francisco Arribas, promovido por su viuda D.^a Josefa Jiménez, tengo a bien comunicarle lo siguiente:

Resulta de los antecedentes suministrados por V. I. que don Francisco Arribas otorgó testamento, abierto en 18 de octubre de 1893, instituyendo herederos voluntarios, y después, habiéndose casado con D.^a Josefa Jiménez Hernández, tuvo dos hijos, nacidos en 1906 y 1910, respectivamente; que en 1.^o de abril de 1920 falleció el testador y que ahora, en 1940, su viuda ha promovido en el Juzgado de Primera instancia de esa capital expediente de declaración de herederos abintestato a favor de sus hijos.

Al ser requerido V. I. para emitir el dictamen a que se refiere el art. 980 de la ley procesal civil, ha sentido la duda de si en ese expediente se puede llegar a hacer la declaración solicitada prescindiendo de las disposiciones testamentarias de 1893, dándolas por no existentes, o si, por el contrario, será preciso, sobreseyendo en aquél, conseguir una declaración de nulidad de tales disposiciones institucionales en el correspondiente juicio contradictorio.

De los antecedentes que quedan expuestos, no cabe deducir que el testamento de 1893 adolezca de vicio alguno que invalide su eficacia y mucho menos que se le pueda suponer inexistente.

Dentro de un riguroso tecnicismo, no cabría hablar de prete-

rición si conforme a su estricto significado preterición vale tanto como omisión de aquello que es esencial no omitir porque existe en el momento de disponer. No obstante, es indudable que si bien el supuesto consultado por V. I. —hijos nacidos con posterioridad a haberse otorgado el testamento y antes de muerto el testador— no está expresamente consignado en el art. 814, esta norma es aplicable al caso por comprenderlo implícitamente, ya que no hay razón natural ni jurídica que a tal extensión pueda oponerse, y en este sentido viene siendo práctica común el calificar dicho acontecimiento de preterición.

Si existe, pues, un testamento de las condiciones y circunstancias expuestas, sería un contrasentido que la viuda del testador obtuviera satisfacción a sus deseos por medio de un trámite tan inoportuno como el de un expediente de herederos abintestato, simple, sumario, sin contención y con desconocimiento neto de aquel testamento que, repetimos, sigue hasta el presente en plena eficacia jurídica.

En atención a lo expuesto, y acompañado por la opinión más sobresaliente de nuestros comentaristas y por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección general de los Registros y del Notariado, de la que son expresión destacada la sentencia de 17 de octubre de 1902 y la resolución de 30 de junio de 1910, puede V. I. solicitar que el referido expediente sea sobreseído en aplicación del art. 981 de la citada ley rituaría, a fin de que los interesados ventilen sus derechos en el juicio correspondiente, en cuyo momento también, con verdadera oportunidad procesal, puede ventilarse el problema de prescripción que V. I. tan discretamente apunta en su consulta.

Del recibo de la presente y de la resolución que recaiga sírvase darme cuenta a su tiempo.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 26 de septiembre de 1940.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia de

CONSULTA NUM. 1.—1941

Excmo. Sr.:

El Fiscal que suscribe tiene el honor de elevar a V. E. la siguiente consulta:

En esta Fiscalía tuvo entrada en trámite de instrucción un sumario encaminado al esclarecimiento del siguiente hecho: Dos personas tienen constituido en un Banco de esta capital un depósito de valores por un total de 25.000 pesetas, una de ellas en

concepto de nudo propietario y la otra en el de usufructuario, usufructo constituido desde hace varios años. El nudo propietario manifiesta a la usufructuaria la necesidad de levantar el depósito para invertir el capital, como ya había hecho en ocasiones anteriores, en otros valores más productivos, con los que se constituirá nuevo depósito a sus respectivos nombres como nudo propietario y usufructuario. Por el proponente se escogen las circunstancias de lugar y tiempo más propicias para llevar al ánimo de la usufructuaria la convicción de que la firma del documento que la presentaba no tenía otra finalidad que la ventajosa propuesta y ésta, en la creencia de que firma un documento para el indicado fin, lo hace al pie de un escrito que contiene pura y simplemente la renuncia a su derecho, engaño que fué posible consumir por la circunstancia de que la firmante no sabe leer ni escribir y sí solamente dibujar su firma. El nudo propietario, al ver así extinguido el usufructo, cancela el depósito y constituye otro a su nombre exclusivamente, y ya muy avanzado el sumario, y ante la evidencia del hecho que no puede negar, vuelve a constituir nuevamente el depósito en la misma forma que antes estaba. La renunciante se enteró de tal renuncia, cuando confiadamente se presenta a los pocos días de haber firmado el documento en la entidad bancaria para cobrar los intereses, y se la hace saber que sobre los futuros no tiene derecho por haber renunciado a su derecho de usufructo.

El delito de estafa en todos sus elementos aparece claramente dibujado y la duda que se presenta a esta Fiscalía estriba en cuanto al procedimiento para determinar concretamente la defraudación, el perjuicio patrimonial. Es evidente que la usufructuaria, merced al engaño del procesado, renunció a su derecho, quedando éste extinguido, y, por consiguiente, dicho perjuicio será el contenido económico del mismo. Pero ¿cómo determinar dicho contenido? ¿Acudiendo al art. 489, núm. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, multiplicando por 10 los intereses anuales del capital sobre el que recae el usufructo? ¿Acudiendo a las escalas de capitalización, que legalmente aprobadas por el Estado toman en consideración las Compañías aseguradoras, atendiendo al cálculo de probabilidades dada la edad del asegurado y demás circunstancias?

En opinión del que suscribe, la norma a aplicar sería la establecida en la ley de Enjuiciamiento civil, cuyos preceptos de orden público están inspirados en un interés objetivo y no sujetos a las variaciones que en el segundo caso se pueden dar bien en interés de las Compañías aseguradoras o, en su caso, de los asegurados.

No obstante, V. E., con su superior criterio, resolverá como siempre lo más acertado.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Supremo.—Madrid.

Ilmo. Sr.:

En contestación a la consulta que formula V. I. en 11 del actual, me complazco en significarle mi satisfacción por el acabado estudio que de la cuestión planteada ha hecho; y conforme en un todo con la solución que V. I. propone, estimo que la defraudación o perjuicio patrimonial que como consecuencia del delito de estafa perpetrado ha sufrido la víctima, debe fijarse con arreglo al núm. 2.º del art. 489 de la ley de Enjuiciamiento civil, o sea multiplicando por 10 los intereses anuales del capital sobre el que recae el usufructo, ya que el propósito que animaba al agente al cometer el delito, y que consumó, se refería a la extinción lograda de dicho derecho constituido a favor del perjudicado.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 21 de enero de 1941.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia de

CONSULTA NUM. 2

Excmo. Señor:

Se ha recibido en esta Fiscalía la consulta elevada por V. E. en relación a las diversas cuestiones que plantea la sucesión de los hermanos D. Antonio y D. Mariano Salvador Buil.

De la exposición que hace V. E. en sus dos comunicaciones, resulta, en cuanto a hechos:

1.º Que D. Antonio Salvador Buil, soltero, mayor de edad, desapareció de la cárcel de San Antón, de Madrid, el 30 de noviembre de 1936, sin que se hayan tenido nuevas noticias del mismo y sin haber otorgado testamento, habiéndose inscrito la desaparición al amparo del Decreto de 8 de noviembre de 1936 en el Registro civil de Zaragoza y también en el Registro civil del Juzgado núm. 4 de Madrid en 22 de abril de 1940. Figura el don Antonio como vecino en el padrón del pueblo de Castejón de Monnegros, partido judicial de Sariñena (Huesca), y en la certificación expedida por el Juzgado municipal núm. 4 de Madrid, que se tiene a la vista, se hace constar que tenía su domicilio en Madrid, en el Hotel Bristol, Av. de José Antonio, 18, y que era natural

de Arnés (Tarragona), como asimismo que, a los efectos de la Orden ministerial de 26 de julio de 1940, se hace constar, después de haberse comprobado, por la información practicada, que el desaparecido era persona afecta al Movimiento Nacional.

2.º Que D. Mariano Salvador Buil, hermano del anterior, soltero, nacido en 1896 en Castejón de Monegros,, partido judicial de Sariñena (Huesca), desapareció en el pueblo de Arnés (Tarragona) en los primeros días de diciembre de 1936, inscribiéndose la desaparición en el Registro civil de Tortosa, haciéndose constar, como en el anterior, que era persona afecta al Movimiento Nacional. De esta inscripción se ha llevado al expediente de declaración de herederos una certificación (folio 8) que, en relación al desaparecido, expresa «domicilio accidental en Arnés» y en otra (folio 108) está tachada la palabra impresa «domiciliado» y escrito a mano «vecino de ésta». Había otorgado testamento ante el notario de Gandesa D. Pascual Girón en 19 de julio de 1934, pero, según la certificación del Notario archivero, el protocolo fué totalmente destruído por los rojos y, según el expediente de reconstrucción, de tal testamento no hay dato alguno.

3.º Ambos hermanos eran dueños de una fortuna que se calcula en siete millones de pesetas, consistente en valores de diferentes clases, cuentas corrientes en varios Bancos, fincas rústicas y urbanas radicantes en partidos judiciales distintos y se cree que algunos valores en el extranjero, sin que conste la procedencia de los dichos bienes. El padre de ambos era natural de Cataluña y la madre de Aragón y no consta documentalmente cuál fuera el domicilio conyugal, si bien expresa una certificación del Alcalde de Castejón de Monegros que en aquel pueblo no residieron habitualmente. En la ampliación de la consulta se dice que los padres de los causantes «casaron en Castejón de Monegros, donde tenían y tienen casa», si bien poco después añade al expresar que los hijos tenían su domicilio en Castejón: «no es fácil saber de dónde procedían fijamente, es de suponer que de Arnés, donde vivieron sus padres».

Con los antecedentes expuestos se promueven en la consulta las siguientes cuestiones, prescindiendo de la de competencia por estar ya resuelta judicialmente:

A) *Conmoriencia de los dos hermanos.*—Pretenden algunos de los interesados suscitar la aplicación del art. 33 del Código civil, bajo el supuesto de desconocerse el momento de la muerte de ambos causantes, de donde pretende deducir que se presumen muertos al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro.

Con este problema se enlaza otro, también consultado, o sea el de los efectos de la inscripción de desaparición. De acuerdo con la opinión de V. E., puede afirmarse que las inscripciones de re-

ferencia, cumplida la condición de la Orden de 26 de julio de 1939, tienen los efectos normales de la inscripción de defunción, mientras no se impugnen judicialmente. Mientras tanto, las inscripciones surten los efectos dichos, debiéndose estar a lo que de ellas resulta, especialmente en cuanto a la data del hecho inscrito. Y como, según las inscripciones, hay la diferencia de uno o más días entre las fechas de las desapariciones, equiparadas a la de defunción a estos efectos, no puede ofrecer duda que hubo transmisión, si realmente había derecho a suceder abintestato.

