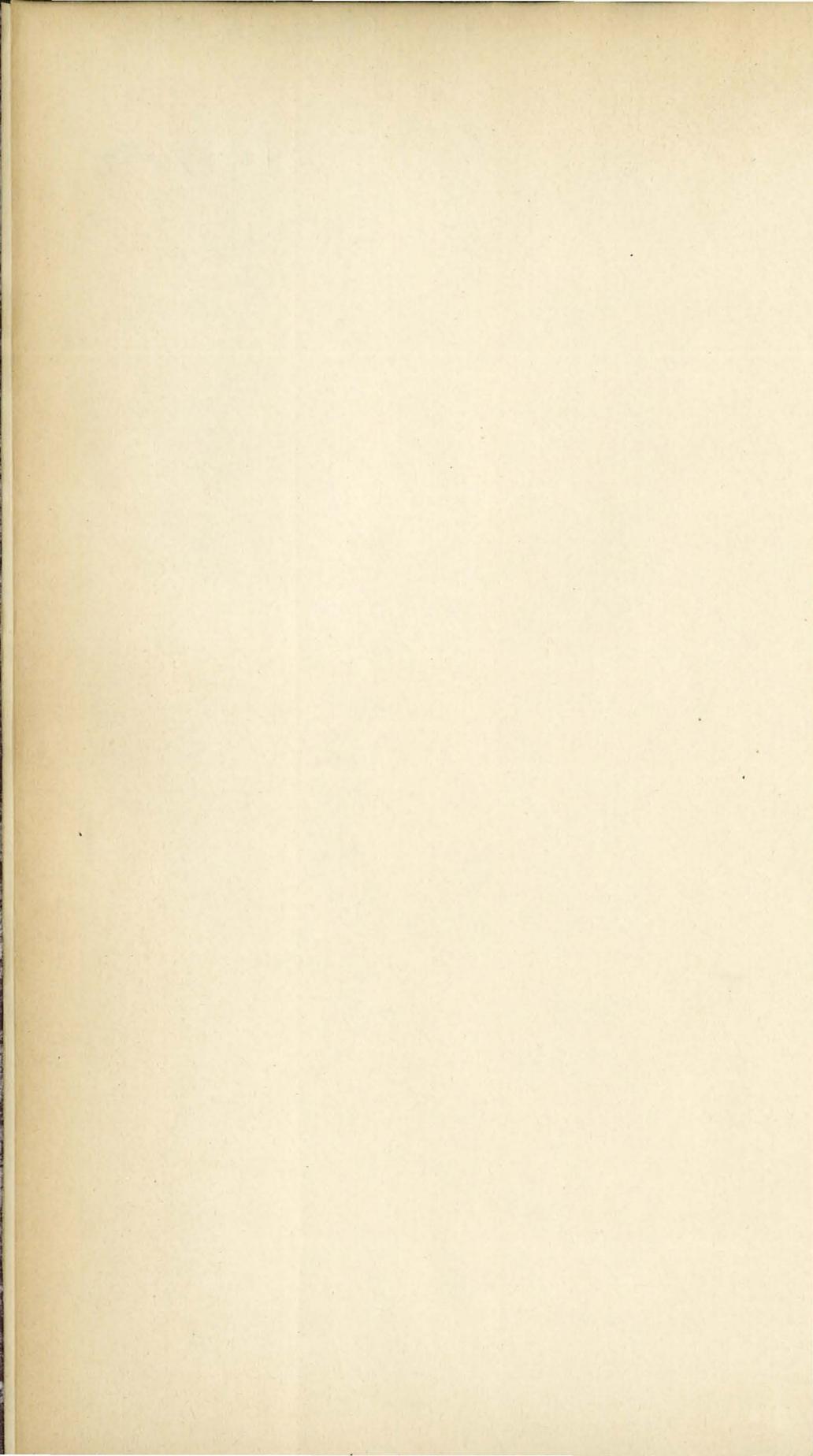


CB100207224Z

FR 77/99C

REGLAMENTO FEDERAL ESPAÑOL



DERECHO FORAL ESPAÑOL



1869 01701

Cataluña

Aragón

DERECHO FORAL ESPAÑOL

EN SUS RELACIONES
CON EL CÓDIGO CIVIL, LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

POR

Federico Barrachina y Pastor

ABOGADO Y NOTARIO

Tomo I

CASTELLÓN

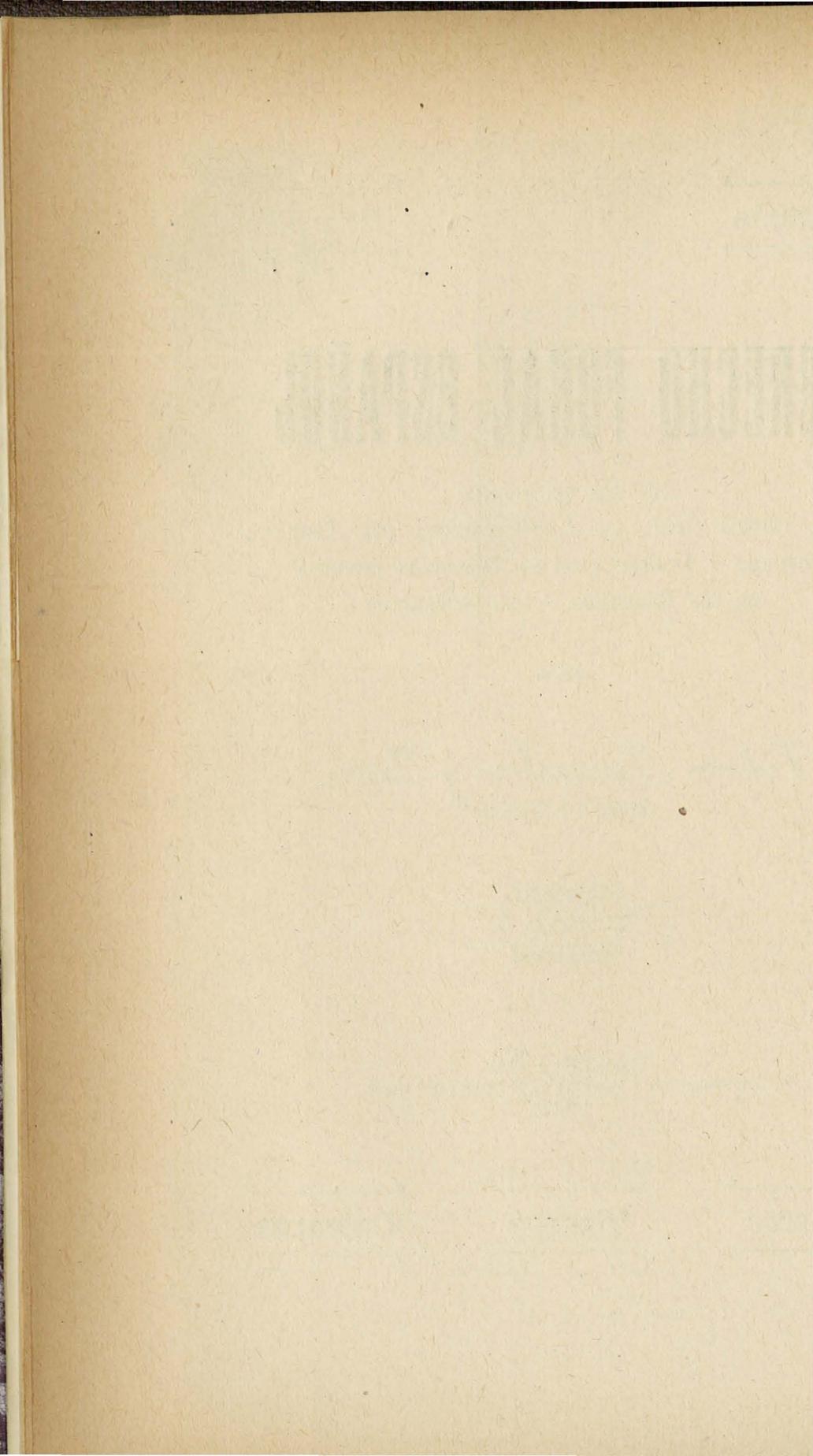
Establecimiento Tipográfico de J. Armengot é Hijos

1911

Navarra

Vizcaya

Baleares





PROEMIO

Nos proponemos presentar sistematizado y en vivo, valga la frase, el Derecho civil foral español, empeño por demás complejo y difícil si se ha de acometer con arte, para alcanzar el acierto debido: complejo, porque no se trata de sistematizar, en lo posible, la legislación foral existente en determinado territorio de España, sí que las de todas las regiones conservadoras de su derecho escrito y consuetudinario y en algunas, además de éstos, del supletorio, exótico, confuso y anticuado, anterior al Código civil; difícil, porque habiendo penetrado este último cuerpo legal en las regiones aforadas, sobreponiéndose al peculiar de éstas en lo que respecta á las disposiciones contenidas en los títulos preliminar y cuarto del libro primero, así como en otros puntos, como ha declarado el Tribunal Supremo de Justicia y resuelto la Dirección general de los Registros y del Notariado, se ha agrandado el caos, donde, con gran facilidad, puede extraviarse el juicio; de consiguiente, nada de extraño tendrá que quien escribe estas líneas incurra en lamentables olvidos y crasos errores disculpables por el lector benévolo, capacitado de la magnitud espinosa y arriesgada de este cometido.

CRITERIO DEL DERECHO

Dentro de la manifestación del Derecho en su forma expon-tánea, la costumbre, y en su expresión reflexiva y artística, la ley, descubre el intelecto un principio de unidad permanente y funda-mental, cual es el que aquél sirve de regla ó norma de enseñanza y ejecución en las acciones voluntarias de los hombres, por así exigirlo la convivencia social. Ese principio muéstrase diversificado en una variedad infinita, conforme á la manera como cada raza y pueblo ha sentido la noción de lo justo á través de las fases que ha recorrido la humanidad por ley histórica y providencial del progreso humano.

Sólo combinando los principios de unidad y variedad con arreglo á un criterio de razón, ayuno de prejuicios, despojado de todo apa-sionamiento, en un ambiente de cultura y de circumspecta reveren-cia á lo que debe subsistir por la bondad que encierra, es como puede llegarse, con el proceso evolutivo, á la armonía jurídica ne-cesaria para la vida de las sociedades, nota exigida á toda produc-ción de la actividad humana.

Ni la costumbre ni la ley, producciones externas de la concien-cia social, son fenómenos estáticos y simples, sí que dinámicos y complejos, con acción constante y modeladora de instituciones y con la vida y eficiencia que les presta el consenso del pueblo, de cuya con-textura moral son parte integrante. Decimos que no son fenómenos simples, porque la costumbre se forma con los usos, dichos y hechos, y las leyes, aún cuando descansen sobre ella, por regla general, tanto en su formación como en su urdimbre, objetivan variedad de ele-mentos recogidos del país, reveladores del modo de ser y de vivir de éste, de su peculiar fisonomía y de su carácter.

Tan cierto es que la costumbre y la ley no son fenómenos estáticos, que si se momifican por el desuso quedan sustituidas inmediatamente por otras más adecuadas, al imperativo categórico de la conciencia social, para que sirvan de fórmula al Derecho y de pauta á las acciones de los hombres. Por eso se dice que el Derecho es vida, como vida es la Ciencia y el Arte, mediante cuyas discipli-nas—de la voluntad la primera, de la inteligencia la segunda y del sentimiento el tercero—la actividad humana, siempre incesante y

fecunda, se desenvuelve, dentro de su gran ciclo, conforme á los principios de unidad, variedad y armonía.

Pero el Derecho, siendo un fenómeno dinámico, descansa forzosamente en supuestos estáticos, cuales son la raza, el medio, la lengua, la tradición y la nacionalidad.

Las diferencias étnicas, por mucho que las borre el tiempo y desaparezcan lentamente por efecto de los cruzamientos de razas á que contribuye la facilidad en las comunicaciones entre los hombres, revélanse por medio de líneas físicas, tales como la estatura, proporción de las extremidades y configuración del cráneo, así como por líneas espirituales que forman el carácter é idiosincrasia natural de cada pueblo, amante y venerador de todo cuanto es conforme á su alma, así como odia y rechaza lo no avenido con su personalidad histórica.

Aunque se ha exagerado mucho acerca de la influencia del medio ambiente en el grado y forma en que la actividad racional se despliega, no puede negarse que es factor potísimo en la dinámica jurídica. No ya la configuración del país, su temperatura y salubridad,—por más que todo esto es propio del elemento geográfico—sí que la aptitud de los habitantes, la educación que han recibido y hasta las supersticiones que conservan, taras de civilizaciones extintas, deben tenerse muy en cuenta cuando, sintiendo hondo y pensando alto, desprovisto el intelecto de todo prejuicio nocivo, estudia el derecho peculiar de cada región.

Por el lenguaje se expresan los estados anímicos tanto de conciencia como de inconciencia. En orden al primero, constituido por la palabra hablada ó escrita, su influencia, aún sin ser decisiva en la generación del derecho privado, entraña grandísima importancia y no debe sustraerse á la penetración del que lo critica.

Mas que la raza, que el medio ambiente y que la lengua, influye la tradición, con todos sus atributos y prerrogativas, en el régimen jurídico de los pueblos. Por ella se cumple uno de los predicados ineludibles de la evolución, consistente en que cada generación transmite á la que la subsigue el legado espiritual que recibiera de su causante, para que se perpetúe en el orden real de los hechos; de esta suerte es como se levantan instituciones jurídicas reverenciadas por la sociedad y cubiertas con las promulgaciones del tiempo.

Pero el factor más poderoso y decisivo en la formación del derecho particular, de privilegio ó de excepción como lo llama el eminente Alonso Martínez tanto escrito como consuetudinario, es hoy

la nacionalidad, entidad de último grado que cumple todos los fines de la vida racional dentro de las condiciones de lugar y tiempo.

La nación es una verdadera personalidad histórica; dentro de ella se reúnen los elementos étnicos, de medio ambiente, de lengua, de tradiciones y de historia; además es resultado, particularmente en España, de sentimientos religiosos que sirvieron al ideal patriótico de la Reconquista, y así como la ausencia de alguno de esos elementos, laborando aisladamente ó en unión de otros, creó el regionalismo dentro del espíritu nacional, formando las literaturas de las regiones, enriquecidas con sus producciones estéticas, es evidente que mediante el proceso evolutivo, á impulsos de las costumbres, por fuerza de la necesidad y por concesiones del Poder público, surgió el *regionalismo jurídico*, constituyendo un régimen al que los habitantes de determinados territorios ajustan su actividad y su conducta.

En un libro de literatura española leemos lo siguiente: «Solo cuando individuos de la misma raza participan del mismo medio, hablan la misma lengua, tienen las mismas tradiciones, la misma historia y viven sometidos á las mismas leyes, puede decirse que forman una nacionalidad». ¿Puede tomarse ésto como artículo de fe, como categoría ante la cual se rinde la razón? En modo alguno, porque, de ser cierto, los españoles, procediendo de la raza latina—y sobre esto habría mucho que decir—hablando el mismo idioma oficial, y teniendo desde el siglo XV una historia común llena de grandezas y de reveses, no vivimos sometidos en el orden civil á las mismas leyes. De donde se colige que España no es una nación, si tomamos como verdadero y concluyente el concepto arriba copiado.

No participamos de él: dijérase que las leyes en que deben vivir los hombres, cuando constituyen nacionalidad, son las de carácter público interno—en sus formas de político, administrativo, social, económico, punitivo y de procedimientos—y aquella definición sería verdadera, dado que la diversidad en las leyes civiles y de comercio no es parte para privar de ese carácter nacional á la reunión de pueblos unidos por la raza, la lengua, las tradiciones y la historia, regidos y gobernados por un mismo Poder público con sus órganos delegados que desenvuelven su actividad dentro de la constitución política y con arreglo á las leyes positivas.

Si se dijera que en España no se ha llegado todavía al último grado de la evolución con la existencia acabada y perfecta del Estado nacional, aspiración que debe cumplirse, exigente de uniformi-

dad en el Derecho, lo mismo público que privado, para que unos mismos códigos obliguen, sin excepción, en todos los territorios de la Monarquía, estaríase en lo cierto, ya que no puede negarse que, siendo nuestra Patria con su suelo y su alma una Nación y á la vez Estado, términos que se corresponden, falta constituir definitivamente el Estado nacional, como lo atestigua la diversidad de leyes civiles, de general observancia unas, de excepción ó de privilegio otras, haciéndose preciso, para conseguir la unidad jurídica—labor que no es parva, sí que compleja—la acción eficaz de un fundente, constituido por el empleo circunscripto de una saludable política legislativa á lo largo de una zona de concordia, teniendo por orientación de tan magna empresa estas profundas palabras de cierto repúblico: «Gobernar es transigir».

IMPROPIEDAD DE LA PALABRA «DERECHO FORAL»

La fe y el patriotismo, tomado este último por el amor al país en donde se nace y se vive, contribuyeron á la formación del impropiamente llamado Derecho foral, durante y después de la Reconquista, gloriosa epopeya de siete siglos en la que el Altar y el Trono se unieron para lanzar al poder musulmán del solar de España.

Es impropia la acepción «Derecho foral», empleada en la conversación, en la pluma, en las leyes, en la Cátedra y en el Foro, porque no lo constituyen unicamente el privilegio, la merced y la gracia otorgados por los reyes y señores á sus pueblos; antes al contrario, su mayor parte es producto espontáneo de la conciencia regional, en forma de usos y de costumbres, unas veces con el tácito y otras con el expreso consentimiento del Soberano, que compartía su poder con las Cortes, representadas por el clero, la nobleza y el estado llano.

Todo fuero entraña excepción en el régimen de derecho, ya determinador, ya sancionador, ora sustantivo, ora adjetivo, por razón de las personas, de las cosas, de los actos jurídicos, y de la competencia jurisdiccional para la administración de justicia; y claro que el Derecho aragonés en Aragón, como el catalán en Cataluña y el de cada región respecto de la misma, no es excepcional, sino general

en ellas, producto espontáneo ó reflexivo de la conciencia social; es un derecho de cada uno de aquellos estados que, durante gran parte de la Edad Media, constituyeron una hermosa federación española, según bellamente ha dicho un historiador alemán, modelo, entonces, de un sugestivo sistema político, cuando los reyes de estirpe genuinamente española, compartían su poder civil con las Cortes al efecto reunidas, pero nunca sometidos á soberanías extranjeras.

Nada de extraño tiene que aquellas regiones con sus reyes y sus Cortes tuvieran legislación propia, justicia propia y moneda propia, que son los atributos de todo Estado; pero constituída la nacionalidad española, que fué cimentada en los sentimientos religiosos con las alas gloriosas de la reivindicación, vino el régimen absoluto, exótico (porque en España lo indígena fué la libertad, y lo nuevo, el despotismo, al decir de cierto historiador), resultando que aquellas regiones, orgullosas de mantener su personalidad política, sufrieron una *CAPITIS DIMINUTIO* con decretos de reyes y leyes de Cortes generales del Reino que les privaron de los derechos de legislar y de administrarse justicia, quedando, de este modo, maltrecho y achicado aquel régimen foral, sin que, á pesar de los muchos años transcurridos desde este tremendo golpe de muerte á la personalidad de las regiones, hayan perdido éstas sus legítimas predilecciones por su régimen jurídico, que brotó, exuberante de vida, de la conciencia social, y al que defienden, con mayor ó menor apasionamiento, de toda tendencia absorbente hacia el Derecho común.

De manera que Cataluña, por ejemplo, podrá llamarse nación por razón de su lengua, de su medio ambiente, de su historia, de su literatura y hasta por la llamada psicología de sus habitantes; pero no puede tenerse por Estado: allí, desde el Decreto de Nueva planta, dado por Felipe V en 16 de Enero de 1716, obligan todas las leyes generales posteriores al mismo (menos en aquello que especialmente se determine), así como las especiales, entre éstas la Hipotecaria (código de garantías de la propiedad inmueble), el de Comercio, porque versa sobre lo que es constitutivo del fenómeno mercantil y sus instrumentos de cambio y crédito, y el penal, dado que estriba en hechos ya malos, ya prohibidos, incursos en las prescripciones del Derecho sancionador, reflejo éste de los estados de la conciencia colectiva.

Cumple á nuestro deber trazar á grandes rasgos en este Proemio la Historia externa del Derecho foral, presentando sus fuentes y en qué tiempos aparecieron, lo cual obliga á acudir, incidentalmente,

á su historia política, «maestra de la vida» como la llamó Cicerón. De esta suerte es como podremos estudiar, con conocimiento de causa, las instituciones de cada provincia ó territorio, esto es, lo que al decir de varios tratadistas se llama la Historia interna del Derecho.

En este propósito, debemos empezar por la región foral más extensa, por la que ha demostrado mayor tenacidad en la conservación de su régimen jurídico civil, tanto directo como supletorio, que es

CATALUÑA

Para conocer, siquiera ligeramente, la Historia externa del Derecho catalán, laborado durante largos siglos entre vicisitudes políticas y sociales, importa hacer una reseña de lo que fué el antiguo principado.

En el Señorío catalán arraigó el verdadero feudalismo de los Carlovingios, importado de Francia con todos sus derechos adscritos á la tierra, en forma de jurisdicciones y con sus propias consecuencias que trascendieron al régimen civil.

El feudalismo en Cataluña—la antigua Marca Hispánica, que estuvo sometida á los francos con la organización política francesa—tenía su escala jerárquica: ocupaban su primer peldaño los HOMENS de PARATGE (hombres de localidad ó de poblado), parecidos á los hijos-dalgo de Castilla y á los infanzones de abarca de Navarra, que, procedentes del estado llano, tenían armas y caballo propios, siendo el último peldaño de aquélla el CONDE DE BARCELONA, señor y jefe de la Marca Hispánica, de quien dependían los otros CONDES DE LAS CIUDADES, como los de Vich ó Ancona, Urgel, Rosellón, Ampurias, Perlada, Gerona, Cerdaña, Besalú y el Cabo de Serda. Estos condes, que eran señores de la ciudad y de sus tierras con el mismo carácter que los de Francia, tenían en grado inferior á los VIZCONDES ó VICARIOS que les sustituían en el gobierno.

A éstos seguían, en grado descendente, dentro de la jerarquía feudal, los BARONES, COMITORES y VALVASORES, que eran los que tenían cinco vasallos caballeros, parecidos á los capitanes de las ciudades lombardas.

Conseguida la independencia de Cataluña, formose la unidad de

este país, teniendo por jefe de la Marca Hispánica al conde ó marqués de la Septimania; de él dependían los demás señores, colocados en dichos grados, unidos por vínculo de homenaje, no del señorío, puesto que cada cual se consideraba independiente del otro, dentro de su jurisdicción territorial.

El principio de patrimonialidad, llevado á la sucesión hereditaria del condado, contribuyó poderosamente al engrandecimiento de Barcelona, cuyo radio se ensanchó con una política de alianzas, en términos que, si al principio se circunscribía su poder á dicha ciudad, fué aumentando hasta el punto de extenderse al Mediodía de Francia, pudiendo resistir, de esta suerte, la acción absorbente del Norte de dicha nación.

Los Condes tenían su PLACITUM ó asamblea feudal, formada por altos señores y en la que residían los poderes legislativo y judicial, juzgando á los de condición más alta los de su misma categoría.

El PLACITUM SUPREMO era el del Conde de Barcelona; lo constituyeron nobles de primera categoría, mientras que el PLACITUM de los demás condes estaba formado por nobles de la segunda clase, que juzgaban á la nobleza de este orden, independiente en esto de la jurisdicción atribuída al jefe de la Marca Hispánica.

De manera que, según el esbozo arriba hecho, se combinaron en Cataluña dos principios: el feudal y el federal; el homenaje, y no el vínculo de señorío, unía á los condes con su jefe, el de Barcelona; y cada conde se desenvolvía dentro de su esfera de acción con independencia, ajustando su poder al PLACITUM, fuente legislativa y órgano judicial á la vez, existiendo, además, entre los señores las alianzas ó acuerdos á que obligara la necesidad de hacer causa común en la defensa del territorio y la posesión de los derechos señoriales cuando aquel principado se emancipó de Francia.

La dominación árabe en Cataluña fué efímera; varias de las ciudades que constituyeron la Septimania gobernábanse por el Código de Alarico ó Breviario de Aniano y tenían, además, sus leyes municipales, lo que en Italia se llamaron estatutos.

