

No debo concluir sin llamar la atención sobre un detalle que, apareciendo de escasa importancia, la tiene, sin embargo y grande, por lo que mira al concepto que la Suprema Corte se forme de la cuestión. Entre los anexos del folleto publicado por el Sr. Kent, se encuentra una *traducción* de la carta ó circular que ha motivado su querrela de calumnia. Este proceder es el resultado de una deliberación formal, pues, si el documento hubiera sido presentado en el idioma en que fué redactado, en inglés, la Corte habría podido persuadirse con la simple consulta de un buen diccionario, de que solamente con el propósito inquebrantable de provocar un conflicto se ha podido fundar en dicho documento una acusación de calumnia.

Bien sé que el alto Tribunal al que tengo la honra de dirigirme no puede ni debe ocuparse en estas cuestiones incidentales, comparadas con la cuestión constitucional que se le somete en este juicio de amparo por violación de garantías, pero como la parte contraria ha tratado de impresionar el ánimo de los Señores Magistrados, presentándome ante ellos como un discolo que provoca pleitos y dificultades por tener el ruinoso placer de litigar, me he visto obligado á defenderme de esa imputación tan injusta. Por lo demás, conocida como es la jurisprudencia de la Suprema Corte en la controversia de que está conociendo, y establecido como lo está, que esa jurisprudencia no es una novedad creada por los tribunales mexicanos, si no que es la de la mayor parte de los pueblos cultos, aguardo tranquilo la decisión que ha de pronunciar la última palabra en este juicio, seguro de que ella ha de ser justiciera.

México, Marzo de 1890.

*C. Eisenmann.*

*Lic. E. Pardo, jr.*

## ESTUDIO COMPARATIVO

DE LAS

### LEGISLACIONES HIPOTECARIAS FRANCESA Y ESPAÑOLA.

No es un estudio completo el que nos proponemos hacer sobre materia de tanta importancia, cuyo desarrollo acabado exigiría más tiempo y más espacio de los que podemos disponer; vamos tan sólo á trazar un ligero boceto en el que se marquen las líneas generales y que pueda servir de estímulo para que otros más competentes pinten el cuadro á la perfección y presten de este modo un servicio á la ciencia jurídica.

Muy digna de estudio es, en efecto, la Legislación hipotecaria francesa comparada con la española, porque parten de sistemas distintos y ofrecen en sus contrastes aquellas importantes enseñanzas que tan valiosas son y tan aprovechadas han sido en todo tiempo para el progreso de las instituciones jurídicas.

Obsérvase, desde luego, que las disposiciones contenidas en el Código civil francés referentes á esta materia, con relación á su tiempo, fueron realmente un modelo, digno de la imitación de que han sido objeto por parte de otras naciones. Ciertamente es que el sistema resultó luego inferior al prusiano, pero preciso es reconocer que en Francia no existían los antecedentes históricos que en Prusia se encontraron, y que por entonces el estado de la ciencia jurídica en este punto no permitía percibir claramente qué tendencias podrían resultar más acertadas.

Pero si en este sentido el Código civil francés resultó aceptable, no puede decirse lo mismo acerca de las reformas posteriores que en materia hipotecaria se han realizado en Francia.

Lo más sustantivo de ellas está comprendido en la ley de 23 de Marzo de 1855.



Ya podía entonces juzgarse con acierto sobre la bondad de los distintos sistemas; la ciencia se había pronunciado en favor del prusiano, y, sin embargo, la reforma de la legislación francesa por virtud de la ley citada, si bien realizó un relativo progreso en esta materia al determinar y concretar los antiguos conceptos é introducir algunos nuevos, respetó en su esencia todas las disposiciones contenidas en el Código de Napoleón.

Tal vez se debió esto á la exageración del sentido histórico, á esa profunda veneración que siempre se guardó entre los juriconsultos de la nación dicha al Código civil, considerándolo como cosa sagrada cuya reforma constituyera una profanación, pudiendo también atribuirse dicho exagerado respeto y la consiguiente deficiencia indicada, á que los legisladores franceses, aun comprendiendo lo imperfecto de sus leyes en este punto, no se atrevieron á realizar su reforma radical de un solo golpe. Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que de aquí surge ya una gran divergencia entre el derecho positivo francés y la legislación española que siguió rumbo diverso.

Era nuestra antigua legislación hipotecaria más deficiente aun que la francesa; pero al realizarse la moderna reforma, se inspiraron sus autores en lo más perfecto, ó sea en el derecho prusiano, y de una vez se dió el salto desde lo primitivo y casi rudimentario, á lo más perfecto y científico á la sazón conocido; sin que para ello infundieran temores ni duda la falta de organismos jurídicas y antecedentes históricos de que los prusianos pudieron disponer, y cuya relativa carencia en España es todavía la rémora principal para que se logre en toda su plenitud el planteamiento de una perfecta organización de la propiedad.

