

épocas revolucionarias. Pero la Historia nos prueba también que la verdad, una vez manifestada, no puede ya perecer. Puede ser detenida en su marcha, pero si algunas veces las nubes obscurecen y nublan bien pronto la luz despeja las tinieblas y vuelve á reaparecer con nuevo brillo. Lo que importa, pues, es ir en busca de la verdad y defenderla contra los hombres del pasado. Los obstáculos que encuentra nos enseñan que hay que luchar siempre, pero podemos estar seguros de que la victoria pertenecerá á la verdad.

162. Apenas si es necesario probar que la publicidad y la especialidad que se ligan íntimamente son de la esencia del régimen hipotecario. Grenier, en su informe al Tribunal, dijo muy bien que las hipotecas deben publicarse por interés de los terceros que se encuentran en el caso de prestar en fe de una garantía real ó que quieren adquirir inmuebles; si permanecieran ocultas el prestamista estaría en la imposibilidad de conocer los cargos que ya pueden gravar el inmueble que se les ofrece en garantía; esto sería, pues, una garantía derisoria, puesto que se verían prevalecidos por acreedores anteriores. En cuanto á los terceros adquirentes, si tratan ignorando las hipotecas establecidas en el inmueble que compran se exponen á ser despojados. Grenier agrega que la publicidad no basta; la hipoteca debe también ser especial en interés del prestamista tanto como en el del que pide prestado. Este último, hipotecando sus bienes sólo hasta concurrencia de la deuda que contrae, conservará su crédito para nuevo préstamo que podía necesitar hacer, ofreciendo como garantía al capitalista, ya sean bienes libres ó bienes inmuebles que sólo están gravados por una parte de su valor; en cuanto al prestamista la especialización le da una prenda que le es necesaria para guardar completamente sus intereses. (1)

163. ¿Cómo ideas de una tan evidente verdad pudieron

1 Grenier, informe, núm. 8 (Loché, t. VIII, p. 254).

encontrar oposición en el Consejo de Estado? Los jurisconsultos son hombres de tradición; esta es su fuerza; pero también es su debilidad cuando, por respeto al derecho tradicional, pretenden inmovilizarlo. Fueron los legistas franceses los que dieron al derecho romano el bello nombre de *razón escrita*; esto equivaldría á decir que las leyes romanas eran la expresión de la verdad eterna y que se haría mal en cambiarlas. Hoy profesamos una doctrina muy contraria; toda obra humana es imperfecta y la misión de la humanidad es perfeccionar sin cesar las instituciones que nos lega el pasado. El derecho romano no escapa á esta ley. En su primera manifestación la hipoteca, griega de origen, era esencialmente pública; puede decirse que lo era demasiado, puesto que los signos aparentes designaban á todo el mundo las casas ó fundos que estaban hipotecados. De pública que era en Atenas la hipoteca se convirtió en oculta en Roma; á una publicidad excesiva sucedió la clandestinidad absoluta. Además se admitió la facultad ilimitada de hipotecar los bienes venideros. Así el derecho romano era el inverso del nuestro. El legislador moderno quiere que las hipotecas sean especiales y públicas, y las leyes romanas consagraban la generalización y la clandestinidad de las hipotecas. Esto no es seguramente la razón escrita. Sorprendé esta imperfección en un derecho que se acostumbra considerar como perfecto. (1) Se explica por el carácter y misión providencial del pueblo romano, pueblo de guerreros que estaba llamado á la conquista del antiguo mundo; la industria le fué siempre desconocida, despreciaba el comercio. Por esto mismo la idea del crédito no podía nacer en Roma, y fueron las necesidades del crédito las que hicieron admitir en los pueblos modernos los principios de la publicidad y de la especialidad de las hipotecas.