En cada ciudad habia dos elementos de derecho; el feudal y el municipal, ó sean el que de Francia se importó y el hispano-gótico que continuaba. Lucharon estos elementos; uno representaba la influencia señorial y el otro las demandas del estado llano, lucha que se manifestaba en todas las ciudades, al igual que ocurría en Italia, Francia y otros reinos de España. Llegaron en esa porfía á transacciones, que tuvieron por fórmula los fueros. Barcelona fué la

ciudad á la que más privilegios cupieron en suerte, porque, aunque dentro de sus límites el conde de Barcelona era lo mismo que los de Urgel, Cerdaña, etc., constituía el centro de la unidad y exigía mayor poder de atracción para hacer sentir su influencia; por esto llamó en su ayuda al estado llano, al que, en agradecimiento, le otorgaba franquicias, no sin que continuase la constitución de la curia, organizada lo mismo que bajo el reinado de los godos, influyendo los gremios antiguos y colegios de menestrales de la España visigótica en el régimen jurídico municipal; por todo esto, Cataluña adquirió una importancia política, económica y social, superior á la de los otros territorios de España.

El clero fué también un poderoso factor en la organización política del principado. Desde Carlo-Magno se hallaba sujeto á la centralización romana y no hubo por qué luchar, como en Castilla, especialmente en Toledo, para reemplazar el rito mozárabe por el misal romano, hecho narrado hermosamente por el historiador Mariana.

Respecto de las Cortes, cuya aparición la remontan algunos al año 1068, cuando se redactaron los *USATGES*, es lo más verosímil que aparecieron en el siglo XII, siendo las primeras las celebradas en 1218, por más que las que tomaron el verdadero nombre y establecieron el Privilegio de la Unión, fueron las de 1283, en cuyo año se dieron los Actos de Cortes, bajo el reinado de Pedro III de Aragón.

La nobleza de primera categoría, el clero y el estado llano fueron los tres brazos de las Cortes; correspondíales quejarse al Rey de los agravios inferidos á los pueblos y á los particulares, votar los impuestos y prestar su aprobación á las leyes, no pudiendo aquél contrariar lo hecho, sino por otras Cortes, bien que podía legislar, independientemente, en lo que no se opusiera á lo por ellas establecido y también por acuerdo tomado en unión de uno de los tres brazos.

Con estos elementos de juicio, sacados de la Historia, podemos decir que los *Usatges* tuvieron por causa la oposición existente entre la sociedad política feudal y la sociedad civil municipal; había que buscar una fórmula patriótica de inteligencia, y la halló Ramón Berenguer, llamado *el Viejo*, cuando en 1068,—celebrando *PLACITUM* ó asamblea feudal en su palacio, acompañado de su esposa doña Almodis,—ordenó redactar las costumbres feudales, importadas de Francia, á una comisión compuesta de veintitún caballeros, bajo la

presidencia de dicho conde, cuyo cuerpo legal publicose en la catedral de Barcelona.

El alma de esa comisión fué Pons Bonfill March, que nació á últimos del siglo X, quien en vida de su padre Ervigio March, habíase hecho notable por sus vastos conocimientos en el derecho, lo que le valió el calificativo de el Triboniano de aquella Comisión.

Los USATGES constituyeron la primera redacción del Derecho feudal en Europa; solo pueden compararse con los Asés de Jerusalem, redacción del Derecho feudal verificada por los cruzados cuando lo implantaron en la Palestina.

Ese cuerpo legal condicionaba las relaciones entre el señor y el vasallo, no obstante lo cual continuó vigente en el orden civil el derecho consuetudinario y el Fuero Juzgo, no la parte política de éste, ya que excluía el concepto de la soberanía señorial.

Puede decirse que los Usatges no constituyeron un cuerpo legal completo, ya que al orden feudal referíanse sus disposiciones; pero esto no excluye que entre las 120 leyes de que constan algunas ediciones ó entre las 174 de otras, como número máximo, aparezcan prescripciones de carácter civil.

En el Usatge *JUDITIA CURLE* se expresa como causa fundamental de la compilación, la de que el Fuero Juzgo no resolvía las cuestiones entre vasallos y señores. Además, como las leyes godas eran demasiado severas en materia punitoria, no podían continuar rigiendo en Cataluña.

En los Usatges se habla de la ley, del fuero y de la costumbre, determinando el carácter é importancia de cada una de estas fuentes de derecho; se atribuye al conde soberano la facultad legislativa; se alude á los antiguos cánones conciliares; se habla de la soberanía de los condes y de los derechos á ella inherentes; se hacen indicaciones respecto á la patria potestad, las segundas nupcias, tutela, curaduría y los tesoros encontrados; aparece en ellos el famoso *OMNES CAUSÆ*, estableciendo la prescripción de treinta años; el llamado *VÍDUA* que concedía á la viuda un derecho de usufructo extenso y amplio; el *SI QUIS IN ALIENO* que habla del derecho á lo edificado en terreno ajeno; también comprende el Usatge *ACCUSATORES* que determina el número de testigos necesarios para hacer prueba en juicio; se habla de la libertad de los caminos y, en suma, encierra este cuerpo legal otras disposiciones de los derechos civil, penal y de procedimientos.

Hasta el siglo XIII y por prescripción del Usatge *JUDITIA*

CURLÆ, regía en Cataluña el Fuero Juzgo, no obstante la publicación de aquel cuerpo legal, en cuya época empezó á perder éste su importancia, efecto á que en el siglo XII se introdujo el Derecho romano por medio de los Códigos de Justiniano.

Los USATGES, según opinión general, fueron escritos en latín, de cuya lengua se mandó verterlos al catalán en 1413.

Decimos que se escribieron en latín, y nos fundamos, para así creerlo, en la afirmación contenida en el cap. IV de las Cortes de Barcelona de 1413, donde se leen estas palabras: «Com los Usatges, Constitutions de Cathalunya, e Capitols de Cort sien stats ordenats en Latí.....»

Ha recibido distintos nombres esta colección, á saber: USATGES DE BARCELONA, USATGES FERRÆ y COSTUMBRES DE LA CURIA, esto último porque recogieron las prácticas de los Tribunales.

En rigor de verdad, los Usatges no constituyeron fuero; partieron de la sociedad feudal con la promulgación del tiempo; Ramón Berenguer no hizo más que aprobarlos de una manera tácita, al mandar, soberanamente, que se coleccionaran, no solo para la conservación y supervivencia de las costumbres resistentes á la crítica histórica, sino para que quedaran reducidas á forma escrita, pues como dice un aforismo: VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT.

Otro tanto decimos de las Constituciones, Capítulos y Actos de Corte.

El pueblo no podía vedar el derecho incuestionable de los reyes á dar sus disposiciones obligatorias, no con carácter absoluto personal, como se dieron en la Roma imperial, donde se decía que la ley era «QUOD PRINCIPE PLACUIT LEGIS HABET VIGOREM», sino partiendo su soberanía con la sociedad representada por sus clases; y aún cuando el Usatge UNA QUEQUE GENS llamó constitución á lo mandado por el Emperador ó el Rey, Pedro III de Aragón, respetuoso, por temperamento y por convicción, con la soberanía de las Cortes, consubstancial con la suya, ordenó en 1283 que si él ó sus sucesores quisieren hacer alguna ley general ó estatuto en Cataluña, lo hicieran con aprobación y consentimiento de los prelados, de los barones, de los caballeros y de los ciudadanos de aquella región ó de la mayor y más sana parte de los mismos al efecto reunidos.

Hasta la anterior fecha los condes y reyes podían dar por sí sus constituciones sin consultarlas á las Cortes.

El monarca aragonés distinguió con la partícula «ó» la ley

general, de los estatutos, y, leyendo esta soberana disposición, transpiradora de un profundo respeto á la conciencia regional, tendente á establecer pauta segura en el funcionamiento de las Cortes en relación con el poder mayestático, vienen á la memoria aquellas palabras, antes deslizadas, de que en España lo antiguo fué la libertad y el absolutismo lo moderno.

De manera que la Edad Media, con su nota de variedad en la obra jurídica, representativa de la antítesis en la serie filosófica, sudario de la humanidad como la llaman algunos historiadores, por que la ocupación preferente de los hombres fué el batallar incesante, unas veces por ideales y otras por el medro, la represalia y el odio, ayuno el Derecho de su carácter científico dió una fórmula en la política legislativa, en alto grado admirable, para hacer compatible la soberanía personal con la colectiva, no atomizada ésta, si que orgánica, con medios de expresión, constituídos por los brazos de las Cortes, y en este supuesto reconocióse la iniciativa regia, legislando por medio de CONSTITUCIONES consultadas con los preladados, barones, caballeros y ciudadanos, por mediación de tres *Tratadores*, viniendo á ser éstos á modo de anillo que unía á ambas soberanías.

En el capítulo de Cortes, 1.º de las 3.^{as} celebradas en Monzón bajo la presidencia del rey D. Carlos I en 1537, se emplean como sinónimas las palabras Constitución y Capítulos de Cortes, y, antes, en las Cortes de 1422 celebradas en Barcelona por D.^a María, consorte y lugarteniente general de Alfonso IV, se emplea la palabra ley como sinónima de aquéllas.

Otra forma de correspondencia de ambos poderes y fuente á la vez de derecho escrito en aquel principado, fueron los CAPÍTULOS y ACTOS DE CORTE, también con intervención de los tres *Tratadores*.

Con las constituciones, la regla jurídica escrita descendía del rey ó emperador al pueblo; con los capítulos, aquélla se elevaba de éste á aquél. Esto lo explica el *Cuaderno de leyes* formado en 1542 en donde se dice: «La Corte general concorde ha hecho los *capítulos* siguientes que presenta á V. M. suplicando humildemente que sean de su agrado aquéllos, las cosas en estos contenidas consentir y aprobar por *acto de Corte*». Entre los capítulos y tomando el nombre de actos de corte figuran muchos de carácter civil.

De modo que el capítulo era el decreto de las Cortes votado por los tres brazos: el clero, el militar y el ciudadano ó por uno de éstos, mientras que la sanción regia constituía el acto de Corte.

En buena técnica jurídica ¿pueden llamarse fueros las constituciones y los capítulos, sellados estos últimos con el acto de Corte?

En modo alguno; porque esa regla jurídica descendente ó ascendente, ora partiese de la iniciativa regia, ó se formase en las Cortes, no tenía por sí sola fuerza sin la concurrencia de ambas soberanías, mediando los tres *tratadores*, pues las constituciones habían de ser sometidas á los tres brazos reunidos y los capítulos exigían, para ser valederos, la real aprobación.

Además de los Usatges, habían en Cataluña COSTUMBRES GENERALES, que, por ser posteriores á aquéllos, no entraron en su compilación y fueron coleccionadas por D. Pedro Albert, canónigo de Barcelona; se refieren al sistema feudal y solo cuatro tratan materias civiles, de las cuales se conservan las dos que regulan las legítimas y las donaciones; tenían autoridad de derecho y carecen al presente de importancia, á excepción de las dos arriba citadas.

No decimos lo propio de las COSTUMBRES ESPECIALES ó, mejor, MUNICIPALES, entre las cuales, además de las de Tortosa, codificadas, se cuentan las de SANCTACILIA (nombre tomado de su autor) sobre servidumbres urbanas de vista, luces, medianería y plantaciones de árboles, formadas en tiempo de Jaime II con el concurso de los prohombres de Barcelona y compuestas de 70 capítulos, y el PRIVILEGIO RECOGNOVERUNT PRÓCERES; en éste se recopilaron las costumbres de Barcelona y mereció la sanción de Pedro II en las Cortes de 1283; se compone de 116 artículos y se llamó así por comenzar con dichas palabras. Las ORDINACIONES DE SANCTACILIA, aunque dadas para Barcelona, se aplican en toda Cataluña, salvo la preferencia debida á las costumbres locales.

La nota foral del Derecho catalán la vemos unicamente en las PRAGMÁTICAS Y PRIVILEGIOS, que eran las leyes dadas por condes y reyes, y aún tampoco, si bien se advierte, es clara aquélla, por cuanto tales disposiciones no podían contravenir los acuerdos del Consejo. La pragmática era el título de carácter general; el privilegio, de naturaleza especial, dado como muestra de gratitud á ciertas personas ó elementos sociales y á las Universidades para estimular la enseñanza. Ni las pragmáticas ni los privilegios podían darse contra lo estatuido en los USATGES, constituciones, capítulos de Corte y costumbres generales. La nota externa para distinguir las pragmáticas de los privilegios no es otra que el índice de las recopilaciones en que figuran.

Además, existían las CONCORDIAS ó ACUERDOS entre diversos

elementos integrantes de la constitución social del país; fueron fórmulas de avenencia entre las jurisdicciones real y eclesiástica, enderezadas, muchas de ellas, á señalar reglas de gobierno y de administración de justicia ¿Puede aplicárseles el nombre de legislación foral? En manera alguna; mejor les cuadraría el de derecho paccionado, especialmente entre las potestades espiritual y temporal, dada la poderosa influencia que en aquel principado ejerció y todavía ejerce el Derecho canónico, no ya solo como supletorio, con preferencia al romano, si que por el valor obligatorio que allí tuvieron las bulas apostólicas, constituidas por resoluciones y declaraciones impetradas de los Romanos Pontífices ó de sus legados, sobre personas y cosas eclesiásticas, ó dadas para cortar abusos que ocurrían en la práctica.

No menos impropia es esa palabra aplicada á las SENTENCIAS REALES Y ARBITRALES; las primeras constituían la interpretación auténtica del derecho; las segundas la interpretación usual del mismo, por virtud de contienda entre litigantes generalmente de elevada categoría social, y sentaban jurisprudencia.

Pero no solo el Rey, sí que los obispos y los doctores pronunciaban sus sentencias. De todas ellas tenemos ejemplos en las del rey D. Jaime y el Obispo de Valencia en materia de enfiteusis y de los derechos de laudemio y luismo, y la dada por los doctores Torres y Jordani, que puso término al pleito mantenido por las curias eclesiástica y seglar sobre captura de los clérigos.

Además, regístranse en Cataluña, como fuentes del Derecho, las ORDENANZAS, entre las cuales pueden citarse las dadas por doña María, esposa de Alfonso IV, sobre embargos; la de derechos carcelarios sobre arbitrajes, alquileres, enfermedades ocultas de los esclavos cuando se los vendía, y la referente á plantación de árboles para que no causaran daño á la finca de un tercero.

Estas dos últimas son aplicables á Barcelona.

Poniendo término á este esbozo de las fuentes del Derecho catalán, importa decir que los Usatges, confeccionados por veintitún caballeros, las constituciones, los capítulos y actos de corte, las pragmáticas y privilegios, las concordias y las sentencias reales y arbitrales, fueron recogidos en 1413 por los jurisconsultos Jaime Calicio, Honorato de Pedro y Narciso, canónigo de San Dionisio, quienes los compilaron por orden del rey Fernando I, no publicándose la Recopilación hasta el reinado de Fernando II de Aragón, y se imprimieron entre los años 1493 y 1503; desde entonces

empezó á sentirse la influencia del Derecho romano que introdujo muchas instituciones en el lugar que ocuparon las de origen germánico.

No se detuvo aquí el movimiento recopilador, que corría parejas con el de Castilla.

La aparición de nuevos elementos legislativos y el extraordinario número de constituciones y capítulos de Cortes, obligaron á hacer una segunda recopilación en 1588, á virtud de sucesivos encargos de las Cortes de Monzón y de Barcelona, y en cuyo trabajo tomaron parte los jurisconsultos Cordelles, Franquesa, Puig, Cellers, Tafurer y Posuet, pero no se imprimió por no haberse obtenido el permiso del rey, y después de revisada, por acuerdo de las Cortes de Monzón, fué terminada el 18 de Diciembre de 1587, publicándose en los dos años siguientes.

Tampoco tuvo término en esto aquel empeño patriótico, pues en 1704 dióse la tercera y última recopilación, compuesta, como la anterior, de tres volúmenes, divididos en diez libros, subdivididos en doscientos treinta y ocho títulos y éstos, á su vez, en diversas leyes, y lleva el nombre de «Constitucions y altres drets de Catalunya». Según Planas y Casals no se encuentra facilmente esta edición, así como son muy raros los ejemplares de la de 1548.

Además de las fuentes de derecho antes citadas hay otras en el Principado catalán, cuales son las **COSTUMBRES DE LÉRIDA**, reunidas en nueve libros y ciento sesenta leyes, publicadas en 1229, cuya recopilación hizo el letrado Guillermo Botet y que, al presente, carecen de fuerza legal; **LAS DEL CAMPO DE TARRAGONA**, que ni fueron escritas ni recopiladas, referentes á la sociedad de gananciales, constituida ésta por los cónyuges y sus ascendientes; **LAS DE GERONA**, recopiladas por el jurisconsulto Tomás Mieres, de las cuales solo hay vigente la relativa á la donación propter nupcias; **LAS LEYES ESPECIALES DEL VALLE DE ARÁN** donde se sanciona también la sociedad de gananciales, habiéndose publicado acerca de ellas un trabajo por D. Francisco de Gracia, con el nombre de «Ordinaciones, Pragmáticas y Edictos Reales del Valle de Arán», hecha en el año 1616; y, por último, el libro conocido con el nombre de **COSTUMBRES DE TORTOSA**, cuyo original, según tenemos entendido, acaba de aparecer; constituyen un código casi completo en materias civiles, penales y marítimas, que publicó hace algunos años el ilustre ex-Director de los Registros D. Bienvenido Oliver.

También se conservan las costumbres escritas de Perlada, Am-

purias y las Marítimas de Barcelona, no comprendidas en la compilación vigente.

Según algunos tratadistas, el libro de Costumbres de Tortosa fué dado á luz en 1279 y su plan expositivo se ajusta al código *REPETITÆ PRÆLECTIONIS* de Justiniano, con el cual guarda gran semejanza. El fondo de ese libro es el del Derecho civil romano, bien que encierra el mérito de relacionarlo con el Derecho catalán, estableciendo algunas variantes, y parece proceder de los fueros concedidos por D. Ramón Berenguer á los vecinos de la ciudad de Tortosa cuando la conquistó en 1148.

¿Puede decirse que ese código particular, dentro del Principado catalán, que representa un arbitraje entre el pueblo y los señores que estaban en lucha y que fué impreso en 1539 bajo la dirección de Juan Amich, merece el calificativo de Derecho foral? Solamente pudiéramos decirlo respecto del dado al Valle de Arán, porque fué producto directo de la concesión de los reyes á principios del siglo XVII, y aún cuando el Código de Tortosa encierra los fueros concedidos por Ramón Berenguer á los vecinos de esta población, repárese en que, según se lee en el proemio del mismo, ese derecho fué formado á motivo de discusiones entre los ciudadanos y señores ó *señoría* de Tortosa, dirimidas por el Obispo de esta ciudad, el Maestre Ramón de Besalú y el Maestre Domingo de Terol. De manera que del Rey partió el fuero, pero el verdadero derecho fué generado por las costumbres y por resoluciones de las personalidades arriba citadas.

Hasta que en Cataluña se publicó el código de los Usatges regía allí el Fuero Juzgo, primeramente denominado *CODEX LEGUM, LIBER GOTHORUM, LEX WISIGOTHORUM, LIBER JUDICUM, y FORUM JUDICUM*, cuyo autor fué Chindasvinto, con acuerdo de los Padres del Concilio VII de Toledo.

Había que borrar la Legislación de castas y sentar la unidad nacional en el Derecho, ya que en tiempo de Recaredo se había alcanzado la unidad religiosa en España.

Para conseguir semejante empeño debía de procederse á una codificación formada por leyes, unas dadas por el Concilio con el Rey; otras, por éste exclusivamente, aunque á veces con el consejo del Oficio palatino, algunas góticas antiguas y las de procedencia romana, éstas tomadas del Código de Alarico.

En ese monumento legislativo se dieron estrecho abrazo leyes de procedencia distinta, constituyentes de la Legislación de castas; unas de los germanos, que representan en la Historia el principio

de libertad, y otras de los romanos, que simbolizan el principio de autoridad: la zona de concordia la constituyeron la legislación propiamente indígena, la regla jurídica que partía del Rey, consultado ó no el Oficio palatino, y la formada en los Concilios de Toledo.

Claro que, con estos prestigios del Fuero Juzgo, era obligada la disposición contenida en su parte general de que solo la ley es fuente del Derecho escrito, y para suplir su deficiencia había de acudir al monarca á fin de que decidiese el caso imprevisto, sin que se admitiera costumbre de ninguna clase.

De consiguiente, mientras subsistió la unidad nacional, rota por la invasión musulmana, no hubo otra fuente de Derecho en España que el Fuero Juzgo; pero al empezar la Reconquista, gloriosa epopeya de siete siglos, constituyéronse los reinos al conjuro de la fe y del patriotismo y, en estas circunstancias, las regiones, teniendo personalidad histórica, forjada su soberanía en la lucha con el agareno, recabaron la plenitud de su capacidad legislativa y, ora surgió el derecho de las entrañas de la sociedad, á despecho de lo ordenado por el Fuero Juzgo, contrario á toda costumbre, ora emanó de los reyes y señores, consultando ó no consultando, previamente, á las Cortes, en forma de pragmáticas y privilegios ó tomando el nombre de franquicias, libertades, etc., sin que aquel cuerpo legal, producto del consorcio de los elementos romano y visigodo, tuviera ya el carácter principalmente obligatorio en algunos territorios, sino el supletorio, como en Cataluña.

Si se tiene por fuero toda ley de excepción, cuadra la palabra Derecho foral al de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Baleares, por lo mismo que se separó, en todo ó en parte, de la ley general constituída por el Fuero Juzgo; pero esto es mirar el Derecho en su aspecto histórico, y mejor, desde el punto de vista de relación entre sus fuentes dentro de la nación; pero nosotros no podemos juzgarlo así: rota la unidad nacional por consecuencia de la conquista musulmana, las regiones recabaron, ipso facto, todo su poder, y las leyes que se dieron, como las costumbres que se crearon, fueron producto de su conciencia, patrimonio espiritual de las mismas, con generalidad circunscrita á su territorio, lo cual no excluyó su facultad de tomar el Derecho supletorio, lo mismo indígena que exótico, que mejor estimaron para suplir las deficiencias de su peculiar legislación.

No hubiera ocurrido la invasión agarena, continuando con carácter general el Fuero Juzgo, y si á pesar del ordenamiento de éste de

no admitir costumbre de ninguna clase ni ley en contrario á sus disposiciones, se hubiese reconocido capacidad legislativa á ciertos territorios españoles, entonces sí que sentaría bien la palabra Derecho foral, significativa de excepción ó privilegio.

Nuestro sentir, en este punto, coincide con el del eminente Sánchez Román, cuyo tratadista, que llama legislaciones especiales á las que han regido ó rigen en Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra, Valencia y en algún territorio de las provincias Vascongadas, dice en la pág. 68 del libro I de su obra «Estudios de Derecho civil» lo siguiente: «Por consecuencia de la invasión musulmana, la unidad del destruido imperio godo fué sustituida por multitud de pequeñas nacionalidades, que surgieron al separado esfuerzo de los reconquistadores. Una de ellas, aunque de territorio más extenso que las demás, fué Castilla, existiendo todas con legislación propia é independiente, por cuyo motivo, tan foral y excepcional debe reputarse la castellana, como la de los otros territorios».

ARAGÓN

Ya que estamos haciendo, incidentalmente, la Historia externa del Derecho foral, pues la interna, ó sea la vida de las instituciones civiles vigentes en ciertos territorios, será objeto de los capítulos constituyentes del presente libro, cúmplenos mostrar el proceso evolutivo de las legislaciones de Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca, al igual que lo hemos verificado respecto de la de Cataluña.

Al épico despertar de la gloriosa Reconquista y al conjuro de la fe religiosa y del indomable patriotismo, ansiosos los españoles, refugiados en lo más agreste de la cordillera Pirenaica, de sacudir la dominación musulmana, surgió el reino de Sobrarbe y más tarde el Condado de Aragón, cuyos territorios se reunieron á fines del siglo IX, en tiempos de García Iñigo, formando el Reino aragonés, que se extendió al Condado de Barcelona y á los reinos de Valencia y Baleares, creando la *coronilla* que llevó en dote Fernando V cuando contrajo matrimonio con Isabel I de Castilla, con lo que quedó constituida la unidad nacional española.

El propiamente llamado reino de Aragón, cuna del régimen parlamentario de España y cuyas constituciones sirvieron de modelo á

los ingleses, registra la institución más gloriosa de cuantas se han conocido, cual es la del Justiciazgo, perenne fuente de legislación, lo mismo espontánea ó de costumbres, que artística ó reflexiva constituida por Fueros. Allí se hizo compatible el poder mayestático con la soberanía de las Cortes; el genio germánico, característico de la libertad y de la dignidad, echó hondas raíces, no así el espíritu romano que tanta influencia ejerció en Cataluña, por ser, como se decía en aquellos tiempos, el representante del buen sentido y de la equidad. Nada de extraño tiene, pues, que el sistema jurídico civil aragonés contraste con el catalán, por cuanto fueron producto de opuestas influencias: la del uno, germánica y la del otro, romana, aunque ambas se adaptaron, principalmente, á lo indígena ó sea á las creaciones naturales de la conciencia regional, cristalizadas en forma de costumbres, que son y serán siempre el más firme sustentáculo de las leyes.