B) *Sobre retroacción de la Orden de 26 de julio de 1939.*— También consulta y afirma V. E. la retroacción de la Orden citada para deducir que pueden heredar ciertas parientas de los causantes, fallecidas después de la desaparición de éstos y antes de la publicación de la Orden de 26 de julio de 1939, que confiere a las inscripciones de desaparición los efectos antes enunciados.

Si se tratase de retroacción del precepto, habría que negarla, por no estar prescrita en el mismo, pero se trata simplemente de designar herederos a quienes legalmente correspondiera en el momento en que la sucesión se defiere, que es el de la muerte, siendo indiferente que la inscripción de defunción se haya producido en fecha más o menos remota. Al no estar impugnadas las inscripciones de desaparición, producen los efectos normales de las de defunción, retrotraídos, no a las fechas de los expedientes que motivaron las inscripciones de desaparición, sino a la desaparición misma, que equivale a muerte de los causantes, para la apertura de las sucesiones y transmisión de los derechos a ellas.

C) *Orden de suceder.*—La sucesión intestada en Aragón tiene como fuente el apéndice foral, en lo que el mismo no remite al régimen común. Pero para determinar la aplicabilidad del apéndice, se debe considerar previamente si los finados eran aragoneses.

En la legislación aragonesa, especialmente en el *Actus Curiae* de 1461, se enumeraba qué personas tenían la condición de aragoneses; en la reducción que del fuero citado hace el jurista aragonés Sr. Isabal, se tiene por aragoneses «a los hijos de padres aragoneses nacidos en Aragón, a los nacidos fuera de Aragón, hallándose ausente del territorio aragonés el padre, si éste volviera con los hijos y su familia; los mismos si, muerto el padre, se trasladasen a Aragón con sus familias».

El apéndice foral, que deroga la legislación anterior, omite esa especificación, estimada actualmente innecesaria, por ser de aplicación general el art. 15 del Código civil, según el cual, por el principio de reciprocidad establecido en su último párrafo, siguen considerándose aragoneses las mismas personas en quienes concurren las circunstancias dichas y las que, procediendo de territorio de distinta legislación civil (debe hacerse notar que hay sobre esto una interpretación restringida que comprende en la regla sólo

a los procedentes de otro territorio de legislación foral, no a los que procedan de territorio de derecho común), hayan ganado vecindad por la residencia habitual y continuada de diez años, o de dos, si hay expresa manifestación de voluntad que haya causado inscripción en el libro de «Ciudadanía y de vecindad civil» del Registro correspondiente.

De los antecedentes al principio expuesto, resulta que el padre de ambos causantes era catalán y no dejó de serlo, atrayendo a su condición a la esposa, presunta aragonesa, por el hecho del matrimonio, conforme al art. 15 del Código.

El mayor de los hijos, D. Antonio, nació en Cataluña, luego ni por el *jus sanguinis* ni por el *jus soli* puede presumírsele originariamente aragonés. D. Mariano nació en Aragón, y como, según la regla dicha, sigue la condición del padre, para que se le pudiera reputar aragonés por el *jus soli*, se requeriría que, su padre catalán, durante la menor edad del hijo o éste durante el primer año de su mayor edad o emancipación, hubieran manifestado su voluntad de optar por la legislación de la provincia de naturaleza. Como esta manifestación no se ha hecho, tampoco a don Mariano se le puede considerar aragonés por ese motivo.

Para considerar a los hermanos citados aragoneses, debería demostrarse que su padre, antes de que ellos nacieran, había ganado vecindad en Aragón, hecho que no sólo no está demostrado, sino expresamente contradicho por el Alcalde de Castejón de Monegros en la certificación que se tiene a la vista, expresiva de que no residía habitualmente en el pueblo, y por lo afirmado en la ampliación de la consulta sobre que vivía en Arnés (Tarragona).

Queda la posibilidad de que los causantes, nacidos en territorios forales, hubieran ganado vecindad en Aragón por la residencia habitual y continuada de diez o dos años, pero tampoco está acreditada. En cambio, cabe negar la vecindad, por cuanto, desaparecidos fuera de Aragón, los expedientes para inscribir las respectivas desapariciones se tramitaron, la del uno en Madrid y en Tortosa la del otro, dando indicios de haber tenido en estos lugares sus respectivos domicilios, puesto que el Decreto de 8 de noviembre de 1936 prescribe que se practique la inscripción en el lugar del último domicilio. Ciertamente la desaparición de don Antonio Salvador se inscribió también en Zaragoza, sin que conste el motivo.

La prueba de la vecindad se reduce, por ahora, a la certificación antes expresada de la Alcaldía de Castejón de Monegros, en la que expresa que por la destrucción del archivo en la época roja, sólo constan antecedentes de que D. Antonio y D. Mariano figuraban en el padrón municipal de 31 de diciembre de 1935 y en el de cédulas personales del mismo año, si bien se puede afir-

mar por informes particulares que estaban inscritos en el padrón de cédulas desde hace más de diez años.

La afirmación que se funda en informes particulares carece de valor, pero además, como la certificación está expedida en este año de 1941, no acreditaría tampoco que llevasen más de diez años inscrito en el padrón de cédulas en el año 1936, en que desaparecieron.

No pudieron ganar la vecindad por dos años de residencia por no figurar inscritos en el libro de «Ciudadanía y vecindad civil» del Registro, según certificación aportada.

Síguese que no se descubre motivo para considerar a los hermanos, tantas veces nombrados, sujetos a la legislación foral aragonesa. Pero si, contra esta hipótesis, en el procedimiento resultase probado que efectivamente se trata de aragoneses, habría de aplicarse a su sucesión la legislación contenida en el apéndice foral.

Por lo dicho anteriormente, rechazada la conmorienca, hay dos distintas sucesiones:

A) *Herencia de D. Antonio*.—Falleció sin descendientes, desconociéndose la procedencia de sus bienes y, por tanto, si los adquirió conforme al derecho foral aragonés, con o sin condición de reversión o llamamiento a título de herencia, legado o donación que provengan de ascendientes o parientes dentro del sexto grado, o si los adquirió de parientes más lejanos, de extraños o granjeados por el causante.

Por desconocerse la procedencia, es evidente, según el art. 40 del apéndice, que procede aplicar la legislación común. Si en el procedimiento se acredita procedencia de padres o parientes aragoneses dentro del sexto grado, habrá que aplicar la regla 1.^a del art. 39, según la cual, su único hermano D. Mariano, que le sobrevivió, recibirá los bienes de aquella procedencia en su totalidad si no hay recobros que deducir. Ninguna otra regla foral prescribe reversión de estos bienes ni aun en el caso de que el heredero, a su vez, fallezca sin descendencia e intestado.

B) *Herencia de D. Mariano*.—La constituyen el patrimonio heredado de su hermano y el que antes tuviera, cuya procedencia también se desconoce. En cuanto a su patrimonio propio, por no tener descendientes ni hermanos procederá aplicar la regla 3.^a del citado art. 39 (en la hipótesis de que llegue a conocerse la procedencia de sus bienes de ascendientes o parientes próximos aragoneses, pues si no, procederá aplicar la legislación común, como antes se ha dicho, por el art. 40), buscando la procedencia de los bienes para llamar a los parientes de la línea de donde procedan, teniendo en cuenta, según la regla 4.^a, la última transmisión. En cuanto a los que hubo de su hermano, por virtud de la misma regla 4.^a, estarán llamados a suceder los mismos parientes en aten-

ción a la última transmisión, o sea a la herencia de D. Antonio, sin alejarse más en busca de troncalidad.

Abonan esta interpretación restrictiva: 1.º La consideración de que el apéndice representa un criterio de transacción entre los principios, fuertemente troncalistas, que informaron la antigua legislación y la doctrina de asimilación absoluta de la sucesión intestada en Aragón a la legislación común, estatuida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, por aplicación de la ley de Mostrencos. 2.º Que esta limitación del principio de troncalidad no es nueva en el apéndice, sino que está recogida de la doctrina de antiguos fueristas (Vid. la cita en B. Gutiérrez: *Estudios fundamentales*, 7.º, 431), que proscriben la investigación del primitivo origen de los bienes, reputando pariente más cercano para suceder al del grado más próximo a la persona de quien el difunto inmediatamente los hubo.

Queda otro extremo subalterno en la consulta, que es el referente a la oportunidad de solicitar el nombramiento de un Administrador judicial en atención, según expresa, a la gran cuantía del caudal relicto y a la participación que al Estado habrá de corresponder, conforme al grado de parentesco de los presuntos herederos.

No tratándose de prevención de abintestato, que resultaría improcedente, por la presencia de parientes dentro del tercer grado, entre otros motivos, no puede privarse de la administración al pariente presunto heredero en cuyo poder se encuentran los bienes mientras no se entre en el juicio correspondiente y lo solicite parte legítima.

Tal previsión no incumbe al Fiscal en razón de defensa de derechos del Estado, que no tiene otros que el presunto cuantioso importe de los derechos que gravan la transmisión, para cuya liquidación y exacción tiene el Estado prescritas las normas de investigación que el liquidador pondrá en juego en el momento oportuno.

Las precedentes consideraciones deberán ser tenidas en cuenta por esa Fiscalía, en cuanto pueda afectar a su actuación, y deberá hacerse cargo de las anomalías señaladas en la consulta y su ampliación, o sea de la duplicidad de la inscripción de desaparición de D. Antonio Salvador Buil, en dos Registros diferentes, con el fin de promover el procedimiento adecuado hasta obtener la anulación de la inscripción practicada en Registro incompetente y las alteraciones que ha advertido en las certificaciones de la inscripción de desaparición de D. Mariano Salvador, también para restablecer la verdad del documento y proceder en consecuencia, si resultasen elementos para estimar la comisión de un delito de falsificación en documento público.

Sírvase V. E. acusar recibo de la presente y dar cuenta del re-

sultado de las principales actuaciones que se sucedan, en las que deberá continuar interviniendo esa Fiscalía aunque la competencia sea del Juzgado de primera instancia de Sariñena.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 30 de agosto de 1941.—*Blas Pérez González.*

Excmo Sr. Fiscal de la Audiencia territorial de Zaragoza.

CONSULTA NUM. 3.—1941

Excmo. Sr.:

Se ha servido V. E. elevar en consulta un expediente instado por dos de los cuatro albaceas mancomunados del señor....., en súplica de que se conceda aprobación judicial a una escritura que contiene la repudiación a la herencia de éste, hecha por la madre de una menor nieta del testador y por él preterida en su testamento ológrafo, cuya señora, por permanecer viuda, tiene el ejercicio de la patria potestad sobre su hija.

La relación de hechos que sirve de antecedente a la consulta es, en síntesis, como sigue:

Don Z. murió el 30 de julio de 1940, bajo testamento ológrafo, fechado el 24 de febrero de 1937, y que protocolizó un Notario de Madrid, según acta autorizada el 28 de octubre último.

En el testamento, después de nombrar albaceas, hace preterición expresa de su nieta y al parecer única heredera forzosa, la menor, en cláusula que copiada dice así: «Ante todo digo, por si les extrañara, que dejo de mencionar a mi nieta es porque ésta murió para mí el ... de julio, cuando renegó de su padre y de mí marchándose con su desdichada madre.»