No se ha logrado en Francia fundamentar el crédito *real* de tal modo que pueda decirse que es independiente del crédito *personal*; se ha creado el Registro de la propiedad tomando por base el sistema de la publicidad y adoptando también, aunque con timidez, la distribución ó especialidad de gravámenes; pero no se han desarrollado en toda su extensión estos principios, ni se ha logrado organizar la propiedad inmueble de tal modo, que tenga por sí misma aquella existencia jurídica, sin la cual las circunstancias personales del propietario serán siempre un fac-

tor en el crédito *real*, y por consiguiente, las fincas valdrán más ó menos, según en poder de quien se encuentren.

En esto es la legislación española superior á la francesa, sin que entendamos por ello que alcance, ni con mucho, la perfección. El buen deseo de sus autores se ha cumplido en parte. Las bases del crédito territorial se han definido por medio de la inscripción especial de cada finca; los principios de publicidad y especialidad se han desarrollado por completo con entera franqueza, y si este derecho hipotecario resulta todavía deficiente, es porque se carece de un catastro como el prusiano, sin el cual la identificación de las fincas no será jamás segura, y porque en el desarrollo de tan radical reforma no se ha conseguido la claridad y sencillez deseada para deducir en cada caso, por lógica rigurosa, las consecuencias jurídicas de todo el sistema.

La ley francesa del año 1856 dejó intacto el antiguo derecho, perfeccionando su desarrollo concreto; sus deficiencias consisten en su sentido profundamente histórico.

La moderna legislación hipotecaria española, por el contrario, es deficiente porque su sentido radical no ha logrado un desarrollo completamente armónico, entre otras, por las razones anteriormente indicadas.

La ley francesa de 1855 se amoldó por completo al Código civil. La reforma española se hizo con tal independencia del antiguo derecho, que no en vano sus autores, al justificar la extensión del proyecto, dijeron: que éste cambiaba profunda y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas; que casi todas las disposiciones que hasta allí habían regido respecto de ellas, sufrían en mayor ó menor escala, cambios importantes; que el derecho civil experimentaba alteraciones transcendentales en la mayor parte de sus instituciones, afectando en el orden de la familia á la sociedad conyugal y á la patria potestad, en el de tutelas y curadurías á las relaciones entre el menor ó incapacitado y los que están encargados de su guarda; en el de la propiedad y demás derechos en la cosa, á su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones; en el de las sucesiones, al respecto á la voluntad del testador ó á lo dispuesto por las leyes, y en los contratos á la seguridad de su cumplimiento; y que la reforma afectaba ade-



más á las leyes de procedimientos y hasta á las administrativas, por los intereses que en uno y otro orden venían á ser amparados.

De estas indicaciones se deduce que, entre la legislación hipotecaria francesa y la española, no existen más puntos de analogía que aquellos preceptos derivados ya del derecho romano y tan sustantivos en el derecho civil, que son comunes á todas las legislaciones y han de sobreponerse á toda reforma mientras subsistan los moldes en que viven las modernas sociedades.

Claro es que, tratándose de materia análoga, aunque los sistemas sean distintos, existen puntos de analogía en lo accidental ó adjetivo; pero en aquello que tienen de sustantivo las instituciones jurídicas, resulta que siendo radicalmente distintos los sistemas hipotecarios prusiano y francés y aproximándose el español en sus fundamentos al primero, difiere esencialmente del segundo bajo sus principales aspectos, y por lo mismo puede asegurarse que en conjunto legislación hipotecaria, española aun cuando dista bastante del ideal prusiano, es científicamente superior á la francesa.

Para demostrar la verdad de esta afirmación, ha de bastarnos fijar la atención en los puntos más culminantes del derecho positivo francés.

Comenzando por el carácter de su Registro de la propiedad y la forma en que se lleva, observamos que, si bien parte de la base de la publicidad para establecer que no producen efecto contra tercero los actos y contratos relativos á los bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre los mismos si no están inscritos, en cambio su inscripción, ó, para ser más exactos, su *transcripción*, no presta sólida garantía á la propiedad, puesto que, para practicarla, no se exige, como en nuestra legislación, que se depure por el encargado del Registro, mediante su dictamen y bajo su responsabilidad, la validez de aquellos actos ó contratos y las circunstancias intrínsecas de los títulos en que constan.

Será, pues, el Registro francés un índice más ó menos completo, ó una serie de copias de los documentos que constituyen la historia de las fincas; pero de su examen no puede deducirse

el conocimiento exacto del estado de la propiedad privada, pues bajo las apariencias de una titulación irreprochable cabe la realidad de toda clase de nulidades, y en aquella legislación, como en la española, los actos y contratos nulos no se convalidan por la inscripción.