Hemos dicho que la libertad fué en España lo antiguo y el absolutismo lo moderno, tomado esto de un ilustre pensador, y la Historia nos demuestra la verdad de tal aserto.

Mientras Aragón fué reino independiente, y aún después de unido á la Corona de Castilla en tiempo de los Reyes Católicos, hasta que se instauró el absolutismo exótico, cuyo segundo representante fué Felipe II, las libertades aragonesas no sufrieron daño ni estuvieron amenazadas de muerte.

EL JUSTICIAZGO ARAGONÉS

La garantía del derecho público y privado aragonés se hallaba confiada por leyes y por la tradición al Justiciazgo; nadie con mayor elocuencia y verdad que el gran polígrafo Costa—que acaba de bajar al sepulcro vistiendo luto, por su irreparable pérdida, el alma nacional española,—ha presentado con tintes más reales y admirables la institución del Justicia Mayor de Aragón, con las siguientes palabras: «Yo no he de deciros dónde funcionó durante siglos, con maravilloso éxito esa institución originalísima, sin igual en los tiempos antiguos, ni en los modernos, que la Filosofía del Derecho no ha acertado todavía á clasificar, ni á definir, la augusta magistratura del Justicia, vitalicia, inviolable y sagrada; tan alta como la del

Rey, más alta que la del Rey, no sujeta á los accidentes de la muerte, ni á las mudanzas y vaivenes de la política, ni á los cambios de dinastía, ni á las revoluciones de los pueblos; magistratura semi-mitológica elevada por encima de las miserias de la Tierra, como una voz impersonal de la conciencia y como una encarnación viva del derecho; viviente Nemesis, ante quien temblaban los opresores y malvados, siquiera vistieran púrpura ó ciñeran Corona; que juzgaba á la Nobleza, á las Cortes, al fisco, al pueblo, al Rey y á los jueces mismos; que dirimía los conflictos y desacuerdos que surgían entre los litigantes y los tribunales, entre los contribuyentes y el fisco, entre el rey y las Cortes; entre los diputados y el rey; entre los poderes públicos y el pueblo; que revisaba y casaba ó confirmaba las sentencias de los jueces; que juzgaba y casaba ó confirmaba las reales órdenes del monarca; que condenaba por injusta una rebelión y hacía caer las armas de manos de los rebeldes, ó que, por el contrario, declaraba injusto y tirano al rey y autorizaba al pueblo para destronarlo.»

¿Verdad lector que te fascina y subyuga ese hermoso párrafo del gran Costa, que retrata, con las galas del bien decir, la institución del Justicia Mayor de Aragón?

Pues bien; esa institución, que era el poderoso sillar del régimen constitucional de aquel antiguo reino, fué arrancada por la mano de un tirano, por la de Felipe II, cuando ordenó la decapitación del Justicia Mayor don Juan de Lanuza, por haber dado hospitalidad á Antonio Pérez. (*)

Comprendiendo nosotros que nadie con más títulos que Costa puede ser llamado «el gran patriota», digimos al hacer su necrología en el periódico profesional «Revista Jurídica», lo siguiente: «La idea genial de los aragoneses de construir un monumento á Costa en lo alto del pico de Moncayo, uno de los más elevados de España, es tributo de justicia á la soberbia majestad del maestro; allí tendrá su cátedra después de muerto, y será honor, á la vez, no ya de Aragón, sí que de España entera, porque Costa, ante todo y sobre todo, fué un gran patriota».

Suspendiendo, de grado y por breves instantes, la ligera exposición de la Historia externa del Derecho aragonés, se detiene nuestro espíritu, poseído de admiración y reverencia, ante la figura mo-

(*) NOTA. Modernamente se dice que el origen de esta institución está en un alto dignatario nombrado por el Kalifa de Córdoba y después, á imitación de éste, por los reyes de Taifa, tomando el nombre de *Reparador de las injusticias*. El justiciazgo tiene parecido al *Zalmedina* de Zaragoza existente en tiempo de los árabes.

ral y prestigiosa del Justicia, que, á través de los siglos, se eleva por encima de la cordillera Pirenaica, presentando ante el mundo civilizado la ejecutoria de su grandeza.

Interrogada acerca de lo que, en concreto, fué su augusta misión, cuando todavía las naciones más cultas de Europa no habían echado los cimientos de su regimen constitucional, nos responde: Que solo rendía su cabeza, primeramente, ante las Cortes y después, ante un Jurado compuesto por 17 miembros elegidos por suerte entre todos los Estamentos, en unión de 4 jueces instructores del proceso; que fué en la Edad Media un esbozo del poder armónico ó moderador que muchos siglos después definiera Montesquien, incumbiéndole intervenir, no ya en los conflictos entre los tres brazos de las Cortes, sí que entre los de éstas y la Corona; fué la suprema representación del Poder judicial, desenvolviendo su actividad reparadora dentro de un ancho círculo de independendencia, solo condicionada por el Parlamento; auxiliábanle en sus funciones cuatro lugartenientes letrados que elegía el rey de entre los 16 que las Cortes le proponían; que tenía dos grandes prerrogativas en el orden judicial: una llamada *firma de derecho*, y otra, *manifestación*; por la primera, podía ordenar á los Jueces y Tribunales cualquiera clase de actuaciones y, exigiendo fianza ó caución de estar á justicia, otorgaba cartas relevatorias de prisión ó de despojo de bienes litigiosos, hasta el pronunciamiento de sentencia firme; y por la segunda, podía libertar del poder de los funcionarios reales á los procesados y aún á los condenados á pena de muerte, cuando no se había procedido con justicia; él recibía juramento al Rey cuando era exaltado al trono, y, al dirimir, como dice Costa, los desacuerdos que surgían entre los litigantes y los Tribunales, entre los contribuyentes y el Fisco, entre el rey y las Cortes, entre los diputados y el rey, entre los poderes públicos y el pueblo, constituyó fuente abundante y cristalina de interpretación de las leyes y de las costumbres, de la regla jurídica por cuya pureza velaba, á la par que era el celoso guardián de las libertades.

Ese fué el Justicia, cargo inmensamente superior, aún en el orden judicial, al del Pretor romano, y cuando fué decapitado en la austera persona de D. Juan de Lanuza, porque dió asilo en su casa á un inocente, se conmovió la soberanía legislativa de aquel país; quedó cuarteado el edificio de aquel régimen jurídico, porque le faltaba su más firme sillar; y como las cosas caen siempre del lado al que se inclinan, como dijo el eminentísimo Castelar, Aragón vió

amenazadas de muerte sus instituciones por mano de otro rey absoluto, extranjero y desaprensivo, Felipe de Anjou, quien, á pretexto de que los aragoneses y los valencianos se habían rebelado contra él, faltando al juramento de fidelidad que le hicieron, atribuyéndose el dominio absoluto (da grima leer estas palabras escritas en el Real Decreto) de los Reinos de Aragón y de Valencia, al derecho de conquista alcanzado con sus armas, y, por último, á que uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de leyes, las cuales, con la variedad de los tiempos y mudanzas de costumbres, no podía él tolerar, debiendo reunir todos los territorios de España á la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, tuvo á bien abolir y derogar en 29 de Junio de 1707, *enteramente*, todos los fueros, privilegios y prácticas observados en Aragón y Valencia, reduciendo estos reinos á las leyes de Castilla y al uso, práctica y forma de gobierno que existían en ésta y en sus Tribunales, sin diferencia alguna en nada, etc.

Esto sí que fué una revolución desde arriba, como diría el eminente D. Antonio Maura; de una plumada quedó proscrito el Derecho público y privado vigente en Aragón y Valencia. El nieto de Luis XIV de Francia, el monarca prototipo de la soberbia, retratado moralmente con estas sus palabras: «l'Etat c'est moi», no quería partir su soberanía, y tratando de justificar ante la historia la depredación de un régimen jurídico secular, no ya por el título de conquista armada, aparejada con un dominio absoluto, eterno baldón de la Humanidad, sí que por ese espíritu absorbente de uniformidad legislativa importado de la nación vecina, que no prevaleció hasta que Napoleón, uno de los tantos soñadores de la Monarquía universal, lo llevó á su Código, el alma regional de Aragón y Valencia vistió luto, al ver cómo se le arrancaban de cuajo y sin miramiento sus instituciones políticas y jurídicas, llorando la orfandad en que quedaron por el capricho vitando de un autócrata.

Ya porque Felipe V sintiese remordimientos en su conciencia, ya porque los aragoneses le dieran cumplidas satisfacciones en desagravio, lo cierto fué que, humeante aún tan vandálico despojo, rectificó su Soberana disposición y, justamente un mes después de tomada, dió otro Decreto, incluído en la ley 2.^a tít. III lib. 3.^o de la Novísima Recopilación, en el cual se mantienen en Aragón y Valencia todos sus privilegios, exenciones y franquezas particulares concedidas por los anteriores reyes ó por otro justo título adquiridas, para lo cual anunció nuevas confirmaciones á favor de lugares, casas,

familias y personas, no entendiéndose esto en cuanto al modo de gobierno, leyes y fueros. Confirmó los de Aragón el R. D. de 3 de Abril de 1711.

Los aragoneses, como los catalanes, mallorquines, navarros y vascongados, estos últimos respecto á la tierra llana ó anteiglesias, han podido conservar sus instituciones forales, muchas de ellas lisiadas por el Código civil; pero los valencianos hemos sufrido todos los rigores de aquella revolución desde arriba; nuestra alma regional solo se descubre de año en año con motivo de los decaídos juegos florales, torneos literarios y exposiciones de bellezas, premiando vates, aplaudiendo á los mantenedores y coronando á las reinas de la fiesta.

Presentando un ligero cuadro de la historia externa del Derecho aragonés, es de consignar que en los primeros tiempos rigió el Fuero Juzgo como ley general, no obstante la invasión agarena, como lo prueba, al decir de Gerónimo de Blancas, el hecho de que los matrimonios en el siglo XII se celebraban con arreglo á lo prescrito en dicho cuerpo legal, que prohibía contraerlos sin dote, viniendo obligado el marido á constituir arras á su mujer.

Como hemos dicho, la legislación aragonesa se halla entrañada por varios FUEROS MUNICIPALES: el de SOBRARBE, el más antiguo de todos ellos, habiendo historiador que lo hace preceder al año 724, al fundarse la Monarquía pirenaica en la persona de García Giménez, cuyo Fuero fué corregido y adicionado en 1082 por D. Sancho I, siendo de indicar que su carácter es exclusivamente político; el de JACA, que apareció á mediados del siglo XI, publicado por Sancho Ramírez; el de DAROCA, del siglo XII, debido, según opinión general, á D. Ramón Berenguer, Conde de Barcelona; el de HUESCA, debido á D. Jaime I en 1246, que se extendió á la villa de Fraga; los de la ciudad de ZARAGOZA otorgados en Cortes por D. Jaime II y D. Alfonso V en 1325 y 1456, que son aclaraciones á lo contenido en el Privilegio general; el de S. JUAN DE LA PEÑA, dado en el siglo XI, y del XII datan los de Calatayud, Albarracín, Teruel y Mosquernela, conocidos en Castilla con el nombre del de Sepúlveda, concedido á estas villas por Alfonso II.

Además, regístrase el PRIVILEGIO GENERAL ó sea el conjunto de fueros otorgados á Zaragoza por Alfonso I el Conquistador, confirmados por D. Pedro III en 1283.

Aparte de esos fueros municipales surgieron las COSTUMBRES, no obstante la prohibición contenida en el título Preliminar del Fue-

ro Juzgo; pero ni aquéllos ni éstas, como reglas jurídicas de procedencia indígena, eran suficientes á satisfacer las necesidades, y fué preciso que penetrasen en aquel antiguo reino el Derecho romano y el canónico, sin que alcanzasen la importancia avasalladora que en Cataluña tuvieron; pero como se produjera bastante confusión en aquel régimen jurídico y en la práctica de los Tribunales, fué necesario, para salir de este caos, que D. Jaime I, en 1247 publicase la COMPILACIÓN que el año anterior había confiado al Obispo de Huesca, D. Vidal de Canellas, compuesta de ocho libros, ciento veintisiete títulos y trescientas ochenta y cuatro leyes ó fueros; de éstas solo ciento cincuenta y siete se refieren al Derecho civil.

Esa compilación tampoco satisfizo la necesidad indicada, y el rey D. Jaime, procurando por la salud de su pueblo, dispuso que si no bastaban los fueros contenidos en aquélla, se acudiese á la RAZÓN NATURAL ó sea á la equidad; pero las costumbres aumentaban para suplir la deficiencia de las leyes, moderar la dureza de éstas y aún oponerse á sus disposiciones, con lo cual el pueblo sintióse legislador, surgiendo de este modo las OBSERVANCIAS; que fueron el Derecho supletorio, representantes del principio de la equidad, con las que quedó completado el código y á las que debía acudirse á falta del derecho escrito.

Es de consignar, para que el juicio no se desvíe, que uno de los significados de la palabra Fuero en Aragón, es el de *cuaderno de leyes* concedidas en los siglos XI y XII á determinadas localidades, y que también toman ese vocablo, en contraposición al de Observancia, las leyes hechas en Cortes, así como las disposiciones singulares emanadas del Monarca.

En el siglo XIV, Mosen Martín Segarra y Ximén Pérez de Salanova, Justicias de Aragón, coleccionaron y dieron forma escrita al Derecho consuetudinario, trabajo que, por ser de índole particular y sin más autoridad moral que la que les daba á aquéllos el cargo de que se hallaban investidos, carecía de fuerza obligatoria. Había que elevar ese derecho espontáneo á la confirmación oficial y, por esto, las Cortes de Zaragoza en 1427 y las de Teruel en 1428, encargaron al Justicia Mayor, Martín Díaz de Aux, la colección de las costumbres, el cual, consultando á letrados de la capital aragonesa y muy especialmente á los lugartenientes del mismo y á ocho abogados, teniendo á la vista los trabajos antes referidos de los Justicias nombrados y de Jaime Hospital, agregó al cuerpo de los Fueros las *observancias* más notables, cuya fuerza emergía

del uso y de costumbres inmemoriales, quedando uno y otras en estado de derecho escrito, toda vez que su encargo procedía de las Cortes.

Estas Observancias se hallan divididas en libros, subdivididos en títulos y en leyes, siguiendo el mismo plan trazado por Vidal de Canellas en la Compilación de Fueros; y de tal modo se corresponden ambos cuerpos legales, que, leyendo una materia en la Compilación de Fueros, se busca con facilidad su complemento en las Observancias.

Otra fuente del Derecho aragonés son los Actos de Corte, acerca de cuyo sentido los autores aragoneses no están de acuerdo. Dificilmente se les puede distinguir de los Fueros, pues unos y otros partían de la voluntad del Rey. La nota diferencial entre ambas formas del derecho escrito es, en sentir del ilustre Planas y Casals, que las leyes hechas en Cortes á propuesta del Rey recibían el nombre de Fueros, y Actos de Corte eran las leyes hechas por los tres *Estamentos* ó brazos, con autorización del Rey, que es lo que en Cataluña se denominaron Capítulos de Cortes.

La primera Compilación de Fueros era insuficiente, por cuanto unos estaban derogados y otros habían caído en desuso; por este motivo, en las Cortes de Monzón de 1447 se acordó formar otra compilación, para cuyo cometido se nombró una comisión compuesta de veintiun juriconsultos, que cumplió su encargo el año 1552, haciendo referencia á la Compilación anterior, y este Cuerpo legal tomó el nombre de FORUM REGNUM ARAGONUM, LIBRI IX.

También los actos de Corte fueron objeto de compilación, á virtud de acuerdo tomado en las Cortes de Monzón de 1533, trabajo que fué realizado el siguiente año.

Seguía laborando el Derecho civil y hubo necesidad de que desde 1674 á 1677 se publicase el cuerpo legal de aquella legislación, que, con carácter oficial, tomó el nombre de FUEROS, OBSERVANCIAS Y ACTOS DE CORTE DEL REINO DE ARAGÓN, compuesta de dos volúmenes: el primero contiene los Fueros y Observancias, y el segundo los Actos de Corte; pero como después de estas fechas y hasta el año 1703, último de Cortes en Aragón, se dieran Fueros y Actos de Corte, resultaba que la compilación de aquel Derecho no era completa. Para ocurrir á este inconveniente publicáronse trabajos particulares, entre ellos, la obra de D. Pascual Savall y D. Santiago Penéu, donde se contienen todos los Fueros, Observancias y Actos de Corte posteriores á la última Compilación oficial y ante-

riores al año 1707 en que se privó á Aragón de su soberanía legislativa por el citado Decreto de Felipe V.

Volviendo á nuestra tesis de la impropiedad de la palabra Derecho foral, y contraído, en este respecto, nuestro juicio al Derecho aragonés, podemos decir que mantenemos tal sentir, porque, aún constituyendo fuentes directas de aquella Legislación los Fueros municipales y el Fuero general, todo esto no es más que parte, y no el todo, de dicha Legislación, pues no es cosa de prescindir, en la formación de este concepto, del carácter de las Observancias y Actos de Cortes, semejantes éstos á las Constituciones de Cataluña; de consiguiente, debe emplearse un léxico general, integrador de todas las fuentes del Derecho aragonés, más propio que el de foral y que bien pudiera ser el de regional, para que así no padezca el régimen consuetudinario que fué elevado al rango de Derecho escrito por medio de las Observancias.

NAVARRA

Preséntase nebuloso en las lejanías de los siglos el origen del reino Pirenaico; según la tradición de Navarra, seiscientos nobles de aquel país se reunieron el año 716, al mismo tiempo que en Covadonga surgió la reconquista con Pelayo á la cabeza, y eligieron como jefe á García Giménez, señor de Abarzuza y de las Almurenas, el valle más agreste de los Pirineos, donde se proclamó la independencia contra los musulmanes; pero según la historia, la elección de ese Rey fué en las montañas de Jaca, junto á la cueva de San Juan de la Peña, por 300 nobles navarros y aragoneses, y algo de esto último se desprende leyendo el Fuero aragonés.

Lo que sí puede afirmarse y tenerse por inconcuso es, que hasta el siglo IX no hay prueba de que quedara constituido el reino de Navarra, que debió subseguir mucho tiempo al de Asturias, forjado éste por la imperiosa necesidad de contener la invasión agarena, pues, dadas las condiciones topográficas de aquel principado, no había más remedio que perecer ó existir ó sea que, ó D. Pelayo arrojara á Alhakam Al-Horr desde las alturas de Covadonga ó que éste lanzase á aquél desde las mismas prominencias al mar Cantábrico, á menos de caer bajo el filo de las corvas cimitarras agarenas.

Aragoneses y navarros prestaron su concurso á la causa de la Reconquista, picando la retaguardia á los árabes, especialmente en Roncesvalles; pero estas acometidas eran parciales, sin organización; faltábales un centro de unidad política, á juzgar por lo que dice el prólogo del Fuero general de Sobrarbe.

Después de varias vicisitudes en la formación de aquel reino y de uniones y desuniones con los castellanos, llegamos á la época en que los Reyes Católicos estuvieron en guerra con Francia y en que Navarra, que estuvo más de una vez comprometida, negóse á dar paso á las tropas castellanas cuando se dirigían á la nación vecina, lo que motivó su anexión á Castilla, quedando por ello integrada la nacionalidad española.

En dos partidos se hallaba dividido aquel reino desde Juan II, los *agromonteses*, que estaban por Aragón y los *beomonteses* por Castilla; las luchas entre estos elementos favorecieron la conquista del país por Fernando V, en 1515, que la gobernó á nombre de su hija D.^a Juana, siguiendo Juan Labrit y Catalina en posesión de la Navarra francesa ó Bearn.

En la guerra de sucesión, por muerte de Carlos II, Navarra se mantuvo neutral y esto hizo que Felipe V respetase sus Fueros, así como su régimen político y administrativo, tanto que continuó teniendo sus Cortes hasta 1829 en que se celebraron las últimas en Pamplona; pero como, después y á la muerte de Fernando VII, luchó á favor de la causa de Carlos V en contra de la de D.^a Isabel II, perdió parte de las prerrogativas de que gozaba y, en virtud de la ley de 16 de Agosto de 1841, terminada la guerra dinástica, perdió su organismo político, pero mantuvo su Derecho civil.

La Legislación navarra, aún siendo la que más ha durado de las legislaciones forales, las supera á todas en vaguedad; esta circunstancia hace que no pueda precisarse bien su historia externa, debiendo significar, como punto de partida que guía el estudio en este respecto, que el Fuero reconoce en el Rey el Señorío con la Nobleza. Allí, como en Aragón, al nacer la monarquía de Sobrarbe, ya existía la aristocracia; ya era ésta un poder que se desenvolvía *SINE REGE* y de aquí el valor de las palabras de que «fueron las leyes antes que los reyes». El señorío de Navarra fué más independiente de la monarquía que el de otros reinos, y por esto su poder, si no fué tan fuerte como el feudal de Cataluña, se hacía sentir con mayor fuerza sobre sus vasallos que en León y Castilla.

Los elementos sociales laboraron el derecho, representados por

la Nobleza, el Clero y el Estado llano, bajo la suprema unidad de la Monarquía, que fué fuente de Derecho, otorgando sus privilegios.

Dividíase la Nobleza en dos ramas, la de los RICOS-HOMES, que era la alta y la de los FIJOS-DALGO, la inferior; aquéllos gozaron de grandes privilegios; tenían potestad absoluta sobre sus vasallos, con independencia del Monarca, en los señoríos por ellos conquistados; sus palacios fueron lugar de asilo donde no podía penetrar la justicia del Rey y, ciertamente, que ese gran poder de la aristocracia impidió que se robusteciese la Monarquía y alcanzara el esplendor que tuvo en Aragón, dividida en banderías, que sembraban, con sus luchas, la miseria del país, hasta que éste, exámine, fué recogido por los Reyes Cáticos en su conquista.

Los fijosdalgo constituían la nobleza baja y eran de dos clases: *de carta* ó nombramiento real y *de abarca*, porque usaban los zapatos de este nombre, como los labradores.

El estado llano tardó en desarrollarse por la preponderancia de la nobleza y estaba constituido por tres clases: labradores ó pobladores del campo; libres, no solariegos, cuyo único señor era el Rey, y *ruanos*, tomada esta palabra de *rua* (calle), que eran los industriales francos ó extranjeros avecindados y domiciliados en Navarra; además, los moros, después de la Reconquista, quedaron sujetos á servidumbre personal si habían sido apresados en la guerra, y existían bastantes judíos dedicados, según su costumbre, al comercio y á la usura.

De los ruanos salían la representación de las Cortes y los funcionarios reales; concediéronse á los francos grandes privilegios, que llegaron á ser mayores que los otorgados al pueblo indígena, por la necesidad de poblar los campos, y se les dió intervención en el régimen local, borrando toda diferencia de condición social con los ruanos, menos la de procedencia de origen.

La población de los campos podía ser de señorío solariego y de realengo; lo que en Castilla eran familias de *criazón*, en Navarra llamábanse collazos, rústicos, villanos y labradores, nombre este último que prevaleció en aquella condición social, colocados en rango inferior á los caballeros, infanzones, etc., pues mientras los labradores debían distribuir sus bienes por igual entre sus hijos, aquéllos, por ser nobles, tenían la libertad de testar. Tan triste fué la condición de los labradores, que sobre ellos pesaba toda clase de tributos, y la *caloña* por matar á uno de ellos era menor que la del homicidio de un judío, siendo la imagen del *paria*, sin libertad civil

ni política y sin representación social, no obstante constituir el músculo del Reino navarro.

Pero aún resultaba más inferior la condición de los jornaleros, llamados *aixadores*, porque aquéllos, al fin y á la postre, tenían tierras que labrar, en tanto que estos últimos, no poseían otra propiedad que la de la azada disponible; los labradores estaban adheridos á la tierra, signo este del feudalismo; los jornaleros gozaban de mayor libertad, ya que su fortuna quedaba reducida al empleo de sus brazos, proporcionándose el sustento con la azada.

Los Concilios fueron el origen de las Cortes; la entrada en éstas del estado llano ocurrió al mismo tiempo que en Castilla, cuando los municipios adquirieron amplitud y desarrollo. La intervención de este elemento, al lado de la Nobleza y del Clero, aparece en tiempos de Teobaldo I por medio de procuradores, en número de dos ó más que solían enviar las ciudades, cada una con un solo voto, cualquiera que fuese su importancia.