El resto de las cláusulas testamentarias están destinadas a ordenar el sitio de la sepultura, diversos legados, declaraciones sobre bienes y deudas, reclamaciones pendientes y localización de algunos objetos de su propiedad.

Consta en el expediente, que con fecha 14 de enero del año en curso, el Procurador don P., en representación de dos de los albaceas y en virtud de apoderamiento especial según dice, otorgado a favor de dichos albaceas por la madre viuda de la menor, comparece ante el Juzgado, exponiendo que si bien sabe que el Código civil no exige la aprobación judicial para las repudiaciones de herencia hechas por la madre como representante legal de su hija menor de edad, quiere cumplir esta formalidad por razones particulares.

Dada vista del expediente al señor Fiscal de, esta Auto-

ridad eleva informe-consulta al Fiscal que suscribe, señalando las dudas que se le ofrecen en la resolución a adoptar.

En el informe se entiende:

a) Que no se ha debido admitir a trámite el escrito inicial porque se pide a nombre de la madre por los dos albaceas, contraviniendo lo dispuesto en el art. 4.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y además a los señores albaceas les representa el Procurador señor con un poder insuficiente a todas luces, y añade que para tramitar este expediente era necesario que lo hubiera instado la propia madre de la menor por sí o por medio de Procurador legalmente habilitado, pero no como se hace por el de dos señores que no lo son y que, por consiguiente, no pueden ni directamente ni sustituyendo el poder representarla en juicio.

b) Que en cuanto a la cuestión de fondo, opina el Fiscal que en contra de lo que se dice por los solicitantes, el acto realizado por la madre de la menor necesita de la aprobación, ya que, sea cualquiera la denominación que aquéllos le asignan, en realidad es una transacción; pues es a cambio del reconocimiento de la propiedad de determinados bienes a favor de la menor, por lo que su madre renuncia al ejercicio de la acción que le compete con arreglo al art. 814 del Código civil para pedir la reducción de los legados por inoficiosos, y esta transacción necesita de la aprobación judicial por imperio del 1.810 del mismo Cuerpo legal y porque en el caso de entenderse que sin transacción se había repudiado la herencia —y lo que en realidad se hubiese hecho sería renunciar al ejercicio de la dicha acción del art. 814—, esa repudiación o renuncia no es válida sin la aprobación judicial. Apoya esta última afirmación el señor Fiscal en que «si bien es cierto que no hay ningún precepto en el Código exigiendo repetida aprobación, no lo es menos que dentro de su economía y tendencia general está implícita esa exigencia; nunca, dice, permite la ley disponer a los padres de los bienes de los hijos sin que las enajenaciones se aprueben por el Juez; paralelas van las garantías que se exigen para disponer de bienes de los menores sujetos a tutela; para los primeros se exige siempre aprobación judicial, para los segundos la autorización del consejo de familia; respecto a éstos, continúa, el Código más casuístico, desciende al detalle y hace mención expresa de la repudiación de la herencia en el artículo 992 en relación con el 269, pero respecto de aquéllos no se desciende al detalle, porque en realidad no es necesario dada la teoría general de que para disponer de los bienes del menor necesita el que ejerce la patria potestad tener autorización judicial (art. 164 del Código civil). Completan las disposiciones del Código, sigue, las de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en lo que no se opone a aquél, que expresamente se refiere a bienes de to-

das clases en su art. 2.011, ampliando los preceptos del Código que sólo hace mención de los bienes inmuebles».

Y, por último, se extiende el consultante en una serie de consideraciones para concluir que los elementos de prueba aportados son insuficientes para formar juicio acerca de si la repudiación de la herencia, cuya aprobación se solicita, es o no útil y conveniente al interés de la menor.

Con posterioridad a la fecha en que fué elevada esta consulta, el mismo Procurador, en escrito de 8 de los corrientes, se dirige de nuevo al Juzgado acompañando testimonio notarial de activo y pasivo de la testamentaria, con lo que, dice, queda acreditado que éste es superior a aquél, y ofrece la ratificación de la madre, así como también la de los señores albaceas. Dada cuenta al señor Fiscal del nuevo escrito y documentos, éste lo comunica al Fiscal que suscribe, informando que, al ofrecerse las rectificaciones indicadas y si a ello se une la comparecencia y ratificación de la menor, que por ser mayor de catorce años debe comparecer ante el Juzgado, queda solucionada la falta de personalidad advertida en el proyecto de dictamen elevado anteriormente a esta Fiscalía del Tribunal Supremo, y en este trance se

CONSULTA

1.º ¿Es o no precisa la aprobación judicial para que tenga validez la renuncia hecha por la madre de la menor en cuanto a la herencia que puede corresponder a la misma por muerte de su abuelo?

2.º ¿Se trata en realidad de una renuncia o de una transacción con respecto a los bienes de la referida menor?

CONTESTACIÓN

Cómodo sería y acaso también conveniente, al fin práctico de resolución de lo que en concreto se consulta, alterar el orden de las dos cuestiones planteadas, y con ello eludiríamos definirnos sobre la primera, pero preferible es respetar el establecido por el Fiscal para que quede aquí constancia de nuestro pensar en materia tan discutida. X

Para decidir si la madre y representante legal de su hija menor puede renunciar con plena eficacia jurídica a la herencia a que ésta es llamada o a la que puede corresponderla o, si por el contrario, necesita para conseguir esa eficacia de la aprobación judicial, es prudente analizar y sopesar las razones y fundamentos que del supuesto hacen cuestión.

Tres son los argumentos que en apoyo del segundo aduce el consultante, para de ellos deducir que la economía y tendencia de nuestro Código reclaman aquella aprobación, a saber: el artículo 164, que prohíbe a los padres enajenar bienes inmuebles de sus hijos si no es por causa de utilidad o necesidad justificada y previa la autorización del Juez (con audiencia del Ministerio público); el 922, relacionado con el 269 en cuanto la aprobación del consejo de familia, es esencial para la validez de la repudiación y que, aunque no concretada la necesidad de la autorización judicial, cuando esa repudiación es hecha por los padres del menor, es porque ella es proclamada por el espíritu del Código, y, por último el 2.011 de la ley Procesal civil, que extiende a toda clase de bienes la necesidad de la aprobación judicial para su enajenación si ellos pertenecen a menores.

Frente a estas consideraciones, vamos a exponer las en que se basa nuestra creencia de que en el caso consultado, al igual que en todos aquellos en que los padres repudian herencia correspondiente a su hijo menor cuando con éste no media interés opuesto, no se precisa la intervención del Juez. X

Y para ello, y bien sentado que, como se reconoce en la propia consulta, el Código no exige expresamente esa aprobación, investigaremos en nuestro Derecho histórico; hemos de contestar si en el positivo actual está prevenida tácitamente dicha formalidad como esencial, y después examinaremos los antecedentes jurisprudenciales que sobre la cuestión existen.

Y como premisa obligada que sirva de precedente al estudio de la antigua y de la actual legislación, estableceremos estos principios:

a) Que la autoridad de los padres, ni por ley y mucho menos por naturaleza, puede ser inferior a la de la institución casi familiar ni a aquéllos pueden negarse las atribuciones y prerrogativas que ésta tenga sobre el tutelado mientras conserven sobre sus hijos patria potestad, porqué en obligado paralelismo el consejo de familia no es sino una institución que el legislador crea cuando aquélla falta para ayuda y defensa del menor privado del amparo de sus progenitores, es decir, que en doctrina pura el padre debe tener por lo menos los mismos derechos que del consejo se prediquen sobre la persona y bienes del menor, siempre que la ley, por especiales razones, no se los niegue, como no se los niega para repudiar o aceptar herencias.

b) Que tan perjudicial puede ser para el menor repudiar una herencia como aceptarla cuando las obligaciones que de la aceptación nazcan, supongan o impliquen gravámenes y cargas que moral o patrimonialmente sean superiores a los bienes o derechos que por ella se adquieran, si es que tal aceptación no se hace a beneficio de inventario, a lo que ningún precepto legal obliga.

En lo que atañe al derecho viejo, niega la necesidad de la aprobación del Juez la ley 13, título VI de la Partida VI, según la que era facultad del padre aceptar la herencia que pudiera corresponder a sus hijos menores y al no prohibir que tenga la misma autorización para repudiarla, implícitamente le concedía el derecho a hacerlo, ya que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1906, en el sentido de esta ley, la intervención atribuida al padre no es otorgada meramente para completar la capacidad del menor, sino para que aquél pueda apreciar la conveniencia de aceptar o repudiar la herencia. Tampoco el proyecto de 1851 la pedía, porque en contra de la opinión, siempre respetable, del Sr. García Goyana, ni el apartado 2.º del art. 824 en la relación que guardaba con el párrafo 2.º del 244 la reclama, ya que aquél, aunque se refería a los sujetos a la patria potestad, tutela o curaduría, el segundo únicamente alude a la necesidad para el tutor de recabar la autorización del consejo de familia para repudiar la herencia del tutelado, pero no se cita al sujeto a patria potestad, pues claro es que no existiendo sobre el padre, y en consecuencia con él, consejo familiar, sería absurdo suponer que tuviera que pedir la autorización a organismo inexistente. Y esta misma opinión abona el proyecto de 1882 por su silencio y también la base XVIII de las incluídas en la ley de 11 de mayo de 1888. Luego, en nuestro derecho tradicional —sin hacer otras citas por carecer de oportunidad—, no se exigía a los padres licencia judicial para repudiar la herencia de su hijo menor.

Por lo que hace al vigente, obsérvese que, efectivamente, el art. 164 del Código civil, en similitud a lo que ya antes mandaba el 2.011 de la ley Procesal, sienta el principio de que los padres necesitan la previa autorización del Juez para enajenar bienes de sus hijos menores, pero este argumento, al parecer de gran fuerza y casi decisivo, deja de serlo si se nota, como debe, que repudiar o renunciar una herencia no es enajenar los derechos o bienes que la integran. Veamos sus diferencias. La renuncia es la dejación, el abandono de un derecho por su titular sin intención de transmitirlo a otro, y la enajenación supone esa intención traslativa; el que enajena, transmite bien al que lo adquiere, y el que renuncia, abdica meramente el derecho, sin que este derecho, por el sólo acto de renuncia, vaya a engrosar el patrimonio de otra persona determinada, sino que el derecho renunciado realmente se extingue y muere, y es por eso por lo que no se comprende ni se explica la renuncia traslativa que, por su propia esencia, es solamente abdicativa. Otra diferencia sustancial radica en que la renuncia es acto unilateral, es declaración de voluntad que no pide ni reclama concurrencia de otro consentimiento ni exige aceptación de otra persona, al contrario de lo que con la enajenación sucede. Y, por último, la enajenación supone posesión, dominio sobre el

bien cuya propiedad se transmite, y no así la repudiación —que es la renuncia a una sucesión—, en la que el derecho no ha sido adquirido aun al repudiar, porque precisamente lo que se hace al repudiar es negarse a adquirir o rechazar el derecho ofrecido. Luego si no son idénticos ni siquiera jurídicamente análogos los conceptos estudiados, el art. 164 del Código civil, como el 2.011 de la ley de Ritos, no son exactamente aplicables al caso que estudiamos.