Sería trabajo muy extenso y fuera de los límites de nuestro propósito descender al estudio detallado de todo cuanto se refiere á la forma de llevarse el Registro de la propiedad en Francia. Sobre esto sólo debemos advertir que allí se practica, por regla general, la *transcripción* de los títulos, habiéndose adoptado únicamente en cuanto á las hipotecas el ventajoso sistema de la *inscripción*, á diferencia de España en que este último sistema es el adoptado sin excepciones; aparte de las consecuencias que se deriban de ambos sistemas por la reglamentación que cada cual ha exigido y cuyo examen detallado no ofrece interés, obsérvase que la legislación francesa es, en esta materia, tan sobria como la española minuciosa y hasta casuística, siendo digno de mención el detalle de que mientras aquella no establece preferencias entre los títulos presentados al Registro en distintas horas de un mismo día, en esta se distingue la preferencia entré títulos presentados en distintos momentos de una misma hora, siendo en esto, sin género alguno de duda, más previsora que la ley francesa en un punto que, en determinados casos, puede ser de gran trascendencia para los particulares interesados.

En lo que se refiere al tratado especial de las hipotecas, se observa que el Código civil francés conserva, y la ley de 1855 no ha variado, la antigua y fundamental clasificación de hipotecas legales, judiciales y convencionales. Sabido es la que moderna legislación española introdujo la novedad de suprimir las hipotecas judiciales incluyéndolas entre las anotaciones preventivas. No creemos que esta variante constituya una gran ventaja: en el fondo continúa siendo la misma idea, y respecto de la denominación, quizá la antigua, que en el derecho francés se conserva, es la que con más claridad expresa el concepto jurídico de esta clase de garantías.

Pero prescindiendo del examen de las palabras y penetrando en la esencia de las hipotecas, se advierten muy radicales



diferencias entre una y otra legislación. En Francia se conservan las hipotecas legales como generales, y, por consiguiente; ocultas; pues por más que existen disposiciones que tienden á desvirtuar este carácter de las hipotecas que asisten á las mujeres casadas y a las menores é incapacitadas sobre los bienes de sus maridos y guardadores, siempre resulta la posibilidad de que aparezcan como libres fincas que están sujetas á considerables responsabilidades, cuya falta de inscripción no perjudica á las personas á cuyo favor se crearon tales hipotecas. Ciertamente es que se establece la obligación de los maridos y tutores de hacer públicas tales hipotecas, bajo la pena de apremio personal si contratan sobre sus bienes sin cumplir aquel deber pero esto no es suficiente garantía para el tercero, ya que las hipotecas legales quedan subsistentes aunque no le hayan sido conocidas, y el castigo que se imponga al deudor de mala fe no remedia los perjuicios que el acreedor haya podido sufrir en sus intereses.

Se concede á los maridos y tutores, en el Código francés, la facultad de convertir en especial sobre bienes determinados la hipoteca general que pesa sobre todos los que poseen; pero como esto es simplemente potestativo, deja en pié todos los inconvenientes del sistema de hipotecas generales y ocultas.

Frente á este sistema existe el prusiano, y á imitación del prusiano el español, que establece la especialidad de las hipotecas legales y la necesidad absoluta de su inscripción para su validez; con lo cual el tercero no puede sufrir perjuicio que provenga de los privilegios con que las leyes amparan á las mujeres casadas y á los menores é incapacitados.

Innecesario nos parece demostrar la superioridad de este sistema sobre el francés; en esto la ciencia jurídica ha dictado ya inapelable fallo, y aunque podamos presumir que todavía quedan horizontes amplísimos que el progreso no ha logrado conquistar, puede asegurarse que los principios fundamentales del sistema español de hipotecas, tomados de la legislación prusiana, tiene la fuerza irrefragable de verdaderos axiomas, si es que en las ciencias sociales vale esta frase.

No se ha alcanzado en España un desarrollo tan completo del sistema prusiano, que no queden en su legislación

grandes lunares que llenar; pero en cambio se ha logrado tenerla superior á la francesa.

Tarea muy larga sería continuar este parangón hasta recorrer todos los extremos que abraza esta parte del derecho civil. Con lo dicho basta para que esté cumplido el objeto que nos proponíamos, y que no era otro que el de llamar la atención á estos estudios, cuya trascendencia quizá no esté bastante apreciada, puesto que hasta ahora no se les ha prestado la atención que por su importancia merecen.