Ordinaria y anualmente se reunían las Cortes en Pamplona, aunque algunas veces lo hacían más á menudo y, otras, extraordinariamente, cada dos ó más años. El Monarca, rodeado de sus consejeros, leía un discurso parecido al «Mensaje de la Corona» de nuestro régimen constitucional. Las Cortes tenían atribuidas las funciones legislativa y económica, la investigación y reparación de agravios y la intervención en los asuntos más importantes de la gobernación del Reino.

Hasta los siglos XIII y XIV su prerrogativa legislativa no adquirió consistencia y desde entonces las leyes, para ser obligatorias, debían salir aprobadas por las Cortes con la sanción del Rey, ya partiesen de la iniciativa de éste, ya de aquéllas, como ocurre entre nosotros. Sin el voto de las Cortes no podían cobrarse los tributos y éstas tenían facultades para imponer correctivo á los abusos que cometiera el Rey por sí ó por sus oficiales.

Solo aquéllas podían, en cuanto á los *fechos granados*, decidir sobre la paz ó la guerra, acordar treguas y resolver, en fin, cuanto de grave afectase al Reino; tenían una Diputación permanente que funcionaba cuando el Monarca las disolvía, compuesta, últimamente, de siete individuos; uno del brazo eclesiástico, dos de la nobleza, dos de la ciudad de Pamplona y otros dos de la *cabeza de merindad* que estaba en turno.

El régimen municipal de Navarra, con regidores y alcaldes,

fué la cuna de sus libertades y el centro de la Administración de justicia, salvo los derechos atribuidos al Rey y á los Señores.

Pasando la vista sobre su Historia externa del Derecho, importa decir que el Fuero Juzgo, dado su carácter general, fué la fuente escrita de su legislación, bien que, antes, estuvieron allí vigentes las leyes genuinamente góticas; pero después llegó á dicho Reino la influencia de los francos.

Modelada aquella Monarquía con sus especiales perfiles, sustentada especialmente sobre la Nobleza con la cual vivía, las otras clases sociales apenas si tenían predicamento; pero esto ocurrió hasta que tomaron asiento las dinastías exóticas servidas por funcionarios adictos á su causa.

El fuero de SOBRARBE, antes bosquejado, rigió en Navarra; además registranse, como antiquísimos, los fueros municipales y nobiliarios del RONCAL y de PAMPLONA; Sancho Ramírez, al fundar á Estella, en 1090, poblándola de francos, la colmó de privilegios cuya característica especial la dan los llamados FUEROS MALOS que, á la sazón, estaban en boga en el Mediodía de Francia; años después hizo concesiones en forma de CARTA DE POBLACIÓN á la ciudad de Arguedas, respecto del goce de pastos, caza, etc.; TAFALLA obtuvo fueros de Sancho Ramírez en 1094. Pedro Sánchez los concedió en 1102 á CAPARROSA y SANTA CARA; Alfonso el Batallador los otorgó á TUDELA en 1122 y 1127, y en 1129 á CÁSEDA cuyo Rey dió el fuero del BURGO DE SAN TURNINO, uno de los tres de Pamplona; García Ramírez los dió á PERALTA, OLITE y MONERUELA; Sancho VII *el Sabio* concedió á San Sebastián, en 1150, el primer CÓDIGO MARÍTIMO, que extendió, en 1165, á los habitantes de La Guardia (Alava); pudiendo, además, mencionarse los otorgados por Sancho *el Fuerte* á URRIG y ASPUGH.

Se desconoce el origen del FUERO GENERAL DE NAVARRA, pero se cree que fué dado en 1237, ocupando el trono Teobaldo I, muerto en las Cruzadas, y se cree también que en las Cortes de Estella se acordó su formación, encargando este trabajo, previa la conformidad del Papa, á diez *ricos homes*, veinte caballeros y diez individuos del Clero, quienes consignaron por escrito los fueros de antiguo usados en el Reino, mereciendo la aprobación del Monarca; siendo excluidas de aquel cuerpo legal, al redactarlo algunas disposiciones que, por su barbarie, no encajaban en las condiciones de la época. Consta de seis libros, subdivididos en capítulos y en leyes.

El CARTULARIO MAGNO, monumento de la Historia del Derecho

Navarro, era una colección de los principales privilegios concedidos por Teobaldo I *de Champagna* y comprende las Ordenanzas de los reyes.

Felipe de Evreux hizo el AMEJORAMIENTO DEL FUERO el año 1330, que alcanzó fuerza legal. Su última impresión se hizo en 1815.

Desde el siglo XIII, las Cortes ejercieron sus facultades legislativas, revistiendo sus acuerdos gran importancia y tomando el nombre de *Actos de las Cortes*.

Los Cuadernos de Cortes, constituídos por las leyes posteriores á 1716, forman parte del Derecho foral. El último cuaderno comprende los acuerdos de 1828 y 1829.

La Novísima Recopilación de Navarra se hizo en 1735, bajo la dirección del licenciado D. Joaquín de Elizondo; se compone de ocho libros, divididos en títulos y éstos en leyes.

Hecha esta exposición sumaria, volvamos á nuestra tesis de que al Derecho navarro tampoco le cuadra el nombre de foral, porque surgió cuando aquel Reino se hizo independiente por efecto de la Reconquista; y si bien lo constituyen privilegios, régimen de excepción favorable que partía del Soberano, ora en favor de la Nobleza, ora de los villanos para atraerles á su causa, no puede negarse que, en aquel acervo jurídico, entraron además de sus costumbres incluso las de contra fuero desde el siglo XIII, las leyes y actos de Cortes, hasta que Navarra perdió sus potestades legislativa y judicial en 16 de Agosto de 1841.

VIZCAYA

Las provincias vascongadas que, destruída la monarquía visigoda, estuvieron incorporadas al reino de Asturias, han pertenecido alternativamente á Navarra y á Castilla. Pretenden sus habitantes que los fueros por los cuales se rigieron son las costumbres primitivas y que, á través de los tiempos han conservado siempre su independencia, siendo verdaderamente autóctonos.

Al principio de este Proemio digimos que la raza y el idioma son dos elementos estáticos del Derecho en su formación, y llevando este sentir al presente estudio, fuerza es consignar que los vemos pronunciados en el régimen jurídico de las vascongadas, especialmente en el de la tierra «llana ó de infanzón».

Aquellos habitantes conservan su raza y su lengua primitiva, la más antigua de España, con los caracteres de un verdadero idioma; pero esto no excluye el hecho de que las tres provincias citadas dependiesen de los romanos y de los godos, como lo demuestran testimonios de piedra irrecusables, que no se borran tan fácilmente; pues, á lo largo, este territorio estuvo atravesado por la gran vía militar de Mérida á Burdeos por Salamanca, en la cual habían mansiones para los ejércitos de Roma; siendo también innegable que los godos las dominaron, pues Recaredo, Sisebuto, Suintila, Recesvinto y Wamba sofocaron, durante sus reinados, las insurrecciones que allí se produjeron, imponiendo tributos á sus moradores.

Ello no impidió que, en la Reconquista, en ese despertar épico nacional, aquellas provincias, que apenas sintieron el yugo musulmán, se levantaran independientes en forma de señoríos, especialmente el de Vizcaya, cuyos señores, cuando entraban á ejercer la gobernación del país, juraban los Fueros y privilegios del territorio, ya que de no hacerlo, sus vasallos podían negarles obediencia.

La organización del poder señorial en Vizcaya era más liberal que en Alava y Guipúzcoa; el Señor nada podía hacer sin contar con la voluntad de sus vasallos, quienes se reunían en juntas, representando á las *merindades* y *consejos* del señorío, donde se daban y publicaban los estatutos con fuerza de ley, primera aparición del Derecho en aquella provincia.

Esas juntas se celebran todavía; reúnen en la villa de Guernica, en día señalado, y desde allí, en solemne procesión, presidida por el Corregidor, dirígense los representantes de los pueblos hacia donde está el árbol tradicional, frente á cuyo pórtico se detienen, se examinan los poderes de cada uno, trasladándose después al Salón de Juntas, y oída la misa del Espíritu Santo en el Altar de Ntra. Sra. de la Antigua, levantado sobre el banco de la Presidencia, se abre la sesión pública para tratar los asuntos de carácter general, pues los que revisten interés particular de las pequeñas confederaciones, son objeto de junta de merindad y así mismo las llamadas *juntas de república ó de consejo* y las que afectan á los vecinos de las antiguas anteiglesias, de infanzón ó de tierra llana.

No presentaremos aquí el Derecho foral de Alava, ni de Guipúzcoa, porque estas provincias, sujetas, de antiguo, al fuero de Logroño, al igual que las villas de la de Vizcaya, carecen de legislación propia en vigor y, por tanto, rige allí el Código civil.

No decimos lo mismo respecto al territorio de Vizcaya, conocido

por tierra llana ó de infanzón; tiene su derecho especial que se extiende á cincuenta y tantas merindades ó pueblos de la provincia de Alava y, cosa rara, Bilbao, capital de la provincia, y Guernica, capital foral, residencia constante de las Cortes de Vizcaya, estuvieron y están sometidas al Derecho común de España.

¿A qué se debe esa diversidad de legislación dentro de la misma provincia, que la tierra llana tenga su fuero, por el cual se rigen 109 pueblos y que las villas, incluso Bilbao y Guernica, se rijan por el Código civil? Pues precisamente á una razón histórica.

La *tierra llana* no significa *llanura*, pues en ella hay desniveles inmensos, si que *tierra abierta*, no amurallada, en contraposición con las villas, rodeadas de su cinturón defensivo. Aquélla era teatro de las correrías de los invasores; constituyó el señorío de Vizcaya, el Duranguesado y las Encartaciones. Había que premiar el esfuerzo, el valor y el sacrificio de aquellos habitantes á quienes el invasor, de vez en cuando, les visitaba; por eso, además de ser respetadas sus costumbres, recibieron de sus señores privilegios, franquezas y libertades.

Entre los habitantes del Duranguesado, de las Encartaciones y de la tierra llana hubo luchas; los dos primeros estuvieron separados del señorío, al cual se unieron el primero, en 1214 y las segundas, en el siglo XIV.

Las villas, lo que no es infanzonado ó anteiglesias, no tienen ese derecho excepcional, porque, amuralladas como estaban, podían defenderse de los extraños y de los malhechores, y unas veces, á petición de los vecinos, otras por mensaje de las juntas del Señorío, y algunas por iniciativa del Señor que señalaba el perímetro edificable, se construyeron aquéllas, cuyos habitantes recibían de éste franquicias, privilegios y el fuero llamado de Logroño, uno de los más importantes del Derecho foral en Castilla, que desapareció; por esto rige allí el Código civil.

La palabra *anteiglesias* tiene por origen, que, en un principio, los pueblos de Vizcaya eran caseríos aislados, no amurallados, sin formar núcleo de población; tenían su iglesia ante cuyas puertas y bajo los pórticos construidos para guarecerse de las lluvias— allí muy frecuentes—se reunían los vecinos después de oír la misa mayor y trataban los asuntos del Concejo.

Ocurría que los señores, fundadas las villas, llevaban á éstas á los labradores para que fueran vecinos, sacándolos de la tierra llana; quienes perdían, por este hecho, los beneficios de su Fuero para

quedar sometidos al de Logroño y al de la Legislación general del Reino. Como sufrieron perjuicio, con ese traslado de residencia, acudieron en queja al Rey, dictándose, en 17 de Marzo de 1484, una Real provisión, en el sentido de concederles la facultad de disponer, en la forma foral, de los bienes *labradóricos*; prescripción que, con carácter general, pasó á la ley 15.^a, tit. XX del Fuero, preceptiva de que los vecinos de las villas podían disponer conforme á éste, respecto de los bienes que tenían en la tierra llana y, de consiguiente, pueden señalar un solo hijo para suceder en dicha clase de bienes.

Presentando la Historia externa del Derecho foral de Vizcaya, en lo que á la tierra llana ó infanzonado se refiere, vemos que éste en un principio, estuvo constituido por los usos y costumbres de aquellos pobladores de caseríos no amurallados, que los señores juraban guardar y que se conservaron, por la tradición, hasta que hubo necesidad de recopilarlos y escribirlos para su mayor conocimiento, habiéndose formado un Cuaderno de leyes compuesto de 37 capítulos, sin importancia para el Derecho civil, gobernando D. Juan Nuñez de Lara, en 1342. En tiempo de Enrique III se incorporó dicho Señorío á la Corona de Castilla y publicóse otro Cuaderno de aquéllas, por acuerdo de las Juntas, tomado en la anteiglesia llamada del LUNO, hoy villa de Guernica; dicho Cuaderno se compone de 55 capítulos, sin importancia, tampoco, para el Derecho civil. En 2 de Junio de 1452, y también por acuerdo de la Junta general, reunida en Guernica, se formó un Código en el que se regulan instituciones civiles; mas como fué insuficiente, dióse otro en el año 1527, que fué confirmado por el Rey D. Carlos I, con el nombre de «FUERO, PRIVILEGIOS, FRANQUEZAS Y LIBERTADES DE LOS CABALLEROS HIJOS-DALGO DEL MUY LEAL SEÑORÍO DE VIZCAYA» hoy vigente, salvo las leyes generales del Reino posteriores á la de 25 de Octubre de 1839, así como el Código évil en la extensión y carácter que en otro lugar diremos.

BALEARES

Las islas Baleares, por la bondad de su clima, por la riqueza de su suelo y por el carácter pacífico de sus habitantes, fueron punto preferido de todos los pueblos colonizadores de España para su establecimiento.

Constituyeron provincia romana y no pertenecieron á los godos, pues los imperiales siguieron gobernándolas con dominación interrumpida por la invasión de los vándalos, hasta que los árabes se apoderaron de ellas en el siglo VIII, para dejarlas cuando fueron reconquistadas en 1115 por Ramón Berenguer *el Viejo*, Conde de Barcelona, acompañado de su esposa D.^a Almodis, sin que conste que éste hubiese dejado leyes á sus habitantes, regidos, hasta entonces, por usos y costumbres.

Volvieron los árabes á ocupar aquellas islas, arrancándolas del poderío del Señor barcelonés, y D. Jaime I de Aragón, llamado el *Conquistador*, las recuperó en 1228 á 1230, con el apoyo del elemento catalán, ya para unir otro florón á su Corona, ya con el fin de atajar el merodeo en las costas de Cataluña, de una multitud de piratas argelinos que las saqueaban.

Pero esa conquista no llevó consigo la incorporación permanente de aquellas islas á la Monarquía aragonesa, pues D. Jaime, en su testamento de 1262, las unió á los condados de Rosellón, Cerdaña, Conflans, Coplliure y Baronía de Montpellier y Vallespir, para formar un reino, que dió á su hijo el infante D. Jaime, quien, á la muerte de su padre, gobernó con el nombre de Jaime II. A éste sucedieron sus hijos Sancho I y Jaime III, derrotado por D. Pedro IV *el Ceremonioso* en la batalla del Lluch-Matjor el año 1349, quedando, desde dicha fecha, incorporada Mallorca al reino de Aragón.

D. Jaime I respetó las antiguas prácticas porque se regían los mallorquines y les otorgó varios fueros de carácter más ó menos general, pero ninguno completo; les dió los USATGES de Barcelona y las CONSTITUCIONES CATALANAS, concesiones que aumentó su hijo D. Jaime II con los Decretos de 1273 y 1274, cuando era infante heredero, y que después confirmó al subir al Trono á la muerte de su padre, ocurrida en 1276, siendo de añadir que forman parte del Derecho de aquel país, como propio, las Constituciones dadas por las Cortes del mismo reunidas cada cinco años, á falta de las cuales regían los USATGES y las Costumbres.

Había necesidad de recopilar el Derecho mallorquín y á este efecto la Chancillería del Territorio lo encargó al jurisconsulto, Notario de Palma y Archivero de su Universidad, D. Antonio Moll, quien dió por terminado su cometido, publicándolo en 1663 con el nombre de ORDINACIONS Y SUMARI DELS PRIVILEGIS CONSUETUDS Y BONS USOS DEL REGNE DE MALLORCA, formado por un volumen, en folio, de 422 páginas distribuídas en 14 capítulos.

Esta compilación no contiene mas que los fueros, usos y costumbres concedidos desde D. Pedro IV hasta 1663.

El régimen civil de Menorca y de Ibiza es el mismo de Mallorca, salvo ligerísimas diferencias, pues la primera de éstas se rige por el PRIVILEGIO de 30 de Agosto de 1301 y la segunda por sus ORDENANZAS.

También alcanzó á las Baleares el Decreto de Nueva Planta dictado por Felipe V en 28 de Noviembre de 1715, que dejó vigentes, en materia civil, los fueros, usos y costumbres de Mallorca hasta aquella fecha, en defecto de leyes generales posteriores al mismo; decreto que no pudo aplicarse, desde luego á Menorca, por hallarse, á la sazón, en poder de los ingleses (desde 1713 en que tuvo lugar la Paz de Utrech hasta 1783 en que se verificó la de Versalles); pero tan pronto como fué cedida otra vez á España, empezó á regir en ella dicha soberana disposición.

VALENCIA

Daremos solamente una ligera pincelada del Derecho foral valenciano, ya que no está vigente, por haberlo derogado Felipe V en su Decreto de 29 de Junio de 1707, sin que fuera posteriormente confirmado, en lo que al orden civil se refiere, toda vez que, en lo económico, no en lo político, los valencianos continuaron teniendo la organización de que venían disfrutando.

¿Por qué no se confirmaron los Fueros de Valencia como se hizo con los de Aragón por el Real decreto de 3 de Abril de 1711? Precisamente por el reconocimiento de los señoríos cuyos poseedores no se rebelaron contra el Rey, unido á la división y rivalidades existentes entre los brazos de las Cortes que, entregados á la discordia, no se acordaron de pedir el restablecimiento de aquéllos, cosa que con tenacidad y perseverancia laudables de su parte lograron los aragoneses.

Valencia perteneció al reino de Teodomiro, cuya Corte se hallaba en Orihuela al principio de la dominación musulmana; su hijo Atanagildo, que le sucedió, no pudiendo resistir las vejaciones de la morisma, hubo de retirarse á Asturias á colaborar en la gran obra de la Reconquista. Valencia, falta de su caudillo, quedó en poder

del agareno, dependiendo primero del Kalifato de Córdoba y formando, á la desmembración de éste, uno de los pequeños reinos que se llamaron monarquías de Taifa.

Conquistóla el Cid Campeador tan solo de por vida, pues á su muerte, D.^a Jimena, su esposa, y el Obispo D. Gonzalo Visquio hubieron de abandonar la ciudad, que cayó de nuevo en poder de los árabes.

D. Jaime el Conquistador—que venía de las Baleares cargado de laureles, apoyado por catalanes, aragoneses y navarros—concibió la idea de reconquistar á Valencia, empeño que realizó en 28 de Septiembre de 1238, entrando triunfante en la ciudad, que le fué entregada por su gobernador Ben-Zeyan, convencido de que su obstinada resistencia no podía oponerse al tenaz sitio de los valientes aragoneses.

Pudo D. Jaime incorporarla al reino de Cataluña ó al de Aragón ó constituirla en reino independiente con su Monarca y sus Cortes y optó por una solución intermedia, consistente en darle las condiciones políticas, administrativas y judiciales de Reino, pero unido personalmente á la Corona aragonesa, como lo prueba el hecho de que el Justicia de Valencia no lo nombraban las Cortes sino el Rey; procedía del estado llano y juzgaba lo mismo á los de su clase que á los nobles. Así, también lo atestigua el que Valencia estuvo regida por un virrey y administrados los bienes constitutivos del Patrimonio real por el BAYLE, quien tenía jurisdicción en los asuntos concernientes á su cargo; era nombrado por el monarca, siendo esto precisamente la causa de las discordias y turbulencias que se sucedieron, porque los valencianos, no queriendo ser de peor condición que los aragoneses, reclamaron que tales cargos no los ocupasen los forasteros y sí los del país.

El Justiciazgo valenciano, por lo mismo que era de nombramiento real, no tenía las prerrogativas del aragonés; Valencia las reclamó cosa que nunca pudo conseguir.

Como se resintiese la nobleza de tener un Justicia plebeyo, pidió al Rey fuera nombrado uno de su condición y por fin se resolvió este conflicto nombrando dos Justicias, uno por elase, que alternaban anualmente en el conocimiento de los asuntos civiles y criminales.

El Rey se apoyaba en el estado llano y tuvo á raya siempre á la nobleza, lo mismo á la alta que á la baja y á los señores de vasallos que á los simplemente caballeros. En Valencia no apareció el ca-

rácter feudal del régimen catalán, ni su aristocracia tenía el orgullo de la aragonesa.

El clero ejerció escasa influencia en la organización social de este reino, porque, cuando fué conquistado, habíase resuelto ya la admisión del ritual romano y las Decretales formaban ya parte de la disciplina eclesiástica; no obstante lo cual, D. Jaime, defensor de las prerrogativas del Poder civil, á pesar de ser muy religioso, prohibió se citasen en los Tribunales de justicia las leyes canónicas.

Constituyó el estado llano la base y fundamento de la Monarquía, no sin tener, respecto de ésta, los resquemores dichos por razón de los nombramientos de Virrey, BAYLE y Justicia; la nobleza era levantisca y el estado llano sumiso, como dijera D. Jaime á su pariente D. Alfonso X *el Sabio*.

La función legislativa residía en la Cortes; la judicial en el Justicia y sus delegados; la administrativa en los *Regimientos*; éstos se componían del JURAT EN CAP, que era el alcalde; simples JURATS, que venían á ser los tenientes de alcalde, y de CONSELLERS. Las Cortes, á su vez, tenían su Diputación permanente ó GENERALITAT á cargo de la cual estaba la recaudación de los impuestos que debían entregar al Rey, y tenían facultad para resolver las cuestiones que con dicha recaudación se relacionasen, incumbiéndoles también velar por el mantenimiento y pureza de los Fueros.

Esta facultad legislativa atribuída á las Cortes no era óbice para que el Rey pudiese dar sus disposiciones, á condición de que no fueran opuestas á las leyes, pudiendo aquéllas, además, conocer en los GRENCHES ó agravios que infirieran al país, tanto los señores como los Oficiales de la Milicia.

Y por último, las Cortes votaban los subsidios, recaudándolos por medio de su Diputación, toda vez que las rentas del Real patrimonio eran insuficientes para satisfacer los gastos de la Corona.

D. Jaime, aconsejado por los Prelados y Nobles del Reino, ordenó se coleccionara y redujese á escrito el Derecho indígena, no sin reformarlo un tanto y de incluirle declaraciones y adiciones, habiéndose publicado este trabajo, con el nombre de FUEROS DE D. JAIME por el cual, desde el año 1358, debían decidirse todas las cuestiones, con prohibición de citar otras fuentes de Derecho que no fueran la razón y la equidad natural; pero la práctica fué introduciendo, como supletorios, el Canónico y el Romano.

Dicho fuero se halla dividido en nueve libros, en su mayor parte

relativos á materia civil; carece de sistematización, y el espíritu que lo preside es el del Derecho romano.

Los Fueros de D. Jaime, con la reforma de Pedro Martell, se imprimieron en la ciudad del Turia, de lo que tiene esta legítimo orgullo por ser la primera que aplicó en España el prodigioso invento de Guttemberg. En tiempos de Carlos I y año 1547 publicóse por el Escribano de Valencia D. Francisco Juan Pastor, una COMPILACIÓN de todos los fueros del Reino, dividida en dos grupos, comprendiendo, en el primero, los Fueros originales de D. Jaime y las leyes posteriores y, en el segundo, bajo el nombre de Extravagantes, incluyó las disposiciones sobre materias distintas de las contenidas en el Fuero.

Esta colección subsiguio á la hecha por Gabriel Riusech en 1482, la cual fué posterior á la encargada á Bonato de Piedra en las Cortes de 1329; ambas no satisficieron, puesto que dejaron de incluir las modificaciones exigidas por las circunstancias.

Muchos pueblos del Reino de Valencia prefirieron ser gobernados y juzgados por los Fueros de Aragón antes que por los suyos, y para que no hubiera excepciones en esto, á petición de los ESTAMENTOS de las Cortes, se ordenó en las de Barbastro de 1626, siendo Rey de España Felipe IV, que todo el Reino valenciano se rigiese por unas mismas leyes, sin que fuera lícito invocar haberse fundado y regido anteriormente ciertas villas bajo los auspicios de los Fueros aragoneses.

Valencia es la cenicienta en el régimen local; sus hermanas Aragón, Cataluña y Baleares lo conservan y ella, en cambio, lo perdió, sin que la Historia haya podido justificar la preterición de que fué objeto por parte de Felipe V, cuando este rey confirmó el Fuero aragonés.