Cierto es que el art. 992 impone al que acepte o renuncie la herencia que tenga la libre disposición de sus bienes, pero en manera alguna puede admitirse la interpretación según la que, como el padre no goza de la disposición libre de los que pertenecen a su hijo menor, no puede repudiar lo que a éste corresponda. Pero es que entonces sería forzoso suprimir el núm. 10 del art. 269 y el párrafo 2.º del 992, porque nadie osaría afirmar que el tutor asistido del consejo de familia tiene la libre disposición de los bienes del menor y, sin embargo, aquél, con la autorización de éste, y por expresa disposición de esos artículos, puede aceptar y repudiar la herencia del pupilo, sin que para ello tenga que intervenir la autoridad judicial. Y eso que al consejo se le otorga no debe, no puede, sin incurrir en absurdo, serle negado al padre, precisamente por lo que al principio de este apartado de la consulta decíamos. No es ese el nudo de la dificultad: la renuncia de la herencia no supone acto de disposición de un bien singular, sino el de aceptar o no una universalidad de derechos y obligaciones que transmite otra y que no se extinguieron con su muerte. La ley, al pedir aquello, se refiere a que los que no tengan la libre disposición a que se alude, o sea los que no gozan de la plenitud de sus derechos civiles, no podrán por sí mismo repudiar ni aceptar, pero evidentemente han de poder realizarlo por los organismos tutelares si en tutela están o por sus padres, los menores sometidos a patria potestad.

Y como resumen de lo dicho sobre este punto de la consulta, insistimos en recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1906, que, aunque con invocación y aplicando el derecho anterior, es compendio de nuestra doctrina tradicional, no modificada por el Código, y señalamos además, como dignas de estudio, las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 13 de julio de 1911 y 25 de agosto de 1925, que resuelven casos como el aquí planteado y que aunque no son fuente de derecho, por la autoridad y sabia competencia del Centro que las dictara, es su doctrina seguro juicio digno de respeto y seguimiento.

Alguien pensará que en derecho puro y en segura garantía de los derechos del menor, debía en todo caso exigirse la de la autoridad judicial, que con su ponderación, ecuanimidad y alteza de intención buscara y consiguiera siempre lo más beneficioso, pero

no menos es de considerar que no es prudente, en la generalidad de los casos, y sobre todo cuando el menor por fortuna conserva a sus padres mezclar en la institución familiar autoridades que desvirtúen el carácter íntimo del hogar que se alienta y se mantiene al calor del amor y del cuidado de aquéllos y del respeto y veneración de los hijos.

Por lo apuntado y como compendio del estudio de nuestros ordenamientos jurídicos remotos y actuales, concluimos opinando que, en principio, la madre de la menor del caso no necesitaría aprobación judicial para repudiar la herencia que pudiera corresponder a su hija y en ley por ella representada en la sucesión del abuelo.

Analicemos ahora el punto segundo consultado:

Se concreta a determinar si el acto realizado al renunciar dicha señora la herencia de su hija menor es, en sentido jurídico, una repudiación o más bien integra una transacción.

Como antecedente único figura: la escritura pública, otorgada en Madrid el 9 de enero pasado ante Notario, en la que dicha señora, como madre y representante legal de su ya citada hija menor, después de exponer los antecedentes que coinciden en sustancia con lo dicho, al principio de esta consulta, dice: «que la compareciente, como legal representante de su menor hija y heredera forzosa, ha conseguido de los albaceas del causante el reconocimiento de ser propiedad de la menor determinados bienes que aparecían indebidamente en manos del abuelo, logrando con la reivindicación de los mismos la defensa a que está obligada de los intereses de su citada hija. Que una vez obtenido este resultado y examinada la situación del activo y pasivo de herencia quedada al fallecimiento del abuelo, ante la realidad de existir como único bien una finca de recreo en término de, de fácil realización y de más difícil y costosa conservación y estar vigentes numerosos e importantes créditos que es preciso satisfacer, ha entendido la compareciente que es ventajoso para su hija no ejercitar los derechos que para la misma puedan derivarse de la preterición y al efecto formaliza esta escritura con arreglo a las siguientes

DECLARACIONES: Primera.—La otorgante, en nombre de su menor hija, REPUDIA la herencia del abuelo, de quien dicha menor es única heredera forzosa por lo que se refiere a los dos tercios de la legítima».

Prescindimos ahora por innecesario de estudiar el valor del acto que el transcrito documento se atribuye a los dos señores albaceas al reconocer la propiedad y otorgar la reivindicación de determinados bienes, que al decir de la otorgante detentaba el testador, cuando siendo cuatro y mancomunados los albaceas nombrados, sólo dos lo acuerdan y cuando por no habérseles conferido por

el testador facultades específicas, gozaban sólo de las que el Código civil determina, y huyamos también de examinar si esos bienes debían formar en la masa hereditaria.

Y vamos al fondo de la cuestión:

La transacción es —art. 1.809 del Código— un acto por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Es decir, que se trata de un negocio bilateral en el que la capacidad de las partes está condicionada además de por los requisitos genéricos y comunes a todo contrato, por otros especiales en casos determinados, cuyo objeto son las cosas, bienes y derechos que están en el comercio humano, con las solas excepciones que el texto legal menciona y con una causa generadora de concretos efectos jurídicos.

En nuestro caso, los señores albaceas reconocen un derecho de propiedad sobre determinados bienes, que debida o indebidamente estaban en manos del testador, y se los entregan a la que los reclama porque se cree dueña de ellos y ésta, por medio de su representante legal y porque además entiende que son mayores las obligaciones que los derechos que podría heredar, desiste de ejercitar los que pudieran derivarse de su preterición, y como consecuencia de ello y por ello repudia la herencia. Concurren aquí todas las exigencias para que la transacción nazca como realmente nació. Los albaceas dan una cosa que son aquellos bienes, la menor por medio de su madre, da o cede y renuncia al derecho que le concede el art. 814, y por ese pacto *do ut des* se evita un litigio, que de no haber mediado la entrega se hubiera provocado.

La causalidad aparece evidentísima; si los albaceas no hubieran hecho aquel reconocimiento de la propiedad y si no hubieran entregado los bienes, la menor hubiera reclamado sus derechos hereditarios, pero «una vez obtenido este resultado», o sea en virtud, por, a causa de él «ha entendido la compareciente que es ventajoso para su hija no ejercitar los derechos» y por ello formaliza la repudiación de la herencia. Esta, pues, tiene por causa la transacción, que está integrada por mutuas concesiones de los contratantes que, en definitiva, dibujan una enajenación. *Transigere est alineare*.

Pero para transigir sí, para transigir los padres sobre los bienes o derechos del hijo sujeto a su potestad si el valor de los bienes o derechos es mayor de 2.000 pesetas, como en este caso sucede, necesitan indispensablemente de la aprobación judicial, pues de otra forma la transacción no surtirá efecto, dice el art. 1.810.

Luego aquella repudiación que en términos abstractos estimamos no precisar de aprobación judicial para su validez por ser

engendrada e implicar y ser verdaderamente una transacción, la necesita por imperativo legal.

He aquí el motivo de por qué apuntamos al principio la comodidad y conveniencia de haber contestado primero al segundo punto de la consulta, pero allí quedó dicho el fundamento de nuestro proceder.

A efectos exclusivamente polémicos podríamos discurrir sobre si los hechos manifestados por la otorgante en la exposición de la escritura de repudiación no fueron causa eficiente de ésta, y habían de ser estimados como pasados e históricos a los efectos de la renuncia y sin influencia en ella, así como si dado el carácter del acto para que se solicita ahora la intervención judicial que figura entre los de jurisdicción voluntaria que es rogada y no contenciosa y sin condición de definitos los acuerdos que recaigan, podría este Ministerio abstenerse de pedir, limitando su actuación a la fiscalización del rito, pero sobre que es clara la naturaleza del acto integrante de una transacción, y, debe además tenerse en cuenta que la sola duda cuando se ventilan y deciden intereses de menores cuyo amparo y defensa más que a nadie nos incumbe, sería suficiente a producirnos como lo hacemos.

De lo que dejo expuesto, deducirá V. E. la conveniencia de rodear de las debidas y obligadas garantías legales en beneficio de la menor el acto de la repudiación de la herencia de su abuelo, hecha por su madre y representante legal.

Y se servirá acusar recibo de la presente.

Madrid, 15 de febrero de 1941.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia territorial de

CONSULTA NUM. 4.—1941

Excmo. Sr. :

En dos asuntos distintos, se ha presentado en esta Fiscalía la necesidad de interpretar la Orden del Ministerio de Justicia de 8 de marzo de 1939, en lo referente a los matrimonios civiles celebrados en zona roja, por católicos, con posterioridad a la ley de 12 de marzo de 1938 y con infracción de lo dispuesto en la Orden del 22 del mismo mes y año.

Se declaran nulas en el art. 2.º, apartado G) de la Orden de cuya interpretación se trata, apartado que por cierto contiene errores de redacción que dificultan su inteligencia, «las actas» de los matrimonios a que se ha hecho referencia, y como no se puede entender, interpretando las palabras estricta y gramaticalmente, que la nulidad es sólo de las actas, quedando vivo y válido el

matrimonio; pero sin acta en la que consta su celebración, hay que entender que en la nulidad del acta y con ella, va implícita la nulidad del matrimonio a que se refiere. Esto no obstante, antes de sostener esta Fiscalía que los matrimonios celebrados por católicos en zona roja, con posterioridad a la ley de 12 de marzo de 1938, son nulos, cree prudente acudir en consulta a V. E., pues el texto de la Orden es susceptible de diversa interpretación, la materia es trascendental y la cuestión jurídica que plantea en cuanto a teoría de derecho y aplicación de los preceptos de nuestro Código civil, digna de la mayor atención, examen y cuidado, ya que en los primeros casos que se presentan —y es de suponer que sean muchos los que se presenten— ha de tomar el Ministerio Fiscal una posición firme y definitiva.

En teoría —que en casos análogos acepta el Código civil en su art. 50—, los matrimonios civiles celebrados por los que profesan la religión católica, infringiendo el deber de celebrarlo canónicamente, que les impone el art. 42 del Código, son ilícitos, pero válidos; no deberán los contrayentes celebrarlo, ni deberá autorizarlos el Juez municipal, pero si indebidamente llegan a efectuarse, matrimonios son, aunque ilegales en la forma. A primera vista parece que hay contradicción entre esta teoría y la Orden de 8 de marzo de 1939, pero si bien se examina no la hay, ni puede haberla, porque la Orden ministerial no toca a esta cuestión, de la exclusiva competencia de los Tribunales, sino que se limita a determinar qué es lo que reputa el poder público válido de lo hecho por la ilegítima autoridad de los funcionarios rojos y cómo pudo acordarse que nada de lo por ello hecho tuviera validez, se le reconoció por razón de necesidad o conveniencia a algunas cosas y a otras que la necesidad no existía o que se estimaron inconvenientes, injustas o ilegales, no se les reconoció y así no se otorgó eficacia a las actas matrimoniales de que se trata, con lo que el matrimonio no existe, porque ni se celebró ante un Juez municipal legítimo —pues el funcionario rojo no lo era— ni con posterioridad el poder legítimo, en uso de sus facultades, no ha convalidado.