España progresa en materia hipotecaria, y de ello nos convence el observar cuál es el estado actual del derecho francés en comparación con el suyo. Reducido el resultado de esta comparación á un concepto sintético, pudiéramos decir que el sistema hipotecario francés es el derecho español antiguo, y su Registro la antigua Contaduría de hipotecas, aunque todo ello mejor definido que en las antiguas leyes españolas: y el que sistema español actual es una aproximación á lo más perfecto que hoy se conoce en esta importante rama de las ciencias jurídicas.

No hemos de poner fin á estas líneas, sin ántes de decir algo sobre un extremo que creemos encierra gran interés.

En España lo radical de reforma hipotecaria y la minuciosidad con que se quiso definir cada concepto, exigieron la publicación de una extensa ley, y no de un menos extenso reglamento: y han exigido después multitud de disposiciones para variar, ampliar ó concretar, según las enseñanzas de la práctica en cada caso, los primitivos textos.

Todo ello constituye un *Cuerpo de derecho* en que se ha vertido todo el sistema: allí está lo sustantivo y lo adjetivo, lo fundamental y lo reglamentario, lo esencial é invariable y lo accidental y perfectible.

La necesidad de ordenar y refundir el derecho vigente se impone; pero ¿cómo debe hacerse esta refundición, publicando una nueva ley y un nuevo reglamento tan extensos, por lo menos, como los primitivos, y constituyendo un ramo de la legislación independiente, ó aprovechando por el contrario la ocasión que ahora se presenta de incluir en el proyectado y deseado Código civil todas aquellas disposiciones referentes á



la materia hipotecaria que por su carácter fundamental quepan en él? Nosotros creemos conveniente esto último.

La legislación hipotecaria es esencialmente civil, y dentro del derecho civil es esencialmente fundamental. Dejarla fuera del Código, sería hacer un Código incompleto.

Y no puede alegarse en contra el temor de que esto haría difíciles las reformas que exigiera el progreso. Lo reformable por propia condición es lo adjetivo y reglamentario, y esto claro es que no había de concluirse en el Código; pero lo que tiene de fundamental y sustantivo derecho hipotecario español bien merece figurar entre lo más fundamental y sustantivo del derecho civil; pues si á las principales disposiciones de éste les concede tal rango su abolengo, á las principales disposiciones de aquél las abona su origen científico y su importancia jurídica; y no hay peligro de que las variaciones en esta materia perturben la estabilidad del conjunto, pues quizá todas las instituciones civiles están á ello más expuestas; y, en último término, ojalá que esta fuera la única causa que el porvenir se presentara para reformar el Código, pues seguro es que la reforma habría de ser para recorrer el camino que resta hasta alcanzar el planteamiento de sistema en toda su pureza é integridad, á lo cual desgraciadamente se oponen obstáculos tradicionales muy difíciles de vencer en poco tiempo, y si el Código civil no reclamaba reformas en otros extremos, es que habríamos logrado el mejor Código del mundo.

Ignoramos qué criterio presidirá sobre este punto, entre los ilustres jurisconsultos encargados de la redacción del proyecto de Código civil español; pero abrigamos la esperanza, muy cercana á la seguridad, de que no desaprovecharán la ocasión que se les presenta por vez primera de hacer, con respecto al derecho hipotecario, lo que respecto del suyo han hecho otras naciones, ó sea conceder el puesto que merece en sus respectivas legislaciones civiles.

LUIS GENOVÉS.

## EL MINISTERIO FISCAL.

### CAPITULO 2º

*Nombres y títulos de los funcionarios que ejercen el Ministerio Fiscal que también se llama Público.—Su categoría ó rango oficial.—Su representación.—Su independencia respecto de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones y su libertad de acción ó gestión respecto de la misma autoridad.*

(CONCLUYE.) (1)

#### § XLVII.

Hasta aquí hemos demostrado que tanto el Fiscal como el Procurador general de la nación tienen una muy alta representación; que su categoría oficial es igual por completo á la muy alta y suprema dignidad de los Magistrados de ese Supremo Tribunal, y que era necesario investirlos de este respetabilísimo carácter en razón de las nobles y delicadas funciones que tienen que ejercer.

#### § XLVIII.

Y como los Promotores tienen que ejercer en 1ª y 2ª instancia funciones idénticas á las que encomendadas están al Fiscal de la Suprema Corte y al Procurador general de la Nación, necesariamente tuvieron que ser colocados en una categoría, sino igual á la del Fiscal de la Suprema Corte y del Procurador general de la Nación; si tan respetable respectivamente, como la de los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito por el principio que enseña que *Ubi cadem est ratio cadem esse debet juris dispositio*, es decir, que teniendo que ejercer funciones idénticas, deben tener respectivamente las mismas consideraciones.

[1] Véase la pág. 192 y siguientes de esta Revista.—Tom. 3º