No es que sintamos añoranzas por los fueros de nuestro Reino, ni que pretendamos hacerlos revivir en estos tiempos en que se exalta el principio de igualdad ante la Ley. A códices antiguos, mugrientos y empolvados, que han sufrido las injurias del tiempo y ¡quién sabe si la profanación de manos poco cuidadosas, cuando no mutiladoras! preferimos leyes claras, escritas en el idioma nacional, que vivan en el espíritu de la época y cuya observancia sea general, menos en aquello que, por circunstancias especiales, debe conservarse incólume en ciertas regiones, por formar parte integrante, más que de su historia, de su contextura moral, como ocurre con el célebre Tribunal de las Aguas de Valencia, maravillosamente pintado por el gran

novelista Blasco Ibáñez, que es una justicia administrada por rústicos ó labriegos concedores del terreno y del gobierno de los riegos y que el ilustre D. Antonio Rodríguez de Cepeda, tuvo muy en cuenta, cuando redactó la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866.

Dados los términos claros y precisos del Decreto de Felipe V, su fecha 29 de Julio de 1707, podía creerse que á Valencia, aplacado el enojo del Monarca, se le habían devuelto, al igual que á Aragón, sus fueros, franquicias, libertades y cuanto constituía su régimen civil, sin necesidad de que el Soberano lo ratificase por otra disposición suya.

En cierto pleito invocáronse, como subsistentes, los Fueros de Valencia y, llevado á casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de Marzo de 1860, declaró que el segundo decreto de 3 de Abril de 1711, limitado á Aragón, nada decía respecto á Valencia, por lo que quedaba en este Reino en vigor el de 29 Junio de 1707.

G A L I C I A

La Monarquía asturiana, constituída, á raíz de la Reconquista, componíase de lo que hoy son las provincias de Asturias, Galicia y León.

En aquel estado social, caracterizado por la lucha incesante con los árabes, desoladas las ciudades, abandonados los campos y en completa amenaza los habitantes de aquellas comarcas á causa de correrías y disturbios, no era posible sentar con fijeza las bases de un régimen foral, y por eso la región gallega carece de él, pero dos instituciones, apoyadas en las costumbres, aunque una de ellas la condiciona en ciertos respectos la ley, brotaron espontáneamente de la conciencia de aquél país y son: una, los FOROS, que también existen en Asturias y parte del Reino de León, y otra, la llamada SOCIEDAD GALLEGA.

El objeto de los foros fué estimular el cultivo de los campos, yermos y abandonados por efecto de la guerra, institución que, según D. Rogelio Jove, tiene por origen la enfiteusis y, según don Rafael López Lago, data de mucho tiempo antes del siglo XIII.

En nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» hemos estudiado los foros y subforos, señalando los derechos y obligaciones

que atribuyen, como una de las formas que reviste la propiedad dividida; abordamos allí el gran problema que la redención de los mismos entraña, no ya en su aspecto jurídico, sino como cuestión social que bordea, muchas veces con alteraciones de orden público, el Código punitorio.

La otra institución gallega, consuetudinaria, nacida, sin duda, á impulsos de la necesidad para hacerse fuertes los moradores de aquel país y tendente á sumar esfuerzos y aplicarlos á la producción de la riqueza, fué la sociedad ó compañía gallega, tradicional, no interrumpida en aquel territorio, núcleo familiar en el que entran, no solo los cónyuges, sino los padres, los hijos y á veces, los hermanos, formando un acervo común con los bienes de los mismos, partícipes todos de las ventajas de esta comunidad, sumamente elogiada, porque, además de mantener el cariño entre dichas personas, por el lazo estrecho del parentesco, revela una perfecta organización de la propiedad.

DERECHO FORAL SUPLETORIO

Acabamos de presentar, en boceto, la Historia externa del Derecho foral español en lo que á sus fuentes directas, tanto escritas como consuetudinarias, se refiere. Resultaría incompleto el cuadro, si no incluyéramos en él, como complemento del mismo, lo relativo al Derecho supletorio, ya el propio de ciertas regiones aforadas, ya el general, constituido por el Código civil.

Así como nos merece toda clase de respetos el Derecho genuinamente foral, producto de las costumbres, salido de las Cortes ú obtenido de los Reyes, porque todo él son cristalizaciones jurídicas de la conciencia española á través de los siglos, por imperio de las necesidades históricas ó por influjo del espíritu de la época en su respectivo ambiente, nos encocora todo lo que sea de origen exótico, y por esto miramos con desafecto el Derecho supletorio al civil, llámese Canónico ó Romano, no porque les restemos méritos, ni desconozcamos su profunda sabiduría, ni la gran influencia que ambos ejercieron lo mismo en la época bárbara que durante el resto de la Edad Media y en muy entrada parte de la Moderna, sino porque son causa de confusión y hasta de embrollo, sin que pueda

saberse, á punto fijo, cuál es la legislación vigente en un país regido por sus leyes territoriales, trayendo esto, por lamentable secuela, profusión de pleitos que, de fijo, no se plantearían, conocida la regla jurídica, si ese derecho supletorio forastero hubiera cedido el paso al Código civil, toda vez que en este cuerpo legal ya se han esterilizado aquellas disposiciones de los Derechos romano y canónico que por lo saludables debían quedar formando parte del régimen civil general de España.

No cabe la menor duda, así por lo menos lo entendemos, de que gran número de litigios en Cataluña proviene de la existencia de ese derecho supletorio, Canónico y Romano, y así, con la estadística judicial en la mano y haciendo comparaciones entre recursos que suben á casación procedentes de todas las audiencias territoriales de España, lo demostró en el Parlamento el eminente juriconsulto don Vicente Romero Girón, discutiendo con el príncipe de los fueristas, gloria de la cátedra y del foro, D. Manuel Durán y Bas.

El Fuero Juzgo ya dispuso que no se citase en los pleitos ninguna otra ley que no fuese la suya. D. Jaime el Conquistador no permitió otro Derecho supletorio que el natural y la equidad. Esto nos demuestra el grado de patriotismo que sintieron los legisladores españoles, amantes de sus producciones y enemigos de todo injerto exótico, porque si algunos pueden prender en la conciencia del país, otros mustios y apenas sin savia, difícilmente pueden dar sabroso fruto.

¿Es que negamos la influencia espiritual del Derecho canónico y la sapientísima del romano, llamado justiniano, elaborado con las enseñanzas del *JUS BONITARIUM*, con las doctrinas del Cristianismo y con las opiniones de aquellos juriconsultos Ulpiano, Gayo, Papiniano, Paulo y Modestino, que formaron el llamado Tribunal de la Muerte? En manera alguna, como tampoco desconocemos el gran servicio que prestó en la Edad Media, como freno al régimen feudal; tan cierto es esto, que aplaudimos el acto realizado en las Cortes de Barcelona de 1243, donde los nobles demostraron su descontento con esa legislación exótica y, poco después, en 1251, acentuada la reacción contra el romanismo, obtuvieran del Rey que prohibiese, no solo la aplicación del Derecho romano, si que también la del Canónico.

No obstante esto, Cataluña se fué romanizando; en 1192 Alfonso I habla en su constitución de las leyes romanas; los judíos, según dice Miguel Ferrer, las usaban constantemente; arraigaron en las costumbres, brillaron en la Jurisprudencia de los Tribunales por ser las

importadoras del buen sentido y de la equidad; educaron á los jurisconsultos de la Universidad italiana y á los de Tolosa y Montpellier, formaron el Derecho supletorio de Lérida, sirvieron de troquel al de Tortosa, ocuparon preferente lugar en el estudio de los jurisconsultos catalanes y fueron materia del Privilegio *RECOGNOVERUNT PROCERES*, dado para Barcelona y extendido después á otras poblaciones; Alfonso III, en 1333, extendió la aplicación de ellas á ciertas localidades conservadoras de la costumbre gótica, respecto á legítimas, así como Pedro III, en el privilegio de 1339, dado á la Ciudad Condal, en lo referente á testamentos y, en suma, el romanismo logró auge y esplendor en su dominación, aplicándose á la materia de tutelas, al esponsalicio, al Senado-consulta Veleyano y á la Auténtica *SI QUA MULIER* y también en la fijación la cuarta marital concedida á la viuda pobre.

El Derecho romano dió su brazo al Derecho canónico y ambos, portadores de nuevos elementos de vida, influyeron poderosamente en el régimen social, así como en los órdenes jurídico familiar, patrimonial, sucesorio y de contratación, y, en estas condiciones, tenía que dárseles lugar en la jerarquía de la Legislación catalana como fuentes positivas de la misma, al igual que en Castilla la tuvieron por la ley del Ordenamiento de Alcalá. Por eso se dispuso en las Cortes de Barcelona de 1409 que fueran supletorios el Canónico antes que el Romano, de los *Usatges*, constituciones, capítulos y actos de Cortes, usos, costumbres, privilegios, inmunidades y libertades. Y tan artístico pareció el Derecho romano, constituido por el *CODEX REPETITÆ PRÆLECTIONIS*, á los jurisconsultos Narciso de San Dionisio, Jaime Calicio y Honorato de Pedro, que adaptaron aquella forma en la recopilación del Derecho catalán.

En Aragón tardó en penetrar la influencia romanista, sustraída á la compilación realizada por D. Vidal de Canellas, donde solo se reconocen como fuentes supletorias el sentido natural y la equidad. Pero los jurisconsultos aragoneses empezaron por cultivar intensamente el Derecho romano, enamorados, como estaban, de sus enseñanzas y, aún cuando las Cortes de Alcañiz de 1250 y 1251 se opusieron á que en los Tribunales del Reino se alegasen leyes canónicas y romanas, toda vez que las costumbres generales y locales ya producían lo bastante para satisfacer en forma de reglas jurídicas, las necesidades, sin tener por qué acudir en demanda de auxilio á un régimen exótico, es lo cierto que, aunque debilmente, tuvo allí alguna influencia.

En Navarra costó gran tiempo la penetración de los Derechos canónico y romano. Resistióse á la presión de la Iglesia contra las uniones ilegítimas, avenida como estaba aquella sociedad al matrimonio por contrato, llamado *A JURAS*, en el que no intervenía el sacerdote, permitido como se hallaba el divorcio y el repudio, lo mismo entre los nobles que entre los labradores. La *BARRAGANÍA* y las uniones desiguales eran frecuentes en el siglo XV; permitíase la investigación de paternidad para los hijos naturales, por medio de la llamada prueba *CALDARIA*.

En las Cortes de Pamplona de 1576, dióse entrada al Derecho romano en Navarra, á título de supletorio, pero no al Canónico.

Por prescripción del art. 13 del Código civil, en Aragón é Islas Baleares dicho cuerpo legal rige, desde luego; de manera que, en estas últimas regiones, no están vigentes ni el Derecho canónico, ni el romano, con tal carácter supletorio. Ese cuerpo legal obliga en ellas como fuente de derecho á la que debe acudirse, menos en aquello que se oponga al régimen jurídico directo, que conservan, tanto escrito como consuetudinario.

Algunos comentaristas opinan que el Derecho supletorio en Baleares es el Foral de Cataluña, entendiendo nosotros lo contrario, de acuerdo con Manresa, porque el art. 12 del Código sólo reconoce el Derecho foral propio de cada región de las que se hallan sujetas al régimen de excepción y no consiente, dados sus términos, que el de un territorio foral supla al de otro, suplección que, unicamente, puede hacerla el Código civil por su carácter de común; siendo, además, sumamente claro y viene en apoyo de nuestro sentir, el artículo 13 del citado cuerpo legal.

Vizcaya tiene también su Derecho supletorio; pero no es, como dice Sánchez Román, el español, constituido por el de Castilla anterior al Código civil, según dispuso la ley 3.^a, tít. XXVI, de la Colección de Fueros. Esto era antes de publicarse el Código, que ha derogado, en su art. 1.976, todo lo que constituía el llamado régimen jurídico castellano, tanto escrito como consuetudinario, menos lo que deja subsistente. ¿Cómo un derecho derogado ha de tener vida para que sirva de supletorio á otro excepcional? Si se deroga, es porque no sirve lo mismo con carácter general que con el de suplencia.

Apoyamos nuestro sentir en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1896, declarativa de que más allá del sexto grado no se da el derecho de troncalidad.

DE LA CODIFICACIÓN

Dispone el art. 6.º de la ley de Bases para la publicación del Código civil, dada en 11 de Mayo de 1888, que: «El Gobierno, oyendo á la Comisión de códigos, presentará á las Cortes, en uno ó en varios proyectos de ley, los apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias ó territorios donde hoy existen.»

A pesar del tiempo transcurrido, el Gobierno no ha cumplido el antes citado precepto, resultando que, por falta de los apéndices, la Legislación foral, un tanto caótica, es desconocida por la mayor parte de los habitantes del país, aún de aquellos sujetos á su régimen civil, presentándose, con alguna frecuencia, conflictos de derecho interprovincial, cuando se trata de aplicar á los casos litigiosos, ora el Código civil, por su poder de atracción y su carácter de ley común, ora la Legislación foral, llamada *excepcional* por el eminente jurisconsulto D. Manuel Durán y Bas.

Dice Hegel que las ideas más progresivas y redentoras corrompense cuando tocan los linderos de la realidad. Esto es lo que ha ocurrido con el gran principio de Derecho público moderno de la Soberanía nacional, llevado con palmas y entre vítores populares, cerrada la Edad Media, á las Constituciones francesas de 1789 y 1793, cual astro refulgente de nueva vida de reivindicaciones de los pueblos, llamados á regir sus destinos como personalidades históricas, como organos vivos de la Humanidad.

Pero ese principio, que calificamos de sacrosanto, ha tenido sus desvíos y exageraciones al actuar en el orden social y, mejor, en el político, los cuales fueron, y aún perduran, la centralización administrativa y la unificación del Derecho civil, establecida esta última por el famoso Código de Napoleón, que sirvió de Legislación en algunas naciones y de modelo á otras, influenciado por exigencias revolucionarias que, partiendo de la política, alcanzaban al orden privado, y con orientaciones espiritualistas, especialmente en materia de contratos, bien que sirvió de precedentes, sino el Derecho romano, de suyo formulista, la Legislación canónica y especialmente, en España, la ley única, tit. XVI del Ordenamiento de Alcalá.

No queremos abordar de frente, en toda su magnitud y complejidad, el trascendental problema de la Codificación civil, tratado luminosamente en congresos, en la Cátedra y en el libro; apenas si lo soslayaremos, presentando, en conjunto y sintéticamente, los diferentes sistemas que acerca del mismo se preconizan.

Uno de ellos es el STATU QUO: dejar que los territorios forales se rijan por su legislación escrita y consuetudinaria con el derecho supletorio que hayan aceptado, sin proceder á un expurgo circunspeto de sus disposiciones obligatorias, para separar, con la crítica jurídica auxiliada de la historia, aquellas que, sobre ser anticuadas, no responden al medio social presente y carecen de saludable aplicación.

Otro, la unificación del Derecho civil, exigida por el art. 4.º de la Constitución de 1845, preceptivo de que unos mismos códigos regirían en toda la Monarquía, principio igualitario que hizo malograr el proyecto de 1851.

Y el último, consistente en el respeto á la Legislación foral, sistema consagrado por las constituciones políticas de 1812 (art. 258), de 1856 (art. 5.º), de 1869 (art. 91) y de 1876 (art. 75), á base de que se aprueben por las Cortes ó por leyes las variaciones que, por particulares circunstancias, se determinen.

Según este último sistema, debe llegarse á la Codificación civil española, no por el camino de la uniformidad, lleno de obstáculos y de resistencias, sí que respetando las Legislaciones forales en lo que las circunstancias particulares aconsejen, siempre que éstas no se hallen reñidas con el Derecho público, ni con el interés nacional.

Para conseguir esto último, impónese la publicación de los Apéndices de que al principio hemos hecho referencia, y, en verdad, que no poco se adelantó, en este respecto, con las luminosas *Memorias* elevadas á la Comisión codificadora por fueristas tan conspicuos como D. Luis Franco y López, D. Antonio Morales y Gómez, D. Manuel Lecanda, D. Pedro Ripoll y D. Manuel Durán y Bas.

No somos enemigos del sistema de unificación, antes lo creemos necesario para que se eviten conflictos interprovinciales de orden civil, con motivo de la aplicación de leyes opuestas en el punto controvertido; pero no podemos negar, sin inferir insigne agravio á la verdad histórica, que hay instituciones forales con poderosa raigambre en el país y envueltas todavía en tal nimbo de prestigio, que no tan fácilmente pueden arrancarse de cuajo, sin que sienta estremecimientos dolorosos la región en donde florecen y á cuya sombra pro-

tectora nacen, se desarrollan y vigorizan intereses legítimos, dignos de protección por parte del Poder público.

Así es que, siendo, por convicción, amantes de todo cuanto significa unidad nacional, para que el alma de la patria pueda mover un cuerpo grande y poseedor de poderosas energías, entendemos que, por ahora, se daría un gran paso, en este sentido, desbrozando de las Legislaciones forales lo anticuado que no se aplica y apartando de su régimen el derecho exótico, á fin de que el Código civil tuviese en Cataluña y Navarra el carácter supletorio que en Aragón y Baleares por prescripción directa, y en Vizcaya, según declaró el Tribunal Supremo, como antes se ha dicho.

Con temperamentos de prudencia y poseído el Legislador de un gran sentido de la realidad, debiera llevar su acción saludable, dentro de la política jurídica, á la obra legislativa civil, cuando acometa la reforma del Código, procurando ensanchar en éste el ciclo de los derechos facultativos; de esta suerte se conseguiría, en el decurso de los tiempos y aún quizás más pronto de lo que se cree, realizar ese mayúsculo empeño nacional de que unos mismos Códigos rijan en toda la Monarquía.

Durán y Bas dice en su Memoria presentada á la Comisión de Códigos que: «En justo tributo á la verdad, hemos de reconocer que es grande, inestimable, el bien que siempre resulta de que desaparezca de un país la confusión acerca de las fuentes de su derecho actual, más aún, la heterogeneidad que presenten y la contradicción entre las reglas que de ellas emanen.»

A este sagaz juicio, añade tan eximio fuerista lo que sigue: «No es el mayor de los males que haya leyes de distintas épocas, ni lo es la remota fecha de alguna de ellas: lo primero sucederá siempre; lo segundo es á menudo un bien cuando las leyes antiguas responden todavía á las necesidades sociales de la edad presente. En lo que el mal consiste es en la falta de fijeza acerca de lo subsistente y lo derogado; es la oposición que á veces existe entre el espíritu de la ley de fecha posterior y lo establecido en otra anterior que aún está vigente, por no haber disposición análoga que la modifique.»

Ante este sentir del gran juriconsulto catalán, con honor nos descubrimos: no le privan las añoranzas del pasado, cuando sus leyes no responden á la necesidad social del presente; reconoce, con gran ingenuidad, que existe oposición, á veces, entre el espíritu de una ley de fecha posterior y lo establecido en otra anterior aún en vigencia. Esto nos obliga á indicar que la ley debe ser un instru-

mento idóneo, si vale la frase, un ordenamiento adecuado al objeto para el cual se establece, y que, cuando está reñida con la realidad, cuando se escapan de sus reglas los fenómenos jurídicos ó no tienen en ella su fórmula definidora y protectora; en suma, cuando ha muerto en la conciencia social, constituye un estorbo que hay que barrer en la gran dinámica jurídica, demandadora de facilidades y expeditaciones en su funcionamiento; y si á esto se añade el conflicto entre el espíritu de unas leyes y el texto de otras, para cuya explicación muévase muchas veces la Hermenéutica en encontradas direcciones y por opuestos criterios, se comprenderá que es un bien inestimable el que desaparezcan de un país, rindiéndoles el debido homenaje de respeto, por cuanto representan un estado de derecho porque pasaron los pueblos á través de su historia.

En lo que no estamos conformes con Durán y Bas, es en lo relativo á la oportunidad en la obra codificadora. Este sabio fuerista entiende que admite demora, en tanto que nosotros creemos que se impone imperiosamente, y nos fundamos en que, efecto de los progresos de la Mecánica, en sus distintas manifestaciones, especialmente en lo que concierne á la industria locomotriz, son tantas las facilidades que los hombres tienen para acercarse unos á otros dentro del territorio nacional, que, á los halagos del bienestar, aumentan las grandes urbes con individuos; y aún cuando para con ellos no rezan el *JUS SOLI* y el *JUS SANGUINIS* distinto del suyo en punto á su subordinación al régimen jurídico civil, pueden acogerse á éste por el *JUS VOLUNTATIS* cuya expresión es la vecindad, adquirida con las condiciones fijadas por la ley.

Y no es esto solo; la preferencia de que, sobre el Derecho foral, gozan las leyes de procedimiento y todas las de carácter general posteriores á ciertos decretos de Reyes, hace que precise el conocimiento de qué disposiciones forales se hallan vigentes; de aquí la urgencia en que se publiquen los apéndices exigidos por el art. 6.º de la citada ley de Bases, poniéndonos, de este modo, en vía franca de la Codificación civil, no subordinada á un criterio filosófico exclusivo, ni entregada á orientaciones absolutamente exóticas, laborando el Legislador como si fuera un copista, sino tomando de la realidad sus provechosas enseñanzas, sin prejuicios ni prevenciones, para que la ley pueda encarnar en la conciencia social, siendo—como dijo el Rey Sabio—«leyenda en que yace enseñamiento é castigo escripto que liga é apremia la vida del home que non faga mal, é muestra é enseña el bien que el home debe facer é usar».

Opinamos con Falcón, que nunca ha habido oportunidad mayor que la presente (referíase á antes de la publicación del Código civil) para llegar á la Codificación, por estar preparada la opinión y unificadas las leyes especiales, bien que, en nuestro sentir—y en esto seguimos á Durán y Bas—no cabe que se llegue á la asimilación, toda vez que las provincias forales, dados la densidad de su población, riqueza y demás elementos de vida, no es de esperar que renuncien á sus instituciones especiales sin que opongan grandísima resistencia. Esto podría conseguirse si los jurisconsultos de todas las regiones se pusieran de acuerdo en estos cuatro problemas, que son los capitalísimos del Derecho civil: *Libertad de testar, derecho de viudedad, heredamientos y troncalidad*. De éstos, el verdaderamente fundamental es el primero; como que, de aceptarse, en absoluto, esa libertad, desaparecería el régimen de legítimas, sufriendo honda reforma el sistema sucesorio, que, en nuestro entender, es el más delicado.

No hemos incluido entre aquellos problemas el referente al régimen económico-familiar, desde el punto y hora que el Código civil, en su art. 1.315, abriendo una zona de inteligencia para que á ella puedan llegar las Legislaciones forales, autoriza á los contrayentes para que puedan otorgar sus capitulaciones antes de unirse en matrimonio, estableciendo las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros; de suerte que, acogiéndose á ese precepto, los futuros esposos pueden establecer como régimen económico-familiar, lo mismo la comunidad de bienes, que la separación absoluta de éstos en el matrimonio, ó el sistema dotal y, aún dentro del de gananciales, señalar las limitaciones que crean convenientes.

Si se permitiera establecer el heredamiento universal en sus distintas clases, como ocurre en Cataluña, supuesta la necesidad de ensanchar el ciclo de los derechos facultativos, al amparo de la libertad en el otorgamiento de los capítulos ante nupciales, de fijo que se tendría muy adelantado el camino para llegar á la gran obra de la unidad legislativa.

En orden al derecho de familia, la penetración dada á los títulos I y IV del Código civil en el régimen jurídico de las regiones forales hace que no sean muchas ni grandes las diferencias existentes entre la legislación común y la excepcional, tanto más cuanto que, obligando en aquellos territorios la ley de Enjuiciamiento civil por su doble carácter de pública y adjetiva, y habiendo ésta dero-

gado, por tabla, la institución cuasi familiar ó tutelar en la forma que tenía en aquellas legislaciones, el Código se ha introducido en aquel régimen regional, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus fallos de 12 de Junio de 1894, 3 de Diciembre de 1895, 18 de Junio de 1896 y 16 de Enero de 1897.

Puesto que el régimen jurídico de la propiedad y sus limitaciones se halla fundado en el Derecho romano y éste se mantiene, salvo pequeñas variantes, en el Código civil, así como en las Legislaciones de Navarra y de Cataluña, creemos que es fácil llegar hasta la unificación en la mayor parte, por no decir en toda la materia.

No ocurriría esto tan llanamente, en lo que respecta al régimen de obligaciones; pero podría darse un gran avance, en tal empeño, y hasta realizarse tan provechosa finalidad, si se procurara vaciar la obra codificadora en anchos moldes, como los que, en este respecto, tiene la Legislación suiza y aún nuestro Derecho mercantil, en punto á la generación de los contratos y clases de éstos, que guardan, por su naturaleza, estrechas relaciones con los de índole común.