Entiende, pues, esta Fiscalía que el determinar si los matrimonios civiles celebrados por católicos son o no válidos, en el actual estado de la legislación, es exclusiva facultad de los Tribunales, pero que el Gobierno en uso de las suyas no sólo no ha convalidado lo hecho en la materia por la ilegítima autoridad roja, sino que expresamente lo ha declarado nulo, y en este sentido se propone, si merece la aprobación de V. E., contestar la demanda, de la que se le ha dado traslado con fecha 18 de este mes, en la que don Felipe Fernández pide que se declare nulo el matrimonio civil celebrado por él, que es católico, con una que también lo es, en zona roja, en abril de 1938.

Nulos de pleno derecho, es decir, inexistentes, estima esta Fiscalía que son los matrimonios civiles de católicos celebrados con posterioridad al 12 de marzo de 1938, ante los ilegítimos Jueces municipales de la zona roja, pero sí ofrece la duda de cómo se ha de declarar esa nulidad, pues la Orden de 8 de marzo de 1939, no lo dice.

En su art. 10, la citada Orden dispone que la nulidad se hará constar en las inscripciones por nota marginal y generalmente, con esto sólo, se ha entendido que los Jueces municipales, de oficio, deben tomar el acuerdo y hacer las anotaciones de nulidad, como se ha realizado en muchos casos, y parece que ése es el espíritu de la disposición, pero surge el conflicto cuando el Juez municipal, por error o descuido, no hace la anotación y queda, por consiguiente, de hecho subsistente, con la inscripción, el matrimonio. Esto ocurre en los dos casos que se han presentado en esta Fiscalía: el primero, que parece simple descuido del encargado del Registro, es el de la demanda a que se ha hecho referencia; el segundo, es un matrimonio en idénticas condiciones, del que como prueba se trae en un pleito sobre otra materia certificación de su acta de celebración inscrita en el Registro, sobre la que se ha pedido informe al Fiscal municipal correspondiente y resulta que no se ha declarado nula, basándose en un evidente e inadmisibles error de concepto.

No parece que para hacer desaparecer del Registro civil, mejor dicho y con más exacto concepto, para no dejar incorporadas al legítimo Registro civil, las actas invalidadas de las autoridades rojas, sea precisa la declaración de una sentencia dictada en un juicio ordinario, ya que se trate de cosa gubernativa, pero para realizarlo gubernativamente, no hay establecidos trámites ni se le encomienda especialmente a nadie el hacerlo, ni el instarlo, por lo que queda tan importante materia confiada, sin vigilancia alguna, al celo y al acierto de los Jueces municipales, pero, como claro es, que esto no puede ser, hay que buscarle el remedio, y se halla en la ley y Reglamento del Registro civil, que atribuyen la inspección y vigilancia de él a los Jueces de Primera instancia, y así entiende esta Fiscalía que, con arreglo al art. 98 y sus concordantes del citado Reglamento, puede el Fiscal instar la subsanación de las faltas de que tenga conocimiento, remediándose el mal en esos casos concretos.

En resumen: consulta esta Fiscalía, si se interpreta netamente la Orden de 8 de marzo de 1939, en el caso G) de su art. 2.º, entendiéndose, como entiende, lo siguiente:

1.º Que el poder público no reconoce la existencia de los matrimonios civiles de católicos celebrados en zona roja con posterioridad a la ley de 12 de marzo de 1938, y por eso ordena que anulen las actas en que constan y se anote la anulación.

2.º Que esta declaración de nulidad y la nota en que conste, es materia puramente gubernativa, que por consiguiente puede y debe hacerse de oficio.

3.º Que en el caso de que no se haga, debe instarlo el Fiscal, de acuerdo con el art. 98 del Reglamento, para la aplicación de la ley del Registro civil, acudiendo para ello al Juzgado de Primera instancia correspondiente.

Como queda dicho, el término de veinte días para contestar la demanda ha empezado a correr el día 18 de este mes.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Excmo. Sr. :

Evacuando la consulta elevada por V. E. referente al alcance que se ha de dar a las declaraciones de nulidad de las actas del Registro civil, hechas en el art. 2.º de la Orden del Ministerio de Justicia de 8 de marzo de 1939, especialmente en las comprendidas en su apartado G) y a la forma en que se ha de pedir y tramitar esa declaración de nulidad, tengo el gusto de participarle que esta Fiscalía se halla en un todo conforme con su criterio expresado en la misma consulta.

Lo que comunico a V. E. a los debidos efectos.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia territorial de

APÉNDICE CUARTO

Estadística

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Causas pendientes en las Audiencias y Juzgados de su circunscripción en 1.º de enero de 1940, incoadas desde esta fecha hasta 31 de diciembre y en tramitación el 1.º de enero de 1941, clasificadas por Audiencias.

AUDIENCIAS	Pendientes en 1.º de enero de 1940	Incoadas desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940	TOTAL	PENDIENTES EN 1.º DE ENERO DE 1941									TOTAL GENERAL DE CAUSAS PENDIENTES
				EN LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN					EN LAS AUDIENCIAS				
				TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE LA INCOACIÓN					TOTAL	Pendientes de la celebración del juicio oral	En otros trámites	TOTAL	
				Menos de un mes	De uno a tres meses	De tres a seis meses	De seis meses a un año	Más de un año					
Madrid	4.254	9.792	14.046	2.125	909	673	223	14	3.944	1.950	5.589	7.539	11.483
Barcelona	2.798	10.429	13.227	1.630	835	571	276	116	3.428	235	484	719	4.147
Albacete	27	770	797	8	9	7	10	>	34	21	244	265	299
Burgos	428	988	1.416	68	56	37	21	57	239	117	33	150	389
Cáceres	447	1.245	1.692	105	92	40	27	17	281	220	302	522	803
Coruña	970	2.423	3.393	373	159	59	31	11	633	428	230	658	1.291
Granada	788	2.174	2.962	135	231	144	139	645	1.294	79	531	610	1.904
Las Palmas.....	247	644	891	50	33	13	6	>	102	59	48	107	209
Oviedo	275	1.663	1.938	122	126	64	49	26	387	298	242	540	927
Palma	359	795	1.154	72	55	32	46	60	265	113	92	205	470
Pamplona	411	918	1.329	60	51	38	27	29	205	70	54	124	329
Sevilla	694	4.060	4.754	484	332	188	103	90	1.197	349	591	940	2.137
Valencia	824	3.541	4.365	299	500	172	36	91	1.098	198	978	1.176	2.274
Valladolid	458	1.123	1.581	96	25	17	31	64	233	16	30	46	279
Zaragoza	681	1.891	2.572	105	168	67	34	31	405	95	116	211	616
Alicante	367	1.532	1.899	61	74	41	55	27	258	235	290	525	783
Almería	313	984	1.294	69	48	36	8	>	161	20	35	55	216
Avila	154	378	532	38	27	18	21	19	123	20	39	59	182
Badajoz	282	1.561	1.843	145	98	67	60	4	374	38	3	41	415
Bilbao	205	1.544	1.749	116	59	31	16	6	228	51	92	143	371
Cádiz	682	2.331	3.013	261	247	141	98	25	772	104	317	421	1.193
Castellón	175	551	726	37	28	15	8	3	91	40	46	86	177
Ciudad Real (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Córdoba	893	2.939	3.832	908	237	122	24	11	1.302	170	119	289	1.591
Cuenca (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Gerona (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Guadalajara	153	375	528	30	32	12	6	3	83	37	21	58	141
Huelva	322	1.125	1.457	88	101	32	31	12	264	206	15	221	485
Huesca	162	154	316	29	17	12	6	17	81	7	57	64	145
Jaén	2.468	2.619	5.087	156	205	105	84	107	657	272	2.143	2.415	3.072
León	614	1.110	1.724	111	33	36	12	3	195	78	129	207	402
Lérida	65	279	344	33	29	31	9	5	107	24	16	40	147
Logroño	299	620	919	80	66	33	12	23	214	84	18	102	316
Lugo	226	986	1.212	68	59	20	2	2	151	68	51	119	270
Málaga	1.188	2.181	3.369	102	514	148	152	607	1.523	361	439	800	2.323
Murcia	1.227	1.504	2.731	104	122	77	122	324	749	145	186	331	1.080
Orense	220	1.081	1.301	27	92	48	29	12	208	169	16	185	393
Palencia	187	521	708	10	43	29	3	4	89	41	18	59	148
Pontevedra	375	2.338	2.713	265	373	82	22	10	752	686	72	758	1.510
Salamanca	262	911	1.173	68	45	9	1	1	124	75	159	234	358
San Sebastián.....	347	1.380	1.727	116	131	67	32	19	365	54	144	198	563
Santa Cruz de Tenerife.....	264	916	1.180	79	130	69	45	11	334	115	15	130	464
Santander (1).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Segovia	185	313	498	21	25	20	14	15	95	22	122	144	239
Soria	90	234	324	14	22	11	6	1	54	43	12	55	109
Tarragona	159	760	919	71	87	77	74	22	331	27	41	68	399
Teruel (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Toledo	343	1.023	1.366	82	90	60	36	97	365	152	273	425	790
Vitoria	91	300	391	13	13	7	>	>	33	9	14	23	56
Zamora	131	749	880	51	32	29	9	9	130	32	15	47	177
TOTALES.....	26.117	75.755	101.872	8.985	6.660	3.607	2.056	2.650	23.958	7.633	14.481	22.114	46.072

(1) No se consignan datos de la Audiencia de Santander por haber sido destruidos los archivos en el incendio ocurrido en 15 de febrero último.

(2) No se consignan datos de las Audiencias de Ciudad Real, Cuenca, Gerona y Teruel por falta de personal en dichas Fiscalías.

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Causas pendientes en las Fiscalías de las Audiencias en 1.º de enero de 1940, ingresadas desde esta fecha hasta el 31 de diciembre de 1940 y pendientes de despacho en las mismas en 1.º de enero de 1941.