1 Valette, De los Privilegios, p. 46, núm. 47, y nota 3, p. 172, núm. 120.

El derecho romano era seguido en casi toda Francia, aun en los países de derecho de costumbres. Sólo se le hizo un cambio, y esta modificación misma fué funesta al crédito privado y público. Se exigió una acta auténtica para la validez de las hipotecas; esto era un progreso, puesto que era un paso á la publicidad; pero como se ligaba á toda acta pública la fuerza de engendrar por sí y sin estipulación una garantía real y una hipoteca general en los bienes del deudor las hipotecas se multiplicaron á tal punto que Loyseau decía: «Nadie puede vanagloriarse de que sus bienes no están obligados si en su vida hizo algún contrato. Y ya que la hipoteca sigue perpetuamente la cosa en poder de cualquiera que esté síguese de esto que es muy difícil adquirir algo que no esté cargado con varias hipotecas.» (1)

164. Había en algunas provincias del Norte de Francia conquistadas por Bélgica un régimen enteramente distinto relativo á las hipotecas. Hemos dicho en otro lugar que la publicidad más completa presidía las transacciones de propiedad inmobiliar en los países de empeño (tomo XXIX, núms. 13-24). Se seguían las mismas formas para la constitución de hipotecas; lo que es muy lógico, puesto que la hipoteca implica una enajenación parcial del inmueble. Las formas del empeño variaban, pero el principio era, sin embargo, el mismo: era la publicidad. El acreedor presentaba su contrato á los oficiales del señor justiciero y los requería al posesionarlos por hipoteca de la herencia. Se mencionaba el empeño al dorso del título, luego se le registraba en la escribanía de justicia del lugar en registros que todos podían consultar.

El Relator del Tribunado, nutrido, como todos los legisladores franceses, en el respeto del derecho romano, dice que se está fundado en creer que las costumbres del empeño tienen su origen en las formas que el antiguo derecho roma-

1 Valette, p. 175, núm. 121. Loyseau, Del abandono, t. III, núm. 35.

no exigía para la transmisión de la propiedad. El mismo Grenier no queda muy convencido con esta explicación que busca en Roma los primeros vestigios de una institución feudal. Agrega que si la publicidad de las hipotecas viene del derecho feudal se tiene que reconocer que un régimen extraño y contrario á todo orden social produjo los elementos más propicios á la organización de un buen régimen hipotecario. (1) El feudalismo no merece el desprecio que le prodigaron los hombres de la Revolución, heridos, sobre todo, de los abusos que había engendrado; le debemos la transformación de la esclavitud en servidumbre y la lenta emancipación de los siervos: le debemos nuestra libertad política, nuestro régimen representativo. Es verdad que es cosa aun más extraña que se le deban los principios de nuestro régimen hipotecario, principios que proceden de la necesidad del delito; y seguramente el feudalismo no se preocupó ni sospechó siquiera de las necesidades del comercio y de la industria. Ya hemos llamado la atención de nuestros lectores en esta aparente anomalía al tratar de la transcripción; en el desenvolvimiento del derecho, como en el desarrollo de todas las facetas de la humanidad, hay que dar su parte, y grande, á un gobierno providencial; lo que quieren los hombres no siempre es lo que Dios quiere. Ya hemos señalado la mano de Dios en la historia de la humanidad; habría que escribir la historia del derecho bajo este punto de vista; se vería en cada página la confirmación de esta consoladora verdad: que los hombres son los artesanos del progreso; que ellos mismos lavan su destino, pero bajo la dirección de Dios.