Como oportunamente advierte Durán y Bas, la codificación debe responder siempre á un triple fin: «Afirmar la verdad jurídica, acomodar la ley á las necesidades de la Sociedad é identificar el nuevo derecho con la conciencia social para que sea, como debe ser, regla de nuestras acciones, fuente y guía en los fallos judiciales».

Esa identificación no es labor de un día, sino de muchos años; pero se consigue de dos maneras: una, recogiendo los sentimientos vivos y las tradiciones imperecederas, y llevándolos á la obra legislativa; y otra, dejando margen á la voluntad para que pueda desenvolverse en la producción de los fenómenos jurídicos, á condición de que no atente contra el derecho público ó la moral, ni infiera agravio á intereses legítimos y razonables.

Claro que la codificación de nuestras leyes civiles debe ir precedida, como observa el citado juriconsulto catalán, de trabajos preparatorios de carácter histórico y doctrinal que reflejen y aprecien el estado científico del Derecho civil. Es sensible reconocer que son muy contados los tratadistas que se dedican á este linaje de estudios, y si hubiera que esperar á que la iniciativa profesional acometiese empeño de tan singular trascendencia, la obra codificadora difícilmente se vería realizada; pero, como urge su consecución, cabe dar de lado á tales exigencias, yendo en derechura, con paso firme, con prudente mano y sin exclusivismos ni intransigencias, á

esa finalidad proveedora de bien andanzas, que sería un gran fundente para la realización del Estado nacional.

No es que nos apasione el Código civil, en términos que lo creamos intangible, como última palabra en la materia; llevados de un espíritu imparcial reconocemos que existen instituciones forales saludables y provechosas que deben recogerse en la obra codificadora para vigorizar la constitución de las familias y estimular el ahorro y el trabajo; y es tanto el amor que profesamos á las que llenan tan señalado objeto, en estos azarosos tiempos de indisciplina social en que quedan torpes y enmohecidos los resortes de la autoidad, que todo cuanto conduzca al robustecimiento de la familia, haciendo efectivos los deberes que en ésta tienen sus individuos, nos llena de orgullo y admiración, porque, entendemos, que el Derecho civil no debe ser solo el derecho de la propiedad, como indica el insigne Dorado, sino también del derecho familiar.

Durán y Bas fué un espíritu abierto á la transacción en el gran problema de la Codificación civil, cuando dice en su citada Memoria, que «deben conservarse las instituciones forales que tienen color local, raíz histórica, que han penetrado en la conciencia popular y se hallan identificadas con las costumbres de antiguos estados que son hoy provincias de la nación española». Este también es nuestro sentir: á tontas y á locas no puede llegarse á la Codificación civil; ésta debe respetar lo que se halle identificado con el modo de ser de los territorios forales, con lo que constituye las grandes líneas de su legislación querida y hasta venerada, dejando que el tiempo, el gran Legislador de los pueblos, facilite la unidad completa, acreciente ese gran fundente nacional, avivando el patriotismo español; y es tal el respeto que á la libertad profesamos, cuando ésta ordenadamente se desenvuelve, que, en tal supuesto, somos partidarios del sistema que autoriza á los habitantes de las provincias forales y á los de las de derecho común para optar por las leyes que mejor estimen, opción que, mal estaría reñida ni con el Derecho público ni con la moral, porque, de estarlo, no permanecería en vigencia la legislación á cuya sombra se acogieran aquéllos al producir los fenómenos jurídicos.

Más de una vez hemos empleado en este Proemio las palabras *unidad y uniformidad* en el derecho escrito de un país, y con el fin de que el juicio no se extravíe importa darles su verdadero sentido.

Como dice Sánchez Román, aunque ambos vocablos tienen natural analogía y relación, la uniformidad se refiere á la organización

externa del derecho y la unidad dice á fondo, á la identidad de espíritu de ese mismo derecho.

En el gran problema de la Codificación civil española, tan notable tratadista se declara enemigo de la supresión y reformas parciales de las instituciones forales por medio de leyes sueltas, considerando preferible á esto, que tal empeño se realice con la publicación de un código, destruyendo y edificando en un momento.

Partamos del supuesto de que la uniformidad civil es en España, por ahora, una utopía, ¡quién sabe si, al correr de los siglos, podrá realizarse tan venturoso ideal, una de las notas exigidas para la existencia del Estado nacional, penúltima fase que recorren los pueblos en su evolución política!

Como advierte Durán y Bas, «la identificación de la conciencia popular con el Derecho nuevo, ha de ser el último fin de toda ley y más aún de todo Código», y añade tan sabio maestro, «donde la dificultad es grande y no facilmente visible, es en el derecho privado, en un Código civil, porque abarca en todas sus partes la organización privada de las sociedades humanas; y el hombre en todas las condiciones de la vida social y en todos los actos de su vida individual, se encuentra siempre dentro de los dominios de la ley civil».

¿Es posible que pueda realizarse esa identificación del alma española, *una*, envuelta en el patriotismo, con el derecho nuevo codificado y obligatorio para todas las regiones, decapitando la Legislación foral en aras de esa unidad legislativa y en consagración á ese principio sacrosanto de igualdad ante la ley? Ya lo hemos dicho; por ahora esto no pasa de ser una aspiración justísima, sin que podamos suscribir la opinión de Bentham, cuyo gran pensador entiende que por cada día de retardo en la codificación del derecho de un país se crea una nueva dificultad á ella, toda vez que en España, por la facilidad en las comunicaciones entre las regiones aforadas y las sujetas al derecho común ó general, por la difusión de las doctrinas en la Cátedra y en el libro y por los mismos intereses económicos que se van creando, parece que se suavizan los temperamentos exclusivistas, no tanto como fuera de desear, y de esto tiene gran parte de culpa la ausencia de una saludable política legislativa, pues, ya los aragoneses y baleares, estos últimos, por órgano del Colegio de Abogados de Mallorca, aceptaron el Código civil, como única fuente de Derecho supletorio, y en la misma comisión de Códigos, presidida por D. Manuel Alonso Martínez, los jurisconsultos representantes de los territorios aforados llegaron con los defensores del

régimen castellano á una transacción en orden á la materia sucesoria intestada. ¿Qué significa esto sino una disposición de ánimo favorable á la gran obra de la Codificación, por ser una necesidad sentida en todo el país? Lo que hay es que el régimen foral no debe morir caprichosamente y á alfilerazos, por medio de leyes sueltas, dando margen, con su interpretación, á extensiones indebidas; que no se pueden derribar con el hacha instituciones seculares, en las cuales se halla identificada la conciencia regional y por las que sienten sus habitantes verdadera veneración. Sintiendo hondo, pensando alto y procediendo con circunspección es como, unicamente, se puede ir esterilizando el derecho, lo mismo común que foral, acercando á una zona de concordia las instituciones que deben subsistir resistentes á la crítica jurídica, tomándose de ellas lo bueno y lo conveniente; y si esto no fuera posible, ora dentro del mismo Código por medio de títulos especiales, ya en forma de apéndices, incluir las legislaciones forales después de expurgadas de aquello que no se identifica con el espíritu de la época, proscribiendo, de una vez, el Derecho supletorio exótico, tanto canónico como romano, para que el Código civil, obra de los jurisconsultos españoles, fueristas y no fueristas, supla las omisiones de la legislación excepcional.

Cuatro instituciones son las más principales que dificultan la obra unificadora del Derecho civil español, á saber: la libertad de testar, los heredamientos, la viudedad foral aragonesa y el derecho de troncalidad de Navarra; como hemos indicado las dos últimas se han ingerido, de cierta manera, y no con toda su plenitud en el Código civil; las dos primeras se hallan erguidas, ostentando según sus defensores las ejecutorias de justicia y utilidad, para mantener el poder paterno y la unidad de la familia.

Creemos del caso exponer sumariamente algunas consideraciones relativas á las mismas.

LIBERTAD DE TESTAR

¿Descansan las leyes en un principio de desconfianza? ¿Recelamos del cariño y honorabilidad de los padres «en cuyo corazón tienen los hijos una garantía mayor y más eficaz que en todas las leyes positivas posibles y que en todos los Códigos de la tierra, el

amor que graba Dios en él con caracteres de fuego», como dijo eloquentemente el ilustre Nocedal? ¿Sí? Pues esa libertad, concedida al testador como prerrogativa de la justicia doméstica, puede trocarse en infame látigo de tiranía, con profanación de los deberes y mancilla del honor que el padre debe á quien lanzó al mundo sin consultarle, ni decirle el pro ó el daño que le aguardaba. ¿No? Pues esa libertad es santa; á ella, caldeada con el cariño, fortalecida por el deber, adivinadora de la suerte de los hijos, no deben llegar, como añadió dicho jurisconsulto, las combinaciones calculadas y frías de Gobierno alguno; que si hay padres desnaturalizados, esto no pasa de ser una excepción rarísima, la cual no puede ser fundamento y norma para legislación ninguna; «que amparar al hijo de aquél es á agraviar á todos los padres, suponiendo que todos son monstruos, aparte de que pudiera suceder muy bien, que quien en su infancia haya presenciado la muerte de sus abuelos y contemplado la lucha de su padre y de sus tíos, disputándose los bienes paternos como los tigres el pedazo de las entrañas palpitantes de su presa, con lo que se pervierte el corazón filial, hasta llegar á ser todo lo contrario de lo que debiera, obligado por la ley de Dios á honrar padre y madre». (Palabras textuales del Sr. Nocedal). Tan ilustre jurisconsulto, reforzando su contundente argumentación, añadía: «Esa manera de testar (se refería á la establecida en la legislación castellana) fué ideada para contener al mal padre y la discurría el legislador para todos, teniendo á la vista un fenómeno casi singular. Pues bien; para el único á quien no sirve semejante precaución es precisamente para el mal padre. Obligado por la ley, derrochará durante su vida los bienes de sus hijos, los venderá, los regalará y hará impunemente que pasen á manos de sus mancebas ó de los hijos de su disipación y locura».

El ilustre D. Juan de la Concha y Castañeda recuerda estas hermosas palabras del P. Félix que debieran, por su profundidad y galanura, esculpirse en bronce: «Hay una institución que es base necesaria y el natural sostén de todo progreso social: una institución creada de mano maestra, porque es obra de Dios mismo: una institución que podemos llamar fundamental en el sentido más verdadero de la palabra, porque no se podría tocar á ella sin conmovier de arriba abajo ese edificio cuya divina arquitectura admiramos, á saber, la santa é inmortal institución de la familia».

A esto añadió el notable jurisconsulto antes aludido: «Si mirada así la institución de la familia puede llegar á ser la base y funda-

mento de la regeneración de la sociedad, parece que ha de ser en extremo conveniente vigorizar la autoridad que la rige y gobierna, dotándola de medios naturales y sencillos para premiar la virtud dentro del hogar doméstico y para formar hijos laboriosos y de moralidad probada, que sean más tarde dignos ciudadanos. Desde que se convenga en el principio expuesto, no habrá posibilidad de negar que la libertad de testar pone en manos de los padres una arma eficaz para que puedan y deban ser respetados, sin que se dé una sola vez el espectáculo de que el hijo le reclame, creyéndose señor, lo que debe esperar de su conducta y del amor y la bondad, nunca dudosa, del que para él vive y para él trabaja».

Advierte el Sr. Concha Castañeda, lo dañosa que es la división de la propiedad cuando resulta excesiva, hasta el extremo, que, según hacen ver escritores y publicistas de reputación notoria «un patrimonio, aunque sea de cierta importancia, que sufre dos ó tres divisiones, según que las generaciones se sucedan, ha de quedar reducido para los últimos herederos á porciones verdaderamente exiguas y despreciables, y que la división de la propiedad en pequeñas suertes, si no hubieran de ser inmediatamente enajenadas á cualquier precio para agregarlas á fincas contiguas, se convertiría en la destrucción de la propiedad misma».

Como en ramo de flores fragantes y bellas acabamos de presentar los mejores y más poderosos argumentos que, en defensa de la libertad de testar, aducen sus esclarecidos partidarios. Ese ramo tiene un lazo de colores vivos y seductores, y en él se lee: ¡Inglaterra!

En este país clásico de las libertades prácticas, no de los idealismos desatentados; amante de sus tradiciones cual ningún otro, por considerarlas éjida del orden, en cuyo seno se desenvuelven sin convulsiones ni espasmos, sus revoluciones sociales, lo mismo las que afectan al régimen jurídico que las actuadas en la esfera económica, se halla establecida la libertad de testar, porque la división de la propiedad, consecuencia precisa del sistema de legítimas, es no solo dañosa á las familias si que, en ocasiones, debilita las fuerzas sociales y destruye la riqueza, como dice D. Luis Franco, en su notable Memoria acerca de la Legislación foral Aragonesa.

El Parlamento inglés, en 1703, puso el sello de esclavitud á Irlanda, al disponer que los bienes del católico se dividiesen por iguales partes entre sus hijos, á no ser que el mayor se hiciese protestante, en cuyo caso podría ser heredero exclusivo; prescripción que fué derogada por la ley de 1778, reconocedora de la libertad de

testar á favor de los irlandeses, aunque profesaran la religión católica; este derecho fué consagrado también en la mayor parte de los Estados norteamericanos.

A fin, pues, de dar á la propiedad, jurídicamente considerada, su dignidad é independencía, de evitar el antieconómico fraccionamiento de los bienes, con el que se infiere gran daño á la riqueza general; de vigorizar en la familia la autoridad que la rige y gobierna; de que los hijos, cumpliendo con el precepto del Decálogo, honren á sus padres, tipo ideal de gobierno y gobernantes, y que á la muerte de éstos no se les hagan, muchas veces, funerales sangrientos, á motivo de particiones en que se echan suertes sobre las vestiduras de quien tuvo la desgracia de lanzar al mundo seres ingratos en vida é irrespetuosos para con su memoria después de muerto, pide y apoya gran pléyade de notables jurisconsultos de distintas escuelas filosóficas y de diversos partidos políticos, la libertad de testar, creyendo que la ley debe estribarse en un ancho principio de confianza, sin recelar nunca de la conducta justiciera de los padres, en cuyo corazón tienen los hijos la garantía mayor y más eficaz que en todas las leyes positivas, siempre que resulten dignos del amor que les profesó el autor de sus días.

Aquellas flores cuyos pétalos son tan delicados que sería imperdonable torpeza arrancarlos de su hermoso cáliz, tienen punzantes espinas, que acertó á señalar, con elocuencia abrumadora, el eximio jurisconsulto Alonso Martínez, cuando dijo, contestando á Nocedal: «No conozco un escándalo de familia superior al que produce en Navarra la demanda de suplemento de legítima propuesta por un hijo preterido en el testamento de su padre. Pero á la vez que de éste hecho, siempre deplorable, he sido testigo de otros muchos más graves en el orden moral. He visto á un padre que después de haber vivido cuarenta años con su esposa legítima y de haber dado á los frutos de esta unión con el agua bautismal el Santo Oleo de la legitimidad; después de haber otorgado á su esposa muerta las honras que el cristiano tributa siempre á la compañera de su vida, no tuvo más tarde reparo en deshorrar su memoria, afirmando que solo había sido su concubina, á trueque de privar á sus hijos de la legítima materna. Y para que el espectáculo fuera más repugnante, uno de los hijos, seducido por la promesa de heredar él solo toda la fortuna, en vez de compartirla con sus hermanos, no titubeó en hacerse cómplice de tan impía trama, y se despojó así propio de la noble

investidura de la legitimidad y arrojó por su mano el lodo del deshonor sobre la tumba sagrada de su madre».

«Se dice á esto; buscad lo común, lo ordinario, lo universal; preocupádoos con lo excepcional, quebrantáis las leyes de la naturaleza: mas, por ventura, lo común, lo ordinario, lo universal ¿es que los hijos se rebelen contra los padres, embarguen sus bienes y les persigan judicialmente? Lo común, lo ordinario, ¿es que en Castilla, calientes aún las cenizas del padre, sus hijos se aborrezcan, injurien y calumnien con unas particiones que no representan más que la liquidación moral del amor y de las tradiciones de familia? No: para una vez que se hagan las particiones por la vía judicial, veinte mil se hacen amigable y pacíficamente con perfecta armonía y fraternidad. Por consiguiente, no es exacto que apenas haya familia castellana que no riña y pleitee y se disuelva á la muerte del padre ó de la madre por causa de las legítimas».

El jurisconsulto señor Morales, dice: que en una quinta parte de Navarra donde no rige el Fuero, ha arraigado tanto la idea del condominio, que desgraciado el padre que en vida ó en muerte establezca una pequeña diferencia. Los hijos desconocen de derecho su autoridad, y el *QUIA PATER FACIT TESTAMENTUM*, está sustituido por el *QUIA PATER NON POTEST FACERE TESTAMENTUM*.

Aunque con el natural temor al fracaso, un turno pedimos en esta discusión, que mantienen con grandes vuelos y apelaciones patéticas, tan notables primates del Foro español, cuyos nombres, como estrellas de primera magnitud, fulgurarán siempre en la Ciencia del Derecho.

Empecemos por fijar nuestra posición: ni somos partidarios decididos de la libertad de testar, ni nos satisface, cumplidamente, el actual régimen de legítimas. Somos, por tanto, una nota discordante, una voz desautorizada en esta luminosa polémica entre juristas, y, claro que nuestro sentir no merecerá, de fijo, alabanzas, ni de unos, ni de otros y sí las repulsas á que se hace acreedora tan imperdonable audacia.

Entre la zona tórrida y la glacial está la templada; entre un régimen de libertad absoluta y otro de coacción tiránica, cabe establecer, racionalmente, una fórmula armónica, no constituida, unicamente, por lo que disponen los Códigos francés, holandés é italiano, entre otros, sino por otras soluciones enderezadas á vigorizar el organismo familiar, moviéndose éste, no con absoluta independenciam, sino bajo la dirección del juez de paz, representante de la ley y de

los grandes intereses sociales, para que, por ningún medio, se infiera agravio á la conciencia jurídica y en evitación siempre de que hayan padres mónstruos é hijos desnaturalizados.

Son de sentar, como supuestos obligados del razonamiento, estas proposiciones:

Al presente no tiene en España la propiedad el carácter familiar que revistió en Grecia; sobresale en ella la nota individualista, con mayor ó menor extensión según las costumbres imperantes en las regiones, que contribuyen á formar su psicología á través de los siglos. El derecho de legítima no puede fundarse en el condominio. Como dice, muy acertadamente, el citado jurisconsulto D. Luis Franco, si realmente existiese esa copropiedad, «ó tendría que faltarle á todas las reglas de la lógica ó sería una consecuencia ineludible la de que ni el padre podría enajenar sus bienes sin el consentimiento de sus hijos, ni á éstos les sería permitido repudiar ni dejar de aceptar la herencia de sus padres, cualquiera que fuesen las obligaciones á que estuviese sujeta».

El derecho de libre disposición, majestuosa prerrogativa de la propiedad, no es tan absoluto que deje de estar moderado y hasta restringido, en ciertos casos, por el fundamental de familia. Al lado de las energías propulsoras del movimiento, ha puesto Dios en el hombre, al formarlo, las fuerzas conservadoras. Así es que en el corazón, en ese saco carnosos, el nervio gran simpático le imprime movimiento, en tanto que el nervio neumogástrico modera su marcha, haciéndola rítmica, para que la función circulatoria de la sangre se desarrolle en el organismo, llevando la vida del centro á la perifería.

Otro tanto ocurre en la Sociedad; desde la familia, su primera célula, hasta el Estado nacional, unidad de último grado, la libertad es agente propulsor del bien; en tanto es legítima, en cuanto se mueve dentro del círculo de la justicia, la cual impone el respeto de deberes imperiosos é ineludibles en la convivencia social y en todos los órdenes en que la actividad se desenvuelve.

Sobre el derecho de propiedad y sobre el de familia descansa, majestuoso, el derecho sucesorio, cuando se da entre ascendientes, descendientes y colaterales cercanos al causante de la herencia, pues ésta, como dijo Justiniano, fúndase en el amor.

Estribar la testamentifacción activa en el derecho de propiedad, sin respeto á los deberes familiares que, como imperativos categóricos de la conciencia, no pueden ser eludidos, nos parece harto exage-

rado. Que el padre tiene—como dicen los señores Moret y Silvela,—derecho incontrovertible para hacer en los bienes, durante su vida, lo que por más conveniente tenga, es una verdad á medias, por cuanto la ley sujeta á tutela al pródigo ó desgastador de su fortuna, como lo llama el Código Alfonsino. Que ese padre derrochará durante su vida los bienes de sus hijos, los venderá, los regalará, los transformará y hará que impunemente pasen á manos de sus mancebas ó de los hijos de su disipación y locura, si se le obliga á dejar la legítima, como argumentó el padre del malogrado jefe del integrista español, no pasará de ser un caso excepcional y monstruoso; pero, aun siéndolo, con ofensa de la ley natural y con escándalo de la vindicta pública, medios puede tener á su alcance el Legislador para evitarlo, mediante el sencillo procedimiento que después indicaremos.

No salgamos de este básico supuesto: entre ascendientes y descendientes se establecen relaciones paterno-filiales, fortalecidas por el deber y caldeadas por el cariño, que son origen fecundo de obligaciones ético-jurídicas, como, concienzudamente, las llama Sánchez Román. Estas imponen al padre, ya que vive en la especie, la estrecha obligación de alimentar y educar á sus hijos, y no porque la muerte implacable niegue su existencia, llevando el dolor y el luto al hogar doméstico, han de quedar estos plantados en el arroyo, cual si fueran frutos de maldición, por causa de que el autor de sus días, erigido por la ley en Juez de la familia, enconando con el odio y la venganza las heridas abiertas en el corazón, blandiendo el látigo de la tiranía, torcida quizás su conciencia y sugestionada acaso su voluntad, disponga arbitrariamente de su herencia en favor del mas astuto, hipócrita y desaprensivo de sus hijos, para tener ¡miseria de la vida! por sangrientos funerales, injurias á su memoria y luchas fratricidas, cuyo rescoldo llega á largas generaciones.

Y es tan imperioso é indeclinable el deber de los padres á dar decorosa colocación á sus hijos, para que éstos, entre penalidades y abrojos, puedan fundar una familia, que la Legislación de Navarra, á pesar de estribarse en los principios de libertad de testar y de autoridad paterna con mayor amplitud que la aragonesa—pues allí con solo dejar á los hijos los cinco sueldos febles y una robada de tierra en los comunes, pueden ser excluídos por extraños—impone al padre la obligación de dotar á las hijas, prescripción que se hizo extensiva á favor de los varones por la ley de Estella de 1556, á no ser que los agravios autorizaran la desheredación, en

cuyo caso ni siquiera reciben esa irrisoria limosna, que importa en moneda corriente unas dos pesetas cuarenta céntimos.

Hay que ponerse á la cabecera del enfermo y ver cómo, alrededor de su lecho, se mueven las ambiciones entre las torturas morales que sufre quien se despide de la vida. Permitid en ese caso la libertad absoluta de testar; que entre el hijo desaprensivo y el padre moribundo no se interponga la ley austera con sus enseñanzas y protecciones y el Notario público, á quien, como profesor de derecho se le consulta el testamento, y veréis, muchas veces, cómo las pasiones desatadas y la concupiscencia devoradora hacen mella en la voluntad tornadiza del testador, quien, para cobrar tranquilidad, y, cediendo á las insinuaciones del que le besa y lloriquea, se constituye en su cautivo, con olvido de la suerte que esperan correr los que no tuvieron la fortuna de estar presentes en acto tan importante, para verse luego privados de lo que esperaban percibir por dictado supremo de la conciencia.

Un jurisconsulto aragonés de tanto renombre como es el señor Franco, después de reconocer que cuando, en pocos casos, acude el hijo á la autoridad judicial pidiendo un suplemento de legítima, ya en cantidad determinada ó en parte de la herencia, es atendida su pretensión, que tiene por fundamento la costumbre, dice: que en su concepto solo debería permitirse á un testador que dejase ascendientes ó descendientes, la disposición en favor de extraños de una muy pequeña parte de los bienes que hubiere heredado de sus padres ó parientes, con facultad para que dispusiera de los industriales, no sin la restricción de imponerle el gravamen de alimentación de los hijos hasta que llegasen á la mayor edad y aún de los que después de haberla cumplido, se encontrasen impedidos para ganarse la subsistencia.

¿Verdad que, á primera vista, fascina esta solución, por combinar el derecho de disponibilidad con la obligación de que no queden desatendidos los hijos por sus padres y que es la dominante en las legislaciones sueca, rusa y de otros países, que sería prolijo citar aquí, constituyendo un aspecto nuevo del problema, merecedor de detenido estudio?