AUDIENCIAS	Pendientes en Fiscalía en 1.º de enero de 1940	Ingresadas desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940	TOTAL	DESPACHADAS POR FISCALIA DESDE 1.º DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE DE 1940								Pendientes en Fiscalía en 1.º de enero de 1941
				Para juicio oral	Para juicio por jurados	Para sobreseimiento libre	Para sobreseimiento provisional	Para inhibición, incompetencia, etc.	Para archivo total por rebeldía	Para reposición a sumario	TOTAL de causas despachadas	
Madrid	»	2.590	2.590	940	»	296	559	261	502	5	2.563	27
Barcelona	210	8.117	8.327	641	»	148	4.731	92	147	1.777	7.536	791
Albacete	27	770	797	87	»	58	339	9	12	48	553	244
Burgos	»	1.027	1.027	248	»	130	599	38	12	»	1.027	»
Cáceres	21	1.180	1.201	231	»	190	660	7	37	42	1.167	34
Coruña	»	2.985	2.985	392	»	365	1.707	116	39	366	2.985	»
Granada	»	2.871	2.871	235	»	150	1.629	229	65	563	2.871	»
Las Palmas	»	859	859	167	»	30	577	4	»	81	859	»
Oviedo	»	2.490	2.490	300	»	33	1.608	50	42	457	2.490	»
Palma	»	804	804	177	»	27	453	37	8	102	804	»
Pamplona	»	1.007	1.007	187	»	37	701	55	18	9	1.007	»
Sevilla	930	3.262	4.192	601	»	80	3.216	108	95	45	4.145	47
Valencia	249	3.541	3.790	543	»	110	2.206	240	191	314	3.604	186
Valladolid	»	1.392	1.392	228	»	53	834	114	36	127	1.392	»
Zaragoza	»	1.730	1.730	322	»	49	1.040	71	78	127	1.687	43
Alicante	3	616	619	142	»	14	357	35	7	52	607	12
Almería	»	1.281	1.281	135	»	140	633	14	5	254	1.281	»
Avila	»	536	536	58	»	42	346	18	»	72	536	»
Badajoz	»	1.446	1.446	299	»	99	823	64	34	127	1.446	»
Bilbao	»	1.459	1.459	326	»	66	1.020	»	31	16	1.459	»
Cádiz	6	1.802	1.808	282	»	64	1.027	59	38	336	1.806	2
Castellón	19	629	648	129	»	4	378	21	22	83	637	11
Ciudad Real	380	1.168	1.548	320	»	1.082	126	»	20	»	1.548	»
Córdoba	»	2.906	2.906	483	»	206	1.847	7	23	340	2.906	»
Cuenca (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Gerona (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Guadalajara	»	391	391	63	»	12	254	18	15	29	391	»
Huelva	»	972	972	290	»	6	577	56	3	40	972	»
Huesca	»	446	446	50	»	7	237	4	3	145	446	»
Jaén	45	2.140	2.185	185	»	358	792	»	11	388	1.734	451
León	»	1.059	1.059	244	»	16	572	18	10	199	1.059	»
Lérida	»	246	246	70	»	10	150	2	4	10	246	»
Logroño	»	634	634	141	»	97	332	47	1	16	634	»
Lugo	»	1.028	1.028	200	»	17	580	118	22	91	1.028	»
Málaga	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Murcia	1	1.463	1.464	247	»	52	852	36	24	253	1.464	»
Orense	»	1.109	1.109	201	»	98	631	62	21	96	1.109	»
Palencia	»	553	553	101	»	42	340	8	2	60	553	»
Pontevedra	»	2.648	2.648	783	»	68	1.582	36	32	147	2.648	»
Salamanca	»	970	970	146	»	39	609	57	18	101	970	»
San Sebastián	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Santa Cruz de Tenerife.....	»	837	837	251	»	16	410	57	2	101	837	»
Santander (1).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Segovia	1	334	335	50	»	12	203	36	3	22	326	9
Soria	»	232	232	48	»	13	141	14	2	14	232	»
Tarragona	322	632	954	73	»	22	727	24	10	84	940	14
Teruel (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Toledo	»	1.564	1.564	267	»	77	821	62	22	315	1.564	»
Vitoria	»	327	327	90	»	3	190	»	10	34	327	»
Zamora	»	753	753	98	»	83	437	93	2	40	753	»
<i>Totales</i>	2.214	64.806	67.020	11.071	»	4.521	37.853	2.497	1.679	7.528	65.149	1.871

(1) No se consignan datos de la Audiencia de Santander por haber sido destruidos los archivos en el incendio ocurrido en 15 de febrero último.

(2) No se consignan datos de las Audiencias de Cuenca, Gerona y Teruel por falta de personal en dichas Fiscalías.

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Juicios orales ante el Tribunal de derecho, terminados desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940.

AUDIENCIAS	NÚMERO DE JUICIOS	TERMINADOS POR					SENTENCIAS CONFORMES CON EL FISCAL		SENTENCIAS NO CONFORMES CON EL FISCAL		TOTAL DE SENTENCIAS	
		Retirar la acusación el Fiscal	Retirar la acusación el acusador privado	Extinción de la acción penal	SENTENCIAS REQUERIDAS POR EL ACUSADOR Y NO POR EL FISCAL		Por conformidad del acusado con la acusación	Condenatorias	Absolutorias	Condenatorias	Absolutorias	Condenatorias
					Absolutorias	Condenatorias						
Madrid	62	3	»	»	»	»	15	24	6	14	9	53
Barcelona	466	16	»	»	»	»	84	211	65	90	81	385
Albacete	66	»	»	»	»	»	12	35	11	8	11	55
Burgos	202	4	»	»	»	»	54	106	32	6	36	166
Cáceres	208	»	»	»	»	»	45	81	53	29	53	155
Coruña	365	9	»	»	6	»	72	219	34	25	49	316
Granada	250	10	»	55	»	»	47	86	26	26	91	159
Las Palmas	206	»	»	1	5	6	56	59	54	25	60	146
Oviedo	193	4	»	»	»	»	21	98	18	52	22	171
Palma	149	4	»	»	»	»	43	33	30	39	34	115
Pamplona	176	»	»	3	»	»	62	37	44	30	47	129
Sevilla	508	22	»	6	25	11	38	229	108	69	161	347
Valencia	220	»	»	»	»	»	59	127	12	22	12	208
Valladolid	184	1	»	2	»	»	54	66	24	37	27	157
Zaragoza	259	6	»	9	»	»	101	63	45	35	60	199
Alicante	98	»	»	6	»	»	23	33	10	26	16	82
Almería	42	2	»	1	»	»	10	20	7	2	10	32
Avila	59	»	»	»	1	»	3	22	20	13	21	38
Badajoz	226	»	»	»	6	»	44	96	26	54	32	194
Bilbao	296	1	»	2	2	»	24	188	30	49	35	261
Cádiz	274	18	»	2	»	»	51	136	33	34	53	221
Castellón	103	2	»	»	»	»	30	33	16	22	18	85
Ciudad Real	61	»	»	4	»	»	20	20	9	8	13	48
Córdoba	287	»	»	5	4	13	8	149	56	52	65	222
Cuenca (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Gerona (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Guadalajara	68	»	»	»	»	»	10	32	9	17	9	59
Huelva	288	»	»	»	»	»	60	46	94	88	94	194
Huesca	35	»	»	»	»	»	6	6	15	8	15	20
Jaén	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
León	171	2	»	»	»	»	48	34	47	40	49	122
Lérida	51	»	1	»	»	1	11	31	5	2	6	45
Logroño	107	4	»	2	»	»	31	34	15	21	21	86
Lugo	188	1	»	»	1	»	40	83	22	41	24	164
Málaga	114	2	»	8	1	1	19	55	7	21	18	96
Murcia	148	2	»	»	»	1	34	80	18	13	20	128
Orense	229	»	»	»	1	»	35	94	70	29	71	158
Palencia	101	»	»	»	»	1	20	41	14	25	14	87
Pontevedra	326	2	»	»	»	»	8	229	59	28	61	265
Salamanca	171	»	»	»	»	»	44	76	24	27	24	147
San Sebastián.....	139	6	»	»	2	»	63	44	10	14	18	121
Santa Cruz de Tenerife.....	174	2	»	1	»	»	35	70	48	18	51	123
Santander (1).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Segovia	53	»	»	»	»	»	16	8	19	10	19	34
Soria	39	2	»	»	»	»	9	9	15	4	17	22
Tarragona	54	»	»	»	»	»	24	4	11	15	11	43
Teruel (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Toledo	110	»	»	»	»	»	26	62	6	16	6	104
Vitoria	68	»	»	»	»	»	27	25	10	6	10	58
Zamora	108	4	»	»	»	»	18	67	10	9	14	94
Totales.....	7.702	129	1	107	54	34	1.560	3.301	1.297	1.219	1.588	6.114

(1) No se consignan datos de la Audiencia de Santander por haber sido destruídos los archivos en el incendio ocurrido en 15 de febrero último.

(2) No se consignan datos de las Audiencias de Cuenca, Gerona y Teruel por falta de personal en dichas Fiscalías.

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Acusaciones retiradas por las Fiscalías de las Audiencias desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940.

AUDIENCIAS	Enero	Febrero.....	Marzo.....	Abril.....	Mayo.....	Junio.....	Julio.....	Agosto.....	Septiembre.....	Octubre.....	Noviembre.....	Diciembre.....	TOTALES
Madrid	1	»	»	»	»	»	»	»	»	»	1	1	3
Barcelona	»	2	»	3	2	3	»	»	1	»	1	4	16
Albacete	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Burgos	»	1	»	1	»	1	»	»	1	»	»	»	4
Cáceres	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Coruña	2	2	»	»	3	1	»	»	»	»	1	»	9
Granada	»	1	1	»	1	1	»	»	1	2	1	2	10
Las Palmas	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Oviedo	»	»	»	»	»	1	»	1	»	2	»	»	4
Palma	1	1	»	»	»	1	»	1	1	»	»	»	5
Pamplona	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Sevilla	2	»	5	2	5	1	2	»	1	1	1	2	22
Valencia	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Valladolid	»	»	»	»	»	»	1	»	»	»	»	»	1
Zaragoza	1	1	»	»	1	1	1	»	»	»	1	»	6
Alicante	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Almería	»	»	»	»	»	1	»	»	1	»	»	»	2
Avila	»	»	»	»	»	»	»	»	»	1	»	»	1
Badajoz	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Bilbao	»	»	»	»	1	»	»	»	»	»	»	»	1
Cádiz	1	2	3	3	1	1	3	3	1	»	»	»	18
Castellón	»	1	»	»	»	»	»	»	»	1	»	»	2
Ciudad Real	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Córdoba	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Cuenca (2)	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Gerona (2)	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Guadalajara	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Huelva	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Huesca	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Jaén	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
León	1	»	»	»	»	»	»	»	1	»	»	»	2
Lérida	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Logroño	»	1	»	1	»	»	»	1	»	»	1	»	4
Lugo	»	»	»	1	»	»	»	»	»	»	»	»	1
Málaga	»	»	»	»	»	1	»	»	»	»	»	1	2
Murcia	1	»	»	1	»	»	»	»	»	»	»	»	2
Orense	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Palencia	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Pontevedra	»	»	»	»	»	1	»	»	1	»	»	»	2
Salamanca	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
San Sebastián	2	»	»	1	2	»	»	»	»	»	1	»	6
Santa Cruz de Tenerife	1	»	»	»	1	»	»	»	»	»	»	»	2
Santander (1)	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Segovia	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Soria	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	1	1	2
Tarragona	»	»	»	»	1	»	»	»	»	»	»	»	1
Teruel (2)	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Toledo	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Vitoria	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Zamora	1	»	1	»	1	»	1	»	»	»	»	»	4
<i>Totales.....</i>	14	12	10	13	19	14	8	6	9	7	9	11	132

(1) No se consignan datos de la Audiencia de Santander por haber sido destruidos los archivos en el incendio ocurrido en 15 de febrero último.

(2) No se consignan datos de las Audiencias de Cuenca, Gerona y Teruel por falta de personal en dichas Fiscalías.