165. Las pasiones de los hombres y sus intereses egoístas ponen obstáculos al progreso de las instituciones políticas y civiles. Aun hay partidarios del pasado que sienten y mal-

1 Grenier, informe núm. 7 (Loché, t. VIII, p. 254). Compárese Martou, Comentario, t. II, p. 295, núm. 685.

dicen á la Revolución Francesa; se imaginan que los progresos legítimos se hubieran realizado por la acción lenta y pacífica del tiempo. La historia del derecho privado nos ofrece á este respecto una enseñanza que es bueno hacer constar. Hubo si no leyes cuando menos ministros que tenían la pasión del bien general; intentaron introducir la publicidad de las hipotecas y fracasaron. Se lee en las Memorias de Sully que este gran ministro quería «que ninguna persona, cualquiera que fuese su *calidad* ó *condición*, pudiera pedir prestado sin que se declararan las deudas que ya tenía el solicitante, á qué personas las debía y en qué bienes.» Hé aquí la publicidad y la especialidad. Pero se ve también que el amigo de Enrique IV tenía la oposición de los que invocaban su *condición* y su *calidad* para combatir por interés de casta las medidas que el bien del Estado inspiraba á las leyes ó á sus consejeros. Un edicto de 1581 ordenaba la inscripción en un registro especial de todo contrato conteniendo obligación por más de cinco escudos, á falta de la cual no se adquiría la hipoteca. El edicto fué revocado en 1588. Renovado en 1606 por Enrique IV encontró una resistencia unánime en los parlamentos; uno solo, el de Normandía, lo aceptó. Cuando la discusión del Código Civil los partidarios de la hipoteca oculta reprocharon á los autores de estos edictos el haber prescripto la publicidad sólo por interés fiscal; la acusación es temeraria cuando se dirige á Enrique IV y á Sully. En el fin del siglo XVII se encontró un ministro que recogió la idea de Sully. Colbert instituyó registros públicos destinados á dar á conocer á los terceros los derechos de hipoteca, pero el edicto de 1672 fué ya reportado el año siguiente.

¿De dónde procedía esta constante oposición que ponía obstáculos á la reforma de las leyes civiles? Sully nos lo dió á entender. Colbert acusa las malas pasiones de la nobleza y las preocupaciones en el *testamento* que lleva su nombre.

Aunque no sea obra suya nos enseña las causas que hicieron fracasar las tentativas de Luis XIV, como habían fracasado las de Enrique IV y de Sully. El Parlamento, dice el autor, demostró que la fortuna de los más grandes de la corte se nulificaría por la publicidad que se diera á los cargos cuyos bienes poseían, teniendo la mayor parte de ellos más deudas que haber, y no encontrarían crédito cuando los acreedores conocieran el verdadero estado de sus negocios. Singular objeción que probaba precisamente la necesidad de la publicidad, pues ¿para qué servía el crédito que daba una fortuna aparente? Para engañar á los terceros que contrataban en la ignorancia de estos cargos. (1)

166. Tal es el poder de las preocupaciones de castas que ciega á los que mejor piensan. ¿Quien creyera que d'Aguesseau, el ilustre Canciller, tomó la defensa de las hipotecas ocultas contra Colbert! (2) «Siempre se ha creído, dice, que nada es más contrario al bienestar y á la ventaja de todas las familias como dar á conocer el estado y la situación de la fortuna de los particulares.» ¿Quién es *se*? Los nobles, que tenían interés en la clandestinidad para engañar más fácilmente á aquellos con quienes trataban en fe de su riqueza mentirosa. D'Aguesseau lo confiesa: «Un italiano dijo antaño que la opinión era reina del mundo; si esto es verdad se puede decir que es en Francia donde estableció el sitio de su imperio; se vive, se subsiste sólo por la opinión; el *crédito* y la confianza sólo se fundan en la *opinión*, y es quitar á los hombres sus últimas riquezas el quitarles esta fama que substituye sus bienes aun cuando todo lo han perdido.» Que un noble gaste semejante lenguaje nada más natural, ¡pero un jurisconsulto! ¿Acaso los acreedores prestan sus capitales con hipoteca por la *opinión*? ¿Y debía un canceller defender á los nobles sin vergüenza contra sus víc-

1 Testamento político de Colbert, cap. XII, p. 551, edición de 1693.

2 Obras de d'Aguesseau, en 4.º, t. XIII, p. 620.

timas? Apresurémonos á agregar que tal no era el pensamiento del Ministro de Luis XIV; supone que aquellos á quienes prestan los terceros en la fe de los bienes que no tienen llegan á rehacer su fortuna. Esto puede suceder una vez en ciento. Y de los noventa y nueve prestamistas que son víctimas de esta singular teoría ¿qué sucede con ellos?