Compréndese que de los bienes heredados de sus mayores, no pueda el padre disponer libremente, porque, en el fondo de la transmisión sucesoria, palpita la idea de que aquéllos vayan á parar á la descendencia y no á manos extrañas, con profanación de la memoria de aquél que fué verdadera y mediata causa. Esto no ocurre tratán-

dose de bienes adquiridos con el trabajo y formados por el ahorro; son muy de aquel que los obtiene con su esfuerzo y sacrificio, y en amplia libertad debe quedar para disponer de ellos como le plazca, sin otro respeto que el de los alimentos, á que tienen derecho los hijos menores de edad ó por impedimento declarado, nunca por su desaplicación al trabajo.

Pero con esta diferencia, tan admirablemente marcada, los hijos de un padre laborioso é inteligente que fundó un patrimonio con sus penalidades y desvelos, serían de peor condición que aquellos otros cuyo padre fuera un holgazán y no hiciera otra cosa en su vida, al no disipar la fortuna, que vivir á expensas de las rentas que le produjeran los bienes heredados. Y esto, sería duro y vergonzoso, porque, pudiera ocurrir, es más, frecuentemente daríase el caso de que lo adquirido por el padre no fuera producto todo de su industria, sino ahorros de las rentas que produjeron los bienes heredados, siendo de justicia, en este respecto, hacer un deslinde para determinar qué capital es el de libre disposición y cuál debe conservarse para los hijos, por aquel respeto á la presunta voluntad de sus mayores.

De fijo que esto sería pasto de pleitos, y estarían muy en su lugar aquellas palabras de Necedal, de que las particiones de herencia hacen que los interesados en ellas se disputen los bienes paternos, como los tigres el pedazo de las entrañas palpitantes de su presa, con la circunstancia agravante, de que en esta lucha no serían los hijos del testador quienes se lanzaran unos sobre otros, sino hijos y extraños para determinar lo que á cada uno de ellos correspondiese, amparados aquéllos en la ley y éstos en una voluntad de cuyo uso ¡quién sabe si se arrepentiría el testador al presenciar escenas tan poco edificantes!

La majestad de la ley obliga á medir á todos los ciudadanos con el mismo rasero, á no abrir el portillo á los fraudes y á evitar litigios, llevando la armonía á las familias; que, á la postre, las ofensas, por grandes que sean, se remiten y los que se odiaban llegan á estrecharse en fraternal abrazo.

No es que, á impulsos de un sentimentalismo exagerado, seamos contrarios al derecho de desheredación, secuela obligada del régimen de legítimas, pero nos parece cruel la publicación de la falta por el mismo testador, en su acto de última voluntad, á modo de estigma que lanza sobre la frente de su hijo para que no sólo lo sufra éste, sino su inocente prole. La desheredación no es un arma

eficaz y poderosa que la ley pone en manos del testador, sino un medio de satisfacción á su agravio que no debe él medir, porque nadie puede ser juez y parte; debe corresponder á un consejo de familia presidido por el Juez de paz, á cuya deliberación se lleven los motivos que el testador tuviera para obrar de tal modo, las exculpaciones que el desheredado expusiere, los signos de su arrepentimiento, las obligaciones que sobre él pesen y, en suma, todos aquellos elementos de convicción moral, conducentes, ora á confirmar la voluntad del padre, ora á atenuar sus efectos, y llegando, á veces, hasta el perdón, que es lo más enaltecedor de las funciones del soberano.

Y ese consejo de familia, debiera conocer de todos los asuntos á que dieran motivo las particiones de herencia, incluso las de suplemento de legítima. Bastaría que el testador dijese que desheredaba á su hijo, sin tener necesidad de expresar la causa, porque pudiera ser ésta tan infamante que él mismo, al lanzarla, se deshonrara. ¿Acaso en las legislaciones que admiten las legítimas, basta que el testador desherede para que quede privado de la herencia el que, en otro caso, tendría derecho á ella? No. Es preciso que pruebe el hecho quien le interese. De consiguiente, ese consejo familiar, podría apreciar, en conciencia, la certeza de la causa de desheredación que el heredero favorecido alegase, partiendo de la ordenación testamentaria, lata en éste punto, nunca determinativa del motivo legal autorizante de tan extrema medida, sin necesidad de llevar, como ocurre, al papel sellado y á los Tribunales de justicia, asunto tan delicado en el que se juegan, más que los intereses, el honor de las familias.

El régimen llamado castellano, en el orden sucesorio, por lo que respecta á la testamentifacción activa, se ha acercado bastante al vigente en Cataluña; y si bien se advierte, nuestro Código civil casi establece la libertad de testar cuando son muchos los herederos. Puede el padre disponer del tercio de la herencia libremente, por si quiere dar satisfacciones de cariño ó tributar agradecimiento á los extraños; puede premiar el buen comportamiento de sus hijos ó procurar un lenitivo á los desgraciados, faltos de medios en esta lucha por la existencia, asignándoles otro tercio por vía de mejora, no quedando para los legitimarios otra porción que un tercio, en cuyo reparto es divisor también el mejorado. De donde resulta, que, por grande que sea el caudal relicto, al verdaderamente legitimario no le queda más que una insignificante porción, teniendo que soportar los

gastos consiguientes á la testamentaria, y satisfacer, por su hijuela, el impuesto fiscal establecido.

Si esto no es una cuasi libertad de testar, venga Dios y lo vea. Los sueldos jaqueses y los sueldos febles que á los legitimarios aragoneses y navarros les corresponden por todo derecho de legítima, son una limosna postrimera, empapada en odio muchas veces; y comprendiendo el legislador Aragonés, ese legislador anónimo que se llama pueblo, que forma costumbres, lo injusto de semejante men-drugo lanzado á los pies del hijo legítimo, autoriza á éste para que pida el suplemento en cantidad determinada, ó en bienes, prueba inequívoca de que hay casos en que la voluntad del padre, lejos de ser justiciera, es caprichosa, bien que, al presente, el Tribunal Supremo no admite semejante especie de abono, como en su lugar veremos.

Tanto por los fueros DE TESTAMENTIS NOBILIIUM como DE TESTAMENTIS FILIUM, lo que no se permite en Aragón es la preterición del hijo en testamento, aunque quede reducido, en relación con sus hermanos, á esa exigua legítima, y tan cierto es esto, que no puede considerarse con derecho á impugnar de nulidad el testamento de su padre, si éste no solo le nombra en el acto de última voluntad, sino que dispone se dé por pagado con los gastos extraordinarios que le costearon, dándole carrera, redimiéndole del servicio militar y entregándole una cantidad para posesionarse de cierto cargo público; todo lo cual no constituye donaciones perfectas, á menos de que conste, por modo evidente, que el padre quiso favorecer á su hijo por acto de pura liberalidad de semejante manera, sino que, al contrario, constituye ello un anticipo reintegrable al tiempo de la sucesión, según declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 21 de Diciembre de 1909.

No porque Inglaterra y los Estados norteamericanos tengan la libertad de testar, se ha de mirar esto como un ejemplo digno de imitación; las condiciones de raza influyen poderosamente en el establecimiento del régimen jurídico; que, al fin, éste es producto de la conciencia colectiva en los países.

Que con el sistema de legítimas se desmenuzan los patrimonios familiares perdiendo la propiedad, al estar reunida en una sola mano, grandeza y lustre, es el argumento que, en el aspecto económico-social del problema, presentan los partidarios de la libertad de testar.

Todavía no ha resuelto la ciencia agronómica qué cultivo es preferible en una buena economía rural, si el intensivo ó el extensivo;

si conviene tener grandes masas de propiedad que permitan el empleo de poderosas máquinas con el ahorro consiguiente de labores y economía de tiempo, ó si, por el contrario, pequeñas parcelas que cultive su propietario, ó las dé en arrendamiento á pequeños y afanosos colonos. Lo que sí puede decirse, á la vista del campo español, es que donde domina el latifundismo la miseria se enseñorea; los ríos discurren por entre terrenos yermos; el trabajo, fecundante, no levanta riqueza y prosperidad; y en cambio, en otras regiones donde la propiedad se halla dividida, una de ellas el Reino de Valencia, el favor del riego es disputado, al punto que se impone el régimen y gobierno de las aguas; la vegetación muestra esplendor y lozanía; los frutos se dan proporcionalmente en mayor cantidad que en aquéllos; el brazo tiene siempre ocupación, y mientras araña la tierra, arrancándole abrojos y se cuida de llevar el sustento á la familia, nido de sus amores, no produce esas crisis sociales por ausencia de trabajo, que tan á menudo se suscitan donde la propiedad, sin desesperezarse si quiera, se halla acumulada en pocas manos.

DE LOS HEREDAMIENTOS

Es tan vigoroso en Cataluña el espíritu de familia y el deseo de que ésta se ofrezca siempre pujante con todo el prestigio social, que no ya los consortes, sino que sus padres establecen pactos nupciales, señalando el destino de los bienes respectivos, con relación á sus descendientes.

Cuatro objetos se proponen con esas estipulaciones, dice Durán y Bas: «1.º, dotar á la nueva familia, que forma el hijo, de los medios necesarios para el desenvolvimiento del fin de la unión conyugal; 2.º, asociar el hijo á la obra de conservación y mejoramiento de los bienes que forman el patrimonio familiar; 3.º, conservar la unidad de este patrimonio, evitando su división á la muerte del jefe de la familia, y 4.º, proveer á la prole que esperan tener los futuros consortes, contra las asechanzas que, en el caso de segundas nupcias de cualquiera de ellos, pueda emplear la persona que comparta con el sobreviviente el tálamo conyugal. A esto se agrega, ordinariamente, el de proveer decorosamente á las necesidades del consorte so-

breviviente, y aún el matrimonio de su dignidad en el seno de la familia, por medio del usufructo vidual».

Palpita en todo «heredamiento» (palabra impropia, sancionada por la jurisprudencia) una condición: la de que el matrimonio se contraiga; de suerte que, no celebrándose, no produce efecto legal alguno; como si no se hubiera hecho.

Los heredamientos son de tres clases: 1.º *simples* ó absolutos en los que el padre ó madre de los contrayentes hacen donación de sus bienes, en todo ó en parte, á su hijo; ó el contrayente la hace, desde luego, á favor de los hijos nacederos, generalmente á uno de ellos, que suele ser el primogénito, dándose, de ordinario, preferencia á los varones sobre las hembras, si bien los padres se reservan el derecho de elección; 2.º *preventivos*, cuyo objeto es evitar la sucesión intestada; surten efecto si el padre ó madre mueren sin otorgar testamento válido; por él, los contrayentes llaman á la sucesión á todos los hijos que esperan tener ó á uno de ellos, que suele ser el primogénito, ó se reservan el derecho de elección, y 3.º *prelativos*, en los cuales se establece un orden de preferencia en la institución de heredero á favor de los hijos que los cónyugues tengan de su matrimonio, con relación á los que respectivamente hayan de cualquiera otra unión posterior, para cuya prelación se emplea la frase, *hijos por hijos, hijas por hijas*. Los hijos no adquieren ningún derecho si carecen de hermanos consanguíneos ó uterinos, por faltar con ésto el término para que pueda existir la prelación.

Los heredamientos preventivos y prelativos son, por su propia naturaleza, condicionales, como también lo pueden ser los absolutos, por los pactos que en ellos se establezcan, denominados reservas.

Y á propósito de esto último y por la luz que arroja en materia tan escabrosa como es ésta, importa citar las Sents. del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de Noviembre de 1898, 30 de Mayo de 1905 y especialmente la de 12 de Febrero de 1910, según las que, la cláusula usual en las capitulaciones matrimoniales en Cataluña, mediante la cual el padre donante se reserva para sí y sus sucesores los bienes donados al hijo, si éste muriese sin descendientes que llegasen á la edad de testar, establece una simple reversión de los mismos bienes al tronco de donde proceden, constituyendo tan solo una condición resolutoria de la donación, que no excluye, sino que afirma y reconoce el derecho del hijo donatario á suceder á su padre abintestato; de suerte que, aún en el mismo hijo, aún antes de su muerte, pueda extinguirse el gravámen total ó parcialmente, según que

fuese ó no único sucesor de su padre, por ser inconcuso que toda obligación termina cuando en el obligado recae el derecho á exigir su cumplimiento.

Es irrevocable (Sents. 28 Abril 1858, 19 Abril 1865, 15 Diciembre 1867, 7 Febrero 1870 y 22 Octubre 1876), salvo pacto en contrario, el heredamiento absoluto, puesto que tiene fuerza de contrato, no produciendo efecto si no sobrevive el hijo heredero, ó aún sobreviviendo, sea incapaz para aceptar la herencia; no ocurre esto con el preventivo y el prelativo que encierran las condiciones viscerales antes anotadas; carecen de eficacia contractual; pero adquieren valor sucesorio universal, en la inteligencia que de esta eficacia goza el prelativo solo en el caso de que, dentro de él, se hubiese hecho un heredamiento preventivo, puesto que la ley suple la voluntad postrera del testador.

Brocá y Ameli define el heredamiento universal diciendo que es: «Donación de la herencia que, por consideración al matrimonio, otorgan los padres á favor del hijo que se casa y la que los contrayentes hacen á favor de los hijos que de ellos nazcan».

Afirma Fontanella que constituyen una especie media entre las donaciones entre vivos y las últimas voluntades.

El que se hace por consideración á cierto y determinado matrimonio no surte efecto si éste no se realiza (Leyes 9 y 41 Dig., DE JUR. DOT.) La promesa de heredar tiene fuerza de heredamiento (Cáncer, DE PACTIS. nup. 3, cap. 7, núm. 174).

Con gran claridad de juicio, dice Durán y Bas que: «en realidad el heredamiento, por su origen proviene de una donación; por su carácter legal, es una donación *inter vivos*, sin que pierda este carácter porque se haga para después de la muerte, pues siempre en derecho se han reconocido las donaciones *inter vivos post mortem*; por su forma de constitución, es un pacto de las capitulaciones matrimoniales; y es por su fin, una disposición para el día de la muerte».

Digimos en la pág. 19 del tomo 1.º, de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» que en esta institución vemos promiscuadas dos formas de adquirir: la de donación y la de herencia.

En la Edad media, cuando precisaba vigorizar el espíritu de familia y formar grandes propiedades que sirvieran de diques de contención á las luchas y turbulencias porque atravesaron los pueblos en su batallar incesante, sirviendo unas veces la causa de grandes ideales y otras de medrosas concupiscencias, surgió de la entraña social, á las solicitaciones saludables de las costumbres, en forma difusa al

principio, concretada y orgánica más tarde, con todo su moldeamiento y perfil propios, la institución del heredamiento universal, recogida en la Compilación de Pedro Albert, á mediados del siglo XIII, y sancionada después, no ya solo como homenaje histórico, sino como agente propulsor de vida, en la Constitución única, tít. 2.º libr. 5.º, vol. 4.º de las de Cataluña, hecha en las cortes de Perpiñán del año 1351.

Tiene, además, por remate, cuando reviste el carácter de puro ó simple, una sustitución fideicomisaria condicional en favor de todos los hijos que se esperan del matrimonio, guardando entre ellos orden de sexo y edad.

Es de observar, muy singularmente, que el heredamiento preventivo y el prelativo, por lo mismo que revisten carácter sucesorio, aunque su instrumento es el contrato nupcial, comprenden, no los bienes que los donantes tengan al celebrarlo, sino los que dejen á su fallecimiento, y, por lo tanto, pueden enajenarlos sin cortapisa alguna.

No ocurre esto con el heredamiento simple ó absoluto; privase el donante del derecho de disponibilidad por actos inter vivos, sino se hubiera reservado esta facultad, á la manera como puede reservarse el usufructo y administración de los bienes y aún á favor de su consorte mientras no repita matrimonio; la de dotar á los demás hijos, fijando la cantidad, ora como máximum, ora para el caso de que no se verifique la dotación, así como la de una cantidad para testar ó de los ahorros que haga, siendo frecuente el pacto por el cual el donatario se reserva el derecho de disponer de las cosas donadas si á su muerte no deja hijos legítimos y naturales que lleguen á la edad de testar y de que, en caso contrario, volverán aquéllas al donador ó á sus herederos, pudiendo el hijo disponer de su propiedad con esta condición resolutoria.

Reconoce Durán y Bas que hay ejemplos poco edificantes de ingratitud de los donatarios en los heredamientos absolutos, con los cuales se amengua el respeto que éstos deben á los padres, porque, siendo irrevocables, nada esperan ya recibir, lo tienen adelantado y ésto, naturalmente, es motivo de disensiones en el seno de la familia.

Esa nota de irrevocabilidad es la que hace poco seductora la institución, como lo son, en puridad, las donaciones intervivos que reconoce nuestro Código civil; porque hay un refrán gráfico en el cual se encierra gran fondo de verdad práctica, que el que donación en vida haga, merece que le rompan la cabeza con una maza; ¡á tal

grado llega, en muchísimos casos, la ingratitud y la aflictiva situación del donante! Mientras éste es dueño de lo suyo, ejerce sobre los que le rodean la autoridad y el consejo; cuando lo distribuye entre sus hijos, no cosecha, generalmente, sino decepciones y agravios.

Fontanella, poco afecto á los heredamientos, señala ese grave inconveniente, que el citado jurisconsulto catalán, con su gran talento, procura cohonestar, diciendo que queda compensado superabundantemente con las ventajas morales de robustecer el espíritu familiar, y el provecho económico, no ya de dar origen á la formación de grandes fortunas, si que por dar motivo á la creación de la riqueza, haciendo que los segundogénitos en Cataluña busquen acomodo á su actividad, en las artes, en las faenas agrícolas y en las carreras, cuando no en la industria y el comercio, de que se enorgullece, con razón, aquella tierra.

Verdad es que si priváramos al heredamiento universal, simple ó absoluto, de esa característica de la irrevocabilidad, apenas si de él quedaría nada que mereciera los honores de ser tenido como una institución culminante en el Derecho catalán, por la que todavía sienten amores los habitantes del principado.

Los heredamientos preventivos y prelativos, por lo mismo que están subordinados, además de la condición de que se contraiga matrimonio, implícita en todos, á las otras modalidades que hemos dejado señaladas, no tienen, si vale la palabra, el perfume tradicional del heredamiento absoluto, con su espina de la irrevocabilidad. Esta condición hace que el donatario, sabiendo que á la muerte del donante entrará en posesión de los bienes, caso de que éste se hubiese reservado el usufructo ó la administración, ó lo hará desde luego en el disfrute de ellos, despliegue sus iniciativas y esfuerzos, dé colocación reproductiva á sus intereses, con lo cual se logra el mejoramiento de las fincas, perpetuando así el nombre y lustre de la persona de quien proceden.

Cierto que, bajo el punto de vista económico, esta clase de heredamientos tienen positiva ventaja y con su establecimiento se beneficia la riqueza general.

Sin duda ha influido esta circunstancia en el espíritu que preside el art. 1.056 del Código civil, dispositivo, en su segunda parte, de que el padre que en interés de su familia quisiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, podrá hacer la partición de sus bienes con obligación de pasar por ella los hijos, en

cuanto no se perjudique á la legítima de los herederos forzosos, disponiendo que ésta sea satisfecha en metálico.

Luego resulta, que el régimen jurídico castellano, sin el *hereu ni pubilla* de Cataluña, nos da medios de que pueda conservarse en su integridad cualquiera explotación industrial que sea foco de producción y de riqueza, con la particularidad, muy saliente, de que mientras en el Condado catalán no puede revocarse aquel heredamiento absoluto, y sí solo establecerse pactos que autoricen en ciertos límites la libertad del donante, en las comarcas que se rigen por el Código civil los padres pueden modificar y hasta dejar sin efecto las particiones practicadas por ellos en que se establezca la subsistencia de la explotación agrícola, industrial ó fabril, según los términos arriba indicados.

Durán y Bas reconoce que el elemento mercantil de Barcelona no es afecto al sistema de heredamientos; que éstos, sin embargo, son frecuentes en las otras clases sociales de la Ciudad condal y en los pueblos de la región.

Semejante circunstancia arguye estas dos cosas: que gran parte de los comerciantes de Barcelona no son del país y, por consiguiente, no se han educado en sus costumbres, y que el fenómeno comercio, agente de libertad, se hallaría cohibido con la creación de los heredamientos, muy puestos en razón cuando la principal riqueza era la agrícola y la tendencia de los pueblos en aquel Condado se dirigía á formar grandes masas de propiedad en las menos manos posibles, para evitar en los estremecimientos de las porfías históricas, la disolución y muerte del patrimonio familiar.

No cabe achacar á los heredamientos preventivos y prelativos el vicio señalado por Fontanella de que puedan ser origen de fraudes, porque, como advierte, juiciosamente, Durán y Bas, aquéllos comprenden, como hemos dicho, no los bienes que tenga el donante al otorgarse los capítulos nupciales, sino los que deje, ocurrida su muerte; y como las obligaciones que contraiga pueden estar garantidas con hipoteca, aleja esta circunstancia el temor á la insolvencia.

Reconoce tan notable jurisprudencia que esa institución motiva litigios, provinientes, con no escasa frecuencia, de los pactos que se añaden en el contrato.

No diremos de los heredamientos lo que el gran criminalista Pacheco dijo de los mayorazgos, de que tenían la propiedad de hacer á unos hijos ricos y tontos y á los otros listos y pobres. Aquellas vinculaciones civiles, de carácter perpétuo, desaparecieron de nues-

tro derecho en el primer tercio del siglo XIX, cuando nos llegaron de allende los Pirineos vivificadoras auras de libertad.

El donante puede reservarse en los heredamientos puros una cantidad para dotar á las hijas y para dar carrera ó colocación industrial á los hijos, sin intervención del heredado; reserva necesaria, porque, en otro caso, las sumas que con tales fines facilitase, serían en concepto de legítima anticipada, sujeta al tipo que fija aquella legislación.

El pacto reversional que hemos señalado al consignar las distintas modalidades que, por respeto á la voluntad del donante, pueden establecerse en el contrato, tienen el doble objeto de mantener incólume el patrimonio familiar y de que, extinguida la causa de la donación, vuelvan los bienes al punto de su procedencia.

El donatario puede enajenar y gravar los bienes á que se halla afecta, dejando á salvo los derechos de las personas interesadas en la condición resolutoria. Cuantos contratos realice sobre esos bienes el donatario, roto aquel nexo jurídico, quedan sin efecto, por el principio: RESOLUTUS JURIS CONCEDENDI RESOLVITUR JUS CONCESUM.

Como pudiera resultar que con la reversión de los bienes quedase perjudicado el donatario, tiene éste derecho al suplemento de legítima.

Esa reversión tiene algunas veces el inconveniente—como dice Durán y Bas—de que, volviendo los bienes al donador, queda sin garantía la dote aportada al matrimonio por la consorte del marido donatario, dado que, por la ley Hipotecaria, obligatoria en Cataluña como en todas las regiones de España, ha desaparecido la hipoteca tácita que la mujer tenía, sustituida al presente por la especial y expresa.

DE LA VIUDEDAD

Asomados á la ventana del Derecho foral español, de entre las instituciones civiles que en él campean nos hemos fijado en las cuatro que más se destacan por su corpulencia y gallardía: la libertad de testar, el heredamiento universal, el derecho de viudedad y el de troncalidad. Hemos estudiado las dos primeras, cúmplenos tratar ahora de la tercera, cuyo origen vemos en el sugestivo *Sloca* de

Mami, legislador de la India, que concedió á la mujer el usufructo de la herencia de su marido fallecido sin hijos ni descendientes del segundo y tercer grado.

VIZCAYA

Conforme á lo dispuesto en el último apartado del art. 10 del Código civil, los vizcainos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto á los bienes que posean en la «tierra llana», á la ley 15, tít. XX del Fuero.

El Tribunal Supremo, en Sent. de 27 de Diciembre de 1895, declaró, que «conforme á las leyes 14 y 18, tít. XX del Fuero de Vizcaya, no cabe disponer de los bienes raíces en favor de los extraños, cuando el dueño tuviere descendientes, ascendientes ó colaterales tronqueros, dentro del cuarto grado.

Quedando descendientes al morir uno de los cónyuges, continúa la comunidad de bienes entre ellos y el viudo; en otro caso se establece á favor del consorte sobreviviente el usufructo foral durante año y día, parecido esto á lo que en Cataluña se llama *any de pló*.

Si transcurrido el año no se hubiese pagado ó restituido lo aportado al matrimonio y los gananciales, puede el supérstite seguir percibiendo los frutos de los bienes hereditarios.