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

RESUMEN de los asuntos, sin distinción de procedimientos, despachados por las Fiscalías de las Audiencias desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940.

AUDIENCIAS	Dictámenes emitidos por				TOTAL	Vistas efectuadas con asistencia de				TOTAL	Juicios públicos a que han asistido				TOTAL	Asuntos gubernativos despachados por				TOTAL
	El Fiscal.....	Teniente Fiscal	Abogados Fiscales.....	Sustitutos.....		El Fiscal.....	Teniente Fiscal	Abogados Fiscales.....	Sustitutos.....		El Fiscal.....	Teniente Fiscal	Abogados Fiscales.....	Sustitutos.....		El Fiscal.....	Teniente Fiscal	Abogados Fiscales.....	Sustitutos.....	
Madrid	1.318	1.014	5.545	>	7.877	>	27	76	>	103	>	27	76	>	103	882	362	74	>	1.318
Barcelona	2.101	>	7.992	>	10.093	>	>	113	>	113	>	>	466	>	466	287	>	>	>	287
Albacete	>	1.233	>	>	1.233	>	>	>	>	>	>	54	>	54	>	355	>	>	>	355
Burgos	979	854	>	>	1.833	>	5	>	>	5	25	123	>	148	69	1	>	>	>	70
Cáceres	664	>	1.330	>	1.994	>	>	>	>	>	4	>	184	>	188	120	>	39	>	159
Coruña	>	218	308	>	526	>	9	5	>	14	>	170	172	>	342	>	148	>	>	148
Granada	753	1.537	1.385	>	3.675	10	1	1	>	12	118	36	>	154	363	110	>	>	>	473
Las Palmas	637	859	>	>	1.496	>	>	>	>	>	30	66	>	96	38	16	>	>	>	54
Oviedo	2.260	1.597	>	>	3.857	>	2	>	>	2	98	85	>	183	82	4	>	>	>	86
Palma	1	981	313	>	1.295	1	9	2	>	12	>	82	30	>	112	>	25	20	>	45
Pamplona	>	1.650	>	>	1.650	>	5	>	>	5	>	109	>	109	>	28	>	>	>	28
Sevilla	>	204	484	>	688	>	4	>	>	4	>	30	321	>	351	>	248	>	>	248
Valencia	282	1.993	5.880	>	8.160	>	15	11	>	26	>	38	110	>	148	429	204	>	>	633
Valladolid	602	>	1.815	>	2.417	11	>	8	>	19	20	>	123	>	143	96	>	5	>	101
Zaragoza	1.054	719	1.519	>	3.292	1	1	7	>	9	12	60	92	>	164	214	>	>	>	214
Alicante	982	>	>	>	982	>	>	>	>	>	85	>	>	>	85	147	>	>	>	147
Almería	1.090	>	200	>	1.290	1	>	>	>	1	41	>	>	>	41	20	>	>	>	20
Avila	896	>	>	>	896	2	>	>	>	2	34	23	>	57	>	>	>	>	>	>
Badajoz	1.657	403	>	>	2.060	2	>	>	>	2	168	10	>	178	1	>	>	>	>	1
Bilbao	>	1.262	1.861	>	3.123	>	17	23	>	40	>	127	139	>	266	>	190	141	>	331
Cádiz	2.597	>	>	>	2.597	>	>	>	>	>	223	>	>	>	223	8	>	>	>	8
Castellón	803	>	>	>	803	>	>	>	>	>	73	>	>	>	71	109	>	>	>	109
Ciudad Real	>	2.840	>	>	2.840	>	>	>	>	>	>	33	>	33	>	41	>	>	>	41
Córdoba	1.231	1.575	1.037	>	3.843	>	>	>	>	>	61	99	127	>	287	>	>	>	>	>
Cuenca (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Gerona (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Guadalajara	240	761	>	>	1.001	>	2	>	>	2	1	45	>	46	10	29	>	>	>	39
Huelva	>	976	1.131	>	2.107	>	>	>	>	>	>	143	141	>	284	>	7	>	>	7
Huesca	>	848	>	>	848	>	35	>	>	35	>	35	>	35	>	58	>	>	>	58
Jaén	1.279	>	>	>	1.279	3	>	>	>	3	>	>	>	>	68	>	>	>	>	68
León	239	234	>	>	473	>	>	>	>	>	32	118	>	150	294	323	>	>	>	617
Lérida	>	560	>	>	560	>	4	>	>	4	>	38	>	38	>	>	>	>	>	>
Logroño	1.469	>	>	>	1.469	2	>	>	>	2	82	>	>	>	82	19	>	>	>	19
Lugo	1.774	>	1	>	1.775	7	>	>	>	7	150	>	>	>	150	47	>	>	>	47
Málaga	1.526	913	>	>	2.439	4	3	>	>	2	54	44	>	98	16	>	>	>	>	16
Murcia	4.134	>	>	>	4.134	>	>	>	>	>	148	>	>	>	148	70	>	>	>	70
Orense	1.076	1.043	263	>	2.382	3	4	>	>	7	75	98	44	>	217	163	8	>	>	171
Palencia	833	>	>	>	833	>	>	>	>	>	101	>	>	>	101	4	>	>	>	4
Pontevedra	280	2.517	564	>	3.361	>	>	>	>	>	>	176	150	>	326	2	7	>	>	9
Salamanca	919	739	>	>	1.658	>	>	>	>	>	78	66	>	144	8	2	>	>	>	10
San Sebastián.....	636	689	>	>	1.325	10	9	>	>	19	59	17	>	76	56	79	>	>	>	135
Santa Cruz de Tenerife.....	840	918	>	>	1.758	5	3	>	>	8	66	111	>	177	22	3	>	>	>	25
Santander (1)	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Segovia	664	>	>	>	664	4	>	>	>	4	38	>	>	>	38	10	>	>	>	10
Soria	312	>	>	>	312	30	>	>	>	30	30	>	>	>	30	3	>	>	>	3
Tarragona	949	30	>	>	979	3	>	>	>	3	31	>	>	>	31	7	>	>	>	7
Teruel (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Toledo	518	732	892	>	2.142	>	>	>	>	>	24	23	27	>	74	78	7	>	>	85
Vitoria	742	>	>	>	742	>	>	>	>	>	41	>	>	>	41	>	>	>	>	>
Zamora	1.042	>	>	>	1.042	3	>	>	>	3	90	>	>	>	90	11	>	>	>	11
Totales.....	39.379	29.904	32.520	>	101.803	102	155	246	>	503	2.092	2.086	2.202	>	6.380	3.753	2.255	279	>	6.287

(1) No se consignan datos de la Audiencia de Santander por haber sido destruidos los archivos en el incendio ocurrido en 15 de febrero último.

(2) No se consignan datos de las Audiencias de Cuenca, Gerona y Teruel por falta de personal en dichas Fiscalías.

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Asuntos civiles tramitados en los Juzgados de 1.^a Instancia en que ha intervenido el Ministerio Fiscal desde 1.^o de enero a 31 de diciembre de 1940.

AUDIENCIAS TERRITORIALES	PROVINCIAS	COMPETENCIAS	Jurisdicción contenciosa		Jurisdicción voluntaria		Funcionarios que los han despachado			TOTAL de asuntos despachados en las provincias	TOTAL de asuntos despachados en los territorios de las Audiencias
			Con relación a las personas	Con relación a las cosas	Con relación a las personas	Con relación a las cosas	Fiscales municipales Letrados	Delegados representantes del Ministerio Fiscal	Fiscal de la Audiencia o sus auxiliares		
Madrid	Madrid	725	69	55	2.703	1.132	2.724	1.276	684	4.684	5.414
	Avila	5	114	2	57	26	»	153	51	204	
	Guadalajara	»	159	»	79	31	»	95	174	269	
	Segovia	3	112	»	40	10	»	76	89	165	
	Toledo	»	»	»	94	3	»	»	97	97	
Barcelona	Barcelona	44	308	32	1.215	207	310	239	1.257	1.806	2.133
	Gerona (2)	»	»	»	»	»	»	»	»	»	
	Lérida	»	41	100	20	7	168	»	»	168	
	Tarragona	»	105	»	48	6	159	»	»	159	
Albacete	Albacete	9	261	»	132	27	»	227	202	429	1.814
	Ciudad Real	»	98	»	18	5	»	»	121	121	
	Cuenca (2)	»	»	»	»	»	»	»	»	»	
Burgos	Murcia	24	599	40	388	213	513	751	»	1.264	1.514
	Burgos	3	277	11	83	18	1	265	126	392	
	Alava	4	94	1	51	11	»	»	161	161	
	Logroño	3	12	138	127	38	»	117	201	318	
	Santander (1)	»	»	»	»	»	»	»	»	»	
Cáceres	Soria	»	48	»	55	5	»	14	94	108	1.491
	Vizcaya	18	201	18	227	71	159	»	376	535	
	Cáceres	2	147	38	157	93	»	359	78	437	
Coruña	Badajoz	5	709	4	198	138	174	833	47	1.054	1.093
	Coruña	6	228	13	257	64	»	567	1	568	
	Lugo	2	152	48	104	21	»	229	98	327	
	Orense	4	51	23	58	24	34	126	»	160	
Granada	Pontevedra	3	»	»	31	4	»	»	38	38	2.340
	Granada	19	412	16	237	84	151	582	35	768	
	Almería	»	100	»	50	16	157	»	9	166	
	Jaén	10	492	216	489	141	121	1.041	186	1.348	
	Málaga	9	2	2	16	29	»	»	58	58	
Las Palmas	Las Palmas	2	58	9	145	47	»	»	261	261	546
	Santa Cruz de Tenerife	7	37	32	148	61	»	174	111	285	
Oviedo	Oviedo	14	969	39	343	178	»	1.543	»	1.543	1.543
Palma	Baleares	10	335	21	204	109	356	280	43	679	679
	Navarra	4	186	»	134	38	122	166	74	362	852
Pamplona	Guipúzcoa	5	309	22	112	42	»	269	221	490	
	Sevilla	Sevilla	61	1.241	190	1.120	744	1.075	1.887	394	3.356
Cádiz	4	253	5	165	177	97	351	156	604		
Córdoba	8	388	72	416	386	341	764	165	1.270		
Huelva	9	139	1	106	54	109	188	12	309		
Valencia	Valencia	»	2.991	66	714	475	696	3.536	14	4.246	
Valencia	Alicante	14	351	16	230	245	86	671	99	856	6.300
	Castellón	»	112	79	656	351	»	1.173	25	1.198	
Valladolid	Valladolid	12	165	70	104	44	202	170	23	395	1.607
	León	16	151	4	104	82	9	343	5	357	
	Palencia	»	112	40	124	45	256	63	2	321	
	Salamanca	5	173	2	117	42	»	197	142	339	
Zaragoza	Zamora	3	101	8	71	12	41	69	85	195	2.108
	Zaragoza	22	829	230	785	172	94	1.616	358	2.038	
	Huesca	1	62	»	4	3	»	70	»	70	
	Teruel (2)	»	»	»	»	»	»	»	»	»	
Totales.....		1.095	13.753	1.663	12.736	5.731	8.155	20.480	6.343	34.978	34.978

(1) No se consignan datos de la Audiencia de Santander por haber sido destruidos los Archivos en el incendio ocurrido en 15 de febrero último.