167. D'Aguesseau era un hombre de corte; es el órgano de la nobleza, no es el órgano del derecho cuando hace una requisitoria en favor de las hipotecas ocultas. Los legistas no eran de su opinión, aquellos, sobre todo, que por la especialidad de sus trabajos habían hecho un estudio profundizado del régimen hipotecario y de sus vicios. Loyseau dice que es grande el inconveniente de que innumerables hipotecas gravan el suelo implicando cada contrato un derecho real. Insiste en el peligro que existía en adquirir inmuebles. El adquirente de buena fe bien piensa estar seguro de lo que se le vende, y después se ve despojado por medio de una hipoteca que le era imposible conocer y descubrir por haber sido secreta. (1) Basnage (2) y d'Héricourt (3) formulan las mismas quejas; los prestamistas eran engañados tanto como los adquirentes. Sólo había un remedio para este mal, d'Héricourt lo indicó: era erigir en lo general la publicidad que prohibía las costumbres de empeño.

En relación con las quejas formuladas por los legistas hay que colocar una declaración del Parlamento de Flandes. Un edicto de 1771 extendió á los países de empeño el sistema hipotecario que regía en toda la Francia; el Parlamento resistió, y su resistencia era legítima; se apoyaba no en preocupaciones sino en hechos: «La publicidad de las hipotecas, dice, es la obra de la sabiduría, el sello y seguridad de las propiedades.» El Parlamento considera la pu-

1 Loyseau, Tratado del abandono, libro III, cap. I, núms. 14 y siguientes.

2 Basnage, Tratado de las hipotecas, cap. I, p. 10 [edición en 12, de 1702].

3 D'Héricourt, Tratado de la venta de los inmuebles, cap. IX, sec. III, números 8 y siguientes, y cap. XIV, núm. 7.

blicidad «como un derecho fundamental cuyo uso había producido en todos los tiempos los más dichosos efectos y había introducido tanta confianza como facilidad en los negocios que los pueblos belgas hacen entre sí.» «Las hipotecas se conservan del mismo modo en los Países Bajos franceses, austriacos, holandeses, y los pueblos de estos varios países hacen entre sí infinidad de negocios con entera confianza.» (1)

168. Cuando la discusión del Código Civil se hizo un reproche y casi un crimen á las costumbres de empeño en haberse manchado con feudalismo. Es verdad que las formas eran feudales, pero el principio de la publicidad no era seguramente un abuso del feudalismo. ¿Qué debía hacerse? Mantener el principio y cambiar las formas. Esto es lo que hizo la Asamblea Constituyente; suprimió (ley de 27 de Septiembre de 1790) las formalidades del empeño feudal y los reemplazos por la transcripción del contrato en la secretaría de los tribunales. Así el legislador mantuvo el empeño en su esencia; la publicidad permanecía judicial, como lo era en nuestras antiguas costumbres. La ley de 1790 sólo era una medida transitoria; el modo de publicidad que prescribía procedía de la confusión de la jurisdicción contenciosa y de la jurisdicción voluntaria. Dió lugar á una publicidad administrativa, lo que estaba en armonía con el principio constitucional de la separación de poderes; la jurisdicción voluntaria ó graciosa pertenece á los agentes del Poder Ejecutivo, nada tiene de común con el ejercicio del Poder Judicial. La ley de 3 Mesidor, año III, instituyó los conservadores de hipotecas y adoptó otro modo de publicidad; en lugar de transcribir en la secretaría las actas constitutivas de hipotecas el conservador fué encargado de darles publicidad haciendo la inscripción en registros des-

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 16 (Loché, t. VIII, p. 238).
P. de D. TOMO XXX—21