(2) No se consignan datos de las Audiencias de Cuenca, Gerona y Teruel, por falta de personal en dichas Fiscalías.

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Asuntos civiles tramitados en las Audiencias Territoriales en que ha intervenido el Ministerio Fiscal desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940.

AUDIENCIAS TERRITORIALES	Com- petencias	JURISDICCIÓN CONTENCIOSA		JURISDICCIÓN VOLUNTARIA		FUNCIONARIOS QUE LOS HAN DESPACHADO				TOTAL de asuntos despachados
		Con relación a las personas	Con relación a las cosas	Con relación a las personas	Con relación a las cosas	Fiscal	Teniente fiscal	Abogados fiscales	Aspirantes	
Madrid	62	39	79	51	81	7	147	158	»	312
Barcelona	8	146	9	8	2	20	»	153	»	173
Albacete	3	2	1	»	»	»	6	»	»	6
Burgos	14	5	2	2	2	6	19	»	»	25
Cáceres	3	»	»	3	»	1	»	5	»	6
Coruña	7	20	6	8	4	»	45	»	»	45
Granada	12	1	2	17	18	36	14	»	»	50
Las Palmas	»	2	»	»	»	2	»	»	»	2
Oviedo	6	»	»	3	8	14	3	»	»	17
Palma	2	6	2	1	1	»	10	2	»	12
Pamplona	2	4	1	»	»	»	7	»	»	7
Sevilla	12	9	3	1	»	»	18	7	»	25
Valencia	10	4	70	18	6	87	21	»	»	108
Valladolid	16	4	4	»	»	24	»	»	»	24
Zaragoza	4	1	1	1	»	7	»	»	»	7
<i>Totales.....</i>	161	243	180	113	122	204	290	325	»	819

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Resumen de los asuntos despachados por esta Fiscalía en materia civil desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940.

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS		NÚMERO DE ASUNTOS	
Civil.—Sala Primera. . .	Recursos de casación preparados por el Fiscal	Desistidos	»
		Interpuestos	»
	Recursos de casación interpuestos por las partes	Despachados con la nota de «Vistos»....	59
		Id. id. de «Visto».....	10
		Combatidos en la admisión.....	»
		Con dictamen de improcedentes.....	85
		Id. de procedentes.....	35
		Id. de nulidad de actuación...	6
	Recursos de audiencia en justicia.....	Id. absteniéndose	»
		Id. adhiriéndose	»
	Id. de queja	»	4
	Id. de revisión en divorcios.....	Interpuestos por el Fiscal.....	»
Id. por las partes		3	
Cuestiones de competencia.....		108	
Expedientes de ejecución de sentencias extranjeras.....		7	
Demandas de responsabilidad civil.....		»	
Dictámenes de tasación de costas.....		5	
Intervenciones varias.....		»	
TOTAL		322	

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

RESUMEN de los asuntos criminales despachados por esta Fiscalía desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS

NÚMERO
DE ASUNTOS

Sala segunda de lo Criminal.....

Procedimientos atribuidos al Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de Justicia		»
Recursos de casación por infracción de ley preparados por los Fiscales.....	Interpuestos	20
	Desistidos	15
Recursos de casación por quebrantamiento de forma, interpuestos por los Fiscales...	Sostenidos	4
	Desistidos	1
Recursos de revisión.....	Interpuestos por las partes.....	1
	Id. por el Fiscal.....	»
Recursos de súplica.....	Interpuestos por las partes.....	»
	Id. por el Fiscal.....	»
Recursos de casación interpuestos por las partes: acuerdo en Junta de Fiscalía, respecto de ellos.....	Apoyarlos total o parcialmente.....	7
	Impugnarlos totalmente o en parte	209
	Formular o apoyar adhesión.....	3
	Combatirlos en la admisión.....	79
Recursos de casación admitidos de derecho en beneficio de los reos.....		1
Id. id. interpuestos id. id. id. id.		»
Recursos de casación desestimados por tres Letrados	Interpuestos en beneficio de los reos.....	12
	Despachados con la nota «Visto».....	334
Recursos de queja.....	Con dictamen de precedentes	»
	Id. de improcedentes	8
Competencias		22
Causas cuyo conocimiento está atribuido a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo		2
Dictámenes de tasación de costas.....		143
Id. de varios.....		3
TOTAL		864

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

RESUMEN de los asuntos despachados por esta Fiscalía en materia contencioso-administrativa y social desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940.

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS		NÚMERO DE ASUNTOS	
Contencioso.—Sala tercera	Recursos de apelación	260	
	Id. extraordinarios de apelación.....	1	
	Id. de queja interpuestos por el Fiscal.....	1	
	Id. de revisión.....	3	
	Demandas de todas clases.....	Contestaciones	113
		Incidentes	111
		Excepciones	>
Demandas interpuestas en nombre de la Administración general del Estado.....	>		
TOTAL		489	
Social.—Sala cuarta...	Recursos preparados por el Fiscal.....	Desistidos	>
		Interpuestos	>
	Recursos interpuestos por las partes.....	«Vistos»	>
		«Visto»	363
		Combatidos en la admisión.....	6
		Con dictamen de improcedentes.....	667
		Id. de procedentes.....	131
		Id. absteniéndose	>
		Nulidad de actuaciones.....	3
		Reproducción de actuaciones.....	1
Recursos de revisión interpuestos por las partes.....	>		
Competencias	3		
TOTAL		1.174	

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

RESUMEN de los asuntos gubernativos en que ha intervenido la Fiscalía desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940.

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS	Funcionarios que los han despachado				TOTALES
	El Fiscal	El Teniente fiscal	Inspector fiscal	Abogados fiscales	
Informes emitidos en expedientes de la Sala de gobierno, Presidencia de este Tribunal Supremo y Consejo Judicial.....	»	109	3	3	115
Consultas a los efectos del art. 644 de la ley de Enjuiciamiento criminal.....	7	»	»	»	7
Causas en que se han dado instrucciones a los Fiscales de las Audiencias.....	9	»	»	»	9
Causas reclamadas a los efectos del art. 838, núm. 15, de la ley Orgánica del Poder judicial.....	5	»	»	»	5
Comunicaciones registradas.....	»	»	»	»	1.019
					Entrada
Denuncias	34	»	»	»	34
Consultas de los Fiscales.....	5	»	»	»	5
Juntas celebradas con los señores Tenientes y Abogados fiscales del Tribunal.	68	26	4	3	101

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Estado de juicios tramitados ante el Tribunal de Urgencia de las Audiencias desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940.

AUDIENCIAS	Pendientes en 1.º de enero de 1940	Incoados desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940	TOTAL	Terminados por extinción de la acción	Terminados por sobreesimiento	Terminados por absolución	Terminado por condena	Inhibidos	Pendientes en 31 de diciembre de 1940
Madrid	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Barcelona	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Albacete	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Burgos	3	6	9	>	>	1	6	>	2
Cáceres	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Coruña	>	34	34	>	4	1	22	2	5
Granada	9	>	9	>	1	2	4	1	1
Las Palmas	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Oviedo	3	3	6	>	>	3	3	>	>
Palma	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Pamplona	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Sevilla	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Valencia	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Valladolid	7	>	7	>	3	1	2	>	1
Zaragoza	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Alicante	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Almería	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Avila	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Badajoz	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Bilbao	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Cádiz	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Castellón	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Ciudad Real.....	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Córdoba	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Cuenca (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Gerona (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Guadalajara	1	3	4	>	>	2	2	>	>
Huelva	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Huesca	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Jaén	>	>	>	>	>	>	>	>	>
León	4	22	26	>	>	7	18	>	1
Lérida	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Logroño	1	>	1	>	>	>	1	>	>
Lugo	>	5	5	>	>	>	5	>	>
Málaga	>	2	2	>	>	1	1	>	>
Murcia	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Orense	>	29	29	>	4	2	13	10	>
Palencia	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Pontevedra	>	18	18	>	4	2	12	>	>
Salamanca	2	25	27	>	13	2	8	>	4
San Sebastián.....	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Santa Cruz de Tenerife.....	2	24	26	>	8	4	9	>	5
Santander (1).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Segovia	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Soria	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Tarragona	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Teruel (2).....	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Toledo	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Vitoria	<	<	>	>	>	>	>	>	>
Zamora	>	>	>	>	>	>	>	>	>
Totales.....	32	171	203	>	37	28	106	13	19

(1) No se consignan datos de la Audiencia de Santander por haber sido destruidos los Archivos en el incendio ocurrido en 15 de febrero último.

(2) No se consignan datos de las Audiencias de Cuenca, Gerona y Teruel por falta de personal en dichas Fiscalías.

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Procedimientos incoados en virtud de la Ley de Vagos y Maleantes desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940

AUDIENCIAS	Pendientes en 1.º de enero de 1940	Incoados desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1940	TOTAL	Procesos por el art. 2.º de la ley		Procesos por el art. 3.º de la ley		Inhabidos	Pendientes en 31 de diciembre de 1940
				TERMINADOS		TERMINADOS			
				Con absolución	Con condena	Con absolución	Con condena		
Madrid	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Barcelona	»	63	63	8	19	5	16	»	15
Albacete	1	1	2	»	1	»	1	»	»
Burgos	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Cáceres	»	2	2	2	»	»	»	»	»
Coruña	1	7	8	2	3	»	»	1	2
Granada	»	3	3	»	»	2	1	»	»
Las Palmas	»	1	1	1	»	»	»	»	»
Oviedo	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Palma	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Pamplona	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Sevilla	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Valencia	»	73	73	»	»	»	»	»	73
Valladolid	1	»	1	»	1	»	»	»	»
Zaragoza	12	10	22	3	5	»	»	1	13
Alicante	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Almería	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Avila	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Badajoz	»	8	8	»	8	»	»	»	»
Bilbao	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Cádiz	1	3	4	1	3	»	»	»	»
Castellón	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Ciudad Real.....	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Córdoba	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Cuenca (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Gerona (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Guadalajara	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Huelva	»	10	10	1	1	»	8	»	»
Huesca	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Jaén	»	»	»	»	»	»	»	»	»
León	2	1	3	»	1	»	1	»	1
Lérida	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Logroño	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Lugo	»	1	1	1	»	»	»	»	»
Málaga	»	2	2	1	1	»	»	»	»
Murcia	»	2	2	»	»	»	»	1	1
Orense	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Palencia	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Pontevedra	»	6	6	1	5	»	»	»	»
Salamanca	1	6	7	2	2	1	2	»	»
San Sebastián.....	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Santa Cruz de Tenerife.....	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Santander (1).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Segovia	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Soria	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Tarragona	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Teruel (2).....	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Toledo	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Vitoria	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Zamora	»	»	»	»	»	»	»	»	»
Totales.....	19	199	218	23	50	8	29	3	105

(1) No se consignan datos de la Audiencia de Santander por haber sido destruidos los Archivos en el incendio ocurrido en 15 de febrero último

(2) No se consignan datos de las Audiencias de Cuenca, Gerona y Teruel por falta de personal en dichas Fiscalías.