Requírese para que el viudo ó viuda gocen de esa posesión, que hayan aportado bienes al matrimonio. El usufructo se pierde por contraer segundas nupcias ó por salir la viuda de *casería*, ó por ir el marido á vivir á la *casería* aportada por la mujer al matrimonio.

NAVARRA

En su legislación aparece el usufructo foral, que consiste en la facultad de disfrutar el cónyuge sobreviviente, sin distinción de sexo, «teniendo fealdad», de todos los bienes muebles ó inmuebles, derechos y acciones que á su fallecimiento deje su consorte, cualquiera que sea su procedencia, por compra, herencia ó donación. Y

se tiene «fealdad» ó fidelidad á la memoria del difunto «non casando; non vendiendo; non camiendo; non aylenando; las viñas podando, e cabando todas de cabo á rabo: árboles frutales que sean en las viñas que non talle: si por aventura hoviere casa, corral ó ceillero ó paillar ó otra cosa que haya portal que lo mantenga en pie que no se desfaga. Si por aventura cual se quiere de estas cosas que de suso son dictas faillesciere et pasare ayno é día sin enmendar pierde por ello fealdat».

La causa de pérdida del usufructo por el cónyuge al repetir matrimonio fué proscrita por las leyes de 1558 y 1766 que pidieron y obtuvieron las Cortes de Navarra, disponiendo que: «casando padre ó madre sin hacer partición con las criaturas del primer matrimonio, lo conquistado y mejorado durante el segundo se comunique con las criaturas del primero y se repartan en tres iguales partes, una para el que casó segunda vez, otra para los hijos del primer matrimonio y otra para el segundo consorte. Que aunque el viudo ó viuda que case segunda vez haga inventario, tenga lugar la disposición anterior; y que el hombre ó mujer binubo no pueda renunciar á favor de su consorte las conquistas que se hagan en el segundo matrimonio».

Un punto vulnerable tiene el usufructo: consiste en el derecho á la tercera parte que de lo conquistado y mejorado se asigna al segundo consorte, con perjuicio de los hijos del primer matrimonio; inconveniente, que, señalado por el jurisconsulto navarro Sr. García Goyena, lo reconoce en su meritísima Memoria acerca de la legislación de aquel país, D. Antonio Morales y Gómez, cuando dice «que esa extensión ha sido de malos resultados en la práctica».

Muy lejos de nuestro propósito pretender justificar el derecho del segundo consorte; bien pudiera ser que aquéllas leyes lo concedieran en esa sociedad para que padrastrós y madrastras se interesasen en la conservación y mejoramiento de los bienes de la primera sociedad conyugal disuelta, estimulando, al par, el espíritu del ahorro y empleando sus productos en la adquisición de otros llamados *ventajas ó conquistas*.

Lo verdadero anómalo y hasta injusto, á veces, es que, cuando el segundo matrimonio descansa en la desigualdad por razón de edad de los contrayentes, para que puedan entrar los hijos, herederos nudopropietarios, en posesión de los bienes constitutivos de aquella sociedad, ha de fallecer su padrastró ó madrastra, pues mientras permanezcan estos en viudez gozará el que de ellos quede,

del usufructo, lo cual hasta cierto punto puede justificarse, solo en el caso de que los interesados sean parientes colaterales del primer consorcio, no porque, equivocadamente, se les reconozca un derecho expectante en la herencia (pues este lo adquirieron en el preciso momento de morir aquel de quien traen causa), sino porque, por mucho que sea el respeto que ese parentesco merezca, alguna consideración debe gozar, de por vida, la que fué compañera de la persona que disfrutó el usufructo foral, armado de la facultad de poder vender las heredades de su consorte premuerto, en caso de necesidad, no habiendo dejado hijos este último á quienes irían á parar precisamente los bienes.

Acerca de la obligación de afianzar, de la cual ordinariamente es relevado el viudo por el testador, importa consignar que, según la costumbre, no se exige semejante requisito y, por tanto, su omisión no lleva aparejada pena alguna en aquel derecho excepcional.

He aquí, á grandes pinceladas, la institución que nos ocupa, más extensa que la aragonesa; creada, en un principio, para los infanzones y extendida después á los villanos, cuando se quiso vigorizar el organismo familiar, sin que con ella pueda decirse, por punto general, que se perjudican los intereses de los hijos, pues es muy común en Navarra que estos reciban de sus padres donaciones propter nupcias, no colacionables en el usufructo foral, ó el apoyo necesario para su educación y enseñanza, procurándoles un porvenir con el establecimiento de industrias y profesiones.

La falta de formación de inventario extingue el usufructo foral, pero no el vitalicio ó convencional.

ARAGÓN

Tienen tal engranaje entre sí las instituciones forales, formando un organismo movido por la energía del Fuero ó de las costumbres, integrantes aquél y éstas del derecho tradicional, por el que sienten veneración, que no es posible formar cabal idea de una, si no son conocidas las otras.

Así es que el llamado usufructo á favor del viudo, ya por ordenamiento del fuero ó por pacto entre los cónyuges, exige, para que puedan apreciarse sus positivas ventajas, que no se desconozca ni

la constitución jurídico-económica de la familia aragonesa, unida por los tiernos lazos del cariño y respetuosa á la autoridad de los padres, ni el principio de libertad informativo de aquella legislación, ante la cual, reverentemente, nos descubrimos.

No diremos que el Código civil ha tomado, en orden al derecho de viudedad, todas las prescripciones del Fuero aragonés; pero sí que ha recogido su espíritu para dar á sus ordenamientos un sentido ético-jurídico, que se acerca bastante á lo estatuido en el Código civil italiano.

Instituciones como la del usufructo á favor del cónyuge supérstite, que sirven de lenitivo á la desgracia y mantienen el prestigio moral de la familia, no pueden ser excluidas por el Legislador; antes importa recogerlas con cariño y vaciarlas con discreción en moldes de justicia y de utilidad para que no resulte, como hace observar Alonso Martínez, la anomalía en Aragón y Navarra de que los hijos, muerto el padre ó la madre, aunque el supérstite contraiga segundas bodas, no salen de la edad pupilar, á pesar de su edad, estado y gerarquía política ó administrativa.

En Aragón existen dos clases de usufructos: el foral y el convencional; limitado aquél á los bienes sitios, que suelen ser los inmuebles y extensivo no sólo á éstos, sino á los valores mobiliarios que los contrayentes hayan determinado, en uso de su libertad de contratación.

En este último ocurre la circunstancia de que, si á la muerte del causante de cuya sucesión se trata, el viudo no hubiera practicado inventario, se establece, entre éste y los herederos, la llamada *sociedad continuada*, en cuyo funcionamiento podríamos decir que flota el espíritu del difunto ó, con más propiedad, que sigue éste rigiendo su casa y administrando sus intereses en la persona del supérstite.

En la conclusión 64 de las tomadas en el Congreso jurídico de Zaragoza de 1880, se pidió la supresión de la sociedad conyugal continuada por derecho.

La Observancia 1.^a DE JURE DOTIUM estableció el derecho de viudedad en favor tan solo de la viuda, para que no quedase privada de los medios de subsistencia y del auge que tuvo en vida de su marido, pues á tanto obligaba la consideración social de que gozaba la mujer aragonesa. Algunos tratadistas remontan el origen de esta institución al Fuero de Sobrarbe, y habiéndose modificado, entró en la Compilación de Huesca.

En el transcurso del tiempo, comprendiéndose que la desigual-

dad de derechos de los cónyuges en el seno de la familia era perniciososa, en el siglo XIV hubo de concederse, por costumbre, al viudo, el usufructo en bienes dejados por muerte de su esposa, como reconocieron las Cortes de Monzón (1390) y las de Zaragoza (1398), medida igualitaria que aventajó á las leyes 13 y 15 tít. IV libro II del Fuego Juzgo, que concedieron solamente á la madre ese usufructo, mientras viviese, limitándolo al padre hasta que casaran sus hijos.

Por las Observancias 55 y 59 DE JURE DOTIUM, viudo y viuda tienen el usufructo foral, limitado á los bienes sitios ó raíces que correspondan en propiedad al difunto, aunque nunca hubiese tenido la posesión, ya los adquiriera antes del matrimonio, ya durante su régimen, por título oneroso ó por título lucrativo, tengan ó no la cualidad de vinculados, con tal de que sean sitios ó, aún no siéndolo, que se hubiesen aportado como tales, sin que sea preciso inventariarlos.

Parecido á la «fealdad» de Navarra, el sobreviviente tiene el deber de pagar, con ciertas limitaciones, las deudas contra la testamentaria, conservar los bienes en buen estado, no enajenarlos ni gravarlos, criar y educar á los hijos, con la circunstancia especialísima en este Fuero, de que ha de conservarse aquél en estado de viudez, debiendo vivir honestamente la mujer, so pena, en ambos casos, de pérdida del derecho.

Termina el usufructo foral por el fallecimiento del usufructuario, puesto que tal hecho desata los vínculos jurídicos de naturaleza personal; por renuncia expresa, en justo respeto á la voluntad del que la hace; por enajenación pura del derecho; por consentir la enajenación de los bienes con los herederos del cónyuge, toda vez que con ella se infiere agravio á la memoria del difunto; por proceder á la división de los inmuebles con los herederos del cónyuge premuerto, en razón á que por ello se refleja con hechos el deseo de que los partícipes no se conforman en continuar esa sociedad, que atribuye al viudo la facultad de percibir durante su vida las rentas y utilidades del *as* hereditario; por prescripción, porque, actuando ese derecho en bienes inmuebles determinados, reviste carácter real que se extingue por el transcurso del tiempo, que es el supremo legislador, y por contraer segundas nupcias, dado que este hecho envuelve un agravio al cariño que profesara el sobreviviente á su perdido cónyuge.

Tratándose de la viuda, existe otra causa de extinción legal del usufructo: consiste en hacer pública ostentación de vida deshonestá;

fundado ésto en que la ley aragonesa, al exaltar el prestigio social de la mujer, haciéndola señora, reconociéndole una libertad y dándole unas consideraciones en el seno de la familia, que no tiene la mujer castellana, no puede consentir que goce del usufructo la que públicamente hiciera vida licenciosa, pues ésto, sobre inferir ofensa á los herederos del difunto, da un ejemplo muy poco edificante para la pureza y educación de las costumbres.

Señalan los Autores, como motivos legales de pérdida de usufructo, lo que nosotros consideramos como causas de indignidad para recibirlo, á saber: por producir uno de los esposos la muerte del otro y por cometer adulterio *la viuda*. Estos hechos, puesto que no pueden ocurrir más que en vida de los cónyuges, cuando no se tiene todavía el usufructo, si que un derecho expectante á tenerlo, no pueden ser motivo de pérdida de tal goce, si que causa de no poderlo tener durante la viudez.

Hemos dicho que el derecho de viudedad puede renunciarse, y á este respecto, importa decir, que semejante renuncia pueden hacerla los cónyuges antes y durante el matrimonio, pura ó condicionalmente, puesto que se hallan facultados para celebrar contratos entre sí y para hacerse recíprocamente donaciones, de cualquier clase que sean, cosas éstas que, si son sugestivas, como consagradoras de ese principio de libertad, eje sobre el cual gira la Legislación aragonesa, préstanse á la insidia, al engaño y á la coacción moral de que puede ser víctima la mujer por la debilidad de su sexo y la subordinación en que se halla dentro del hogar doméstico.

Dos inconvenientes señala al derecho de viudedad, tal como hoy existe en Aragón, el notable jurisconsulto D. Luis Franco y López; el de obtener este derecho la persona que casa con viudo ó viuda, con hijos ó descendientes del primer matrimonio, y el de estar facultados los cónyuges para prorrogar el usufructo del sobreviviente de ellos hasta que ocurra su fallecimiento, aún cuando pase á nuevo matrimonio.

Esos inconvenientes son fruto de la libertad relativa de testar que en este reino impera, pues no teniendo el legitimario por toda herencia, según Fuero, que diez *sueudos jaqueses* (cinco en consideración á los muebles y otros cinco por los *sitios*) ¿qué de extraño tiene el que los cónyuges hagan, en contrato, semejantes estipulaciones, con las cuales no se grava tan miserable legítima, dado que á la postre, por terminación del usufructo continuado, han de pasar los bienes en pleno dominio á los herederos de aquel de quien proceden?

Al obviar esos inconvenientes, prohibiendo semejantes estipulaciones, se atenta de soslayo contra los dos grandes fundamentos sobre que descansa, orgulloso, el Fuero aragonés; la libertad de contratación entre los consortes y la libertad de testar, aunque con menor amplitud que en Navarra.

En una gran parte de la provincia de Huesca existe la costumbre inveterada de concederse los cónyuges en sus capitulaciones, lo que se llama allí *casamiento en casa*, consistente en que el supérstite continúa disfrutando los bienes del difunto, sin distinción de muebles ó sitios.

La esterilidad de aquel país montañoso, la pobreza de sus habitantes, lo dividido de la propiedad utilizable y la ventaja de hacer innecesario el nombramiento de tutor de los menores, economizando ello gastos en los expedientes, que absorberían, por su cuantía, la mayor parte de un patrimonio insignificante, son los motivos, muy atendibles, que aducen los defensores de este régimen consuetudinario, para que sea respetado, pues, con el «casamiento en casa», en esa segunda sociedad doméstica, el nuevo cónyuge, hombre hacendoso y activo, procura mejorar el pequeño patrimonio que dejara el difunto, cumpliendo, además, las obligaciones de la familia.

Para terminar diremos con Alonso Martínez que, por los fueros de Aragón y Navarra, la viudedad tiene el mismo origen, igual razón é idéntico fin que la libertad de testar y la donación propter nupcias.

CATALUÑA

En esta región, según dice Manresa, existió el usufructo foral ó derecho de viudedad con la misma extensión que en Navarra.

El Usatge VIDUA concedió á la viuda, que viviese honesta y castamente, el derecho de usufructo en los bienes del marido, por tanto tiempo como estuviera sin esposo, pero con la obligación de alimentar á sus hijos; disposición que engrana con la ley 15, tít. II, lib. IV del Fuero Juzgo.

Mejóro ese Usatge la condición de la viuda mucho más que la Constitución HAC NOSTRA, según la cual, solo habiendo aportado dote, sigue la mujer después del año de luto poseyendo los bienes del

marido; esta posesión cesa cuando le es restituida, como advierte Durán y Bas.

El derecho de *tenuta* á que dicha constitución se refiere, dado en un principio á los ciudadanos de Barcelona según los capítulos IV, V y VI del RECOGNOVERUNT PRÓCERES, se hizo extensivo á toda Cataluña.

Como se ve, la viuda no tiene en este Principado las ventajas que en Navarra, Aragón y Castilla; siendo de advertir, que, á falta de usufructo foral, cabe que se establezca allí el convencional, pues como digimos al tratar de los heredamientos puros ó simples, pueden establecerse en éstos condiciones y reservas en el disfrute de los bienes en favor de los cónyuges, para que puedan atender á sus necesidades al quedar viudos, aparte de que es costumbre en aquel país que, en los testamentos, los maridos dejen á sus viudas el usufructo en todos los bienes mientras no repitan matrimonio, y con obligación de alimentar á sus hijos. Esto, unido á que los contratantes pueden hacerse donaciones, da por resultado que, por regla general, la condición de la viuda no es tan desgraciada como á primera vista parece; lo cual no es óbice para que Durán y Bas encarezca, en su notable Memoria acerca de la Legislación foral catalana, la conveniencia de que se restablezca el Usatge VIDUA, al menos para el caso de no haberse renunciado su beneficio en capitulaciones matrimoniales ó de fallecer intestado el causante de la herencia, permitiendo la relevación de fianza al viudo ó viuda en respeto á la voluntad del testador, al igual que se consagra esa dispensa por la ley 46, DIG. de PACT. y por el principio de derecho PACTA SUNT SERVANDA.

Cabe, pues, combinar en aquella legislación el heredamiento universal, simple ó absoluto, con el derecho de viudedad, cuando en las capitulaciones matrimoniales no se haga uso de la reserva para el disfrute de bienes á favor del cónyuge supérstite. Si razones económicas y de psicología de la familia catalana autorizan la subsistencia de los heredamientos, razones morales, no menos poderosas que aquéllas, abonan el usufructo, ya que no en la extensión que le diera el Usatge VIDUA, al menos en otra menor, para que no quede el viudo en la indigencia, pues la posesión de los bienes muebles ó inmuebles durante el *any de pló* en favor de la viuda es insignificante, y aún extendido este disfrute hasta que se halle reintegrada de su dote y de su esponsalicio, salvo el caso de que exista en la herencia dinero suficiente á cubrir estas donaciones, no es esto bas-

tante para que tenga los medios, siquiera precisos de subsistencia, y no lleve su infortunio al extremo de quedar en menosprecio social la memoria de su esposo y las consideraciones de sus hijos.

Las Decretales en su cap. IV, tít. DE SECUNDIS NUPTIS abolieron la nota de infamia que impuso el Derecho romano á la viuda que repitiese matrimonio.

El derecho de *tenuta*, que dura el año de luto y aún después hasta quedar la viuda de su dote con el esponsalicio, le impone la obligación de hacer inventario en evitación de fraudes y de que desaparezcan los bienes relictos, y en cambio le concede la acción interdical.

Cesa el usufructo por las segundas nupcias de la mujer y por no vivir la viuda honesta y castamente, como prevenía el expresado Usatge, cuya disposición se halla incluída tacitamente en la Constitución HAC NOSTRA, según opina Durán y Bas.

Con independencia de este usufructo, la viuda pobre tiene derecho, por la Novela CXVII, á la cuarta marital en los bienes de su difunto esposo, ó á una cuota igual á la de cada uno de sus hijos, si éstos son más de tres, en usufructo si quedan descendientes, y en otro caso á la cuarta marital en propiedad.

Juzgando desapasionadamente esta institución catalana es de reconocer que presenta unos aspectos sugestivos y otros que merecen, sino rectificación completa, algún perfilamiento.

Pero aparte lo difícil que es determinar en qué caso la viuda es pobre y en qué otro tiene la condición de rica, puede ocurrir que ésta, por azares de la fortuna, quede en la indigencia después del año de luto y, entonces, ¿es humano que no se la remedie, levantándola de la desgracia? ¿Puede ley alguna consentir que, embotados los sentimientos de los hijos y de los parientes, se revuelva con lágrimas, esa desgraciada en el seno de la miseria, contemplando cómo los herederos gozan en la opulencia de los bienes cuyos beneficios ella compartió con su cónyuge, entre las efusiones del amor y con las bendiciones de Dios? Duro y cruel es esto, y para remediar tan insigne agravio, bueno fuera que, si no en su letra, en su espíritu, penetrasen en el Derecho catalán las disposiciones del art. 834 y siguientes del Código civil, zona de concordia á la que pueden llegar las legislaciones forales sin harto sacrificio de sus valiosos prestigios tradicionales.

La distinción entre viuda pobre y la que no lo es, resulta racional. La que puede vivir decorosamente con el producto de sus bienes

no debe ser de igual condición ante la ley que la caída en la indigencia por la muerte de su esposo. Que goce aquélla del usufructo vidual durante el año de luto, conservando la posesión y aprovechándose de las rentas de los bienes constitutivos del patrimonio de su marido; que retenga esta posesión mientras, á base de haber tomado inventario, no se le devuelva la dote y el esponsalicio, es altamente justo, pues no es cosa de que, calientes aún las cenizas del difunto, atribulada y afligida la viuda por el peso de la desgracia, vivo todavía el recuerdo de su llorado cónyuge, entren en casa los herederos distribuyéndose los bienes, sin respetar ese pequeño lapso de tiempo, que es laguna de dolor.

BALEARES

Mientras el Derecho romano tenía el carácter supletorio en estas islas por falta de disposición foral ó consuetudinaria, á sus ordenamientos había que atenerse; pero como á virtud de lo dispuesto en el citado artículo del Código, éste y no aquél es el que suple el Fuero ó costumbres actualmente vigentes, parece que el balear, ya sea viudo ó viuda, tiene derecho á la cuota usufructuaria asignada por la legislación común, en cuanto no se oponga al régimen jurídico directo de aquel país, ya que la ley romana ha sido terminantemente proscrita.

No sería difícil llegar á un acuerdo en materia del derecho de viudedad, distinguiéndola entre convencional y legal y teniendo por pauta las conclusiones votadas en el Congreso jurídico de Zaragoza, donde tomó parte muy activa y, sin duda decisiva, el eminente y llorado polígrafo Joaquín Costa.

Ese derecho de viudedad, que vemos en casi todas las legislaciones orientadas hacia lo moral, lo equitativo y lo científico, ha surgido de la entraña social; lo recogió el Fuero Juzgo y fué llevado á las legislaciones forales con toscos ó perfilados ordenamientos y solo la ley de Partidas, á pesar de constituir uno de los tres monumentos gloriosos del siglo XIII y de ser la espina dorsal del Derecho castellano, como la llama, bellamente, Alonso Martínez, pasó, como sobre ascuas, por ese derecho; y es que, en tal respecto, el Rey Sabio quedó admirado ante la Legislación romana, tomola, á

cierra ojos, por modelo, y creyó que con cien libras de oro estaba bien pagada la viuda pobre; y como la influencia romanista presidió la producción de nuestros cuerpos legales—aunque algunas veces otro sentido más expansivo y ético brillara en el Ordenamiento de Alcalá é influyese en nuestra arquitectura legal—puede decirse que la innovación introducida en el Código civil, asignando cuota usufructuaria al cónyuge viudo, sin distinción de sexos, de fortuna, de clases de bienes, de si han mediado ó no aportaciones á la sociedad conyugal y repita ó no matrimonio, es una sugestiva nota de color, que si tiene alrededor alguna sombra que parezca empañarla, puede servir de guía en la unificación del Derecho civil nacional, cuando se acometa este empeño de una manera tan circunspecta y respetuosa, como la que hemos indicado en estas planas.

No terminaremos este ligero bosquejo de las instituciones civiles forales que se conservan, sin consagrar algunas palabras á otras no menos importantes, cuya bondad es asaz discutida por jurisconsultos y escritores jurídicos, y que son las siguientes:

CONSORCIO FORAL

Ninguno como Portolés ha presentado con mayor claridad y con todos sus perfiles esta institución aragonesa, la más conocida, la más corriente y la más vulgar, al decir autorizado del docto Notario de Madrid D. Mateo Azpeitia y Estéban, en uno de sus hermosos folletos que tenemos á la vista al plumear estas cuartillas.

Aunque esta institución, llamada también fideicomiso foral, se nos presenta brumosa—sin duda porque su origen y fundamento se esconden entre los pliegues de la tradición, en las lejanías de los tiempos y fué estatuida cuando era necesario robustecer y dar brillo al poder familiar—importa decir de pasada (pues en otro lugar de esta obra tendrá este estudio mayor desarrollo), que se da con motivo de la sucesión hereditaria, lo mismo testada que intestada; ora por título universal, ora por título singular, (pero no tratándose de donaciones); establecida, en favor de los hermanos y demás personas que ostenten cualidad representativa, en los bienes sitios proindiviso del causante, que éste hubiese adquirido por igual título de sus padres, abuelos y demás ascendientes ó consanguíneos. Por virtud de ella

se establece una especie de comunidad, no producto de la conven-
ción y sí de la ley, continuadora de la personalidad del difunto,
cuyos efectos son, que el consorte no puede antes de la división
enajenar su porción en favor de extraño, ni gravarla, hipotecarla,
donarla, como tampoco obligarla ni aún por causa de dote, á menos
de que lo consientan sus comuneros; restricciones de la FACULTAS
AGENDI que llegan, dentro de ese estado jurídico más ó menos
transitorio de proindivisión á que el comunero no pueda disponer
de su parte en testamento, en favor de quienes no tengan la cuali-
dad de hijos, pudiendo hacerlo en beneficio del monasterio en el cual
ingresase, con cuyas cortapisas, se establece entre los consortes el
derecho de acrecer.

Palpita en esta forma de la propiedad indivisa, que no es la úni-
ca en la Legislación aragonesa, el fideicomiso legal, tendente á que
los bienes no salgan de las personas unidas por el vínculo de la
sangre, en justo respeto á la voluntad de aquélla de quien proceden,
que, como en el usufructo foral, parece como que gobierna su casa
desde ultratumba.

Pero, bien advertido, ni ese derecho de acrecer—ó de no decre-
cer como, con gran profundidad, lo llama Savigny—es absoluto, por
cuanto no cabe en el caso de que el consorte difunto hubiese dejado
sustituto nombrado por aquél de quien heredó, ni la prohibición de
enajenar es completa, dado que tiene sus excepciones, ni el consor-
cio es, realmente, perpétuo, toda vez que queda á voluntad de sus
interesados el disolverlo; sin esto último quedaría barrenado el prin-
cipio de libertad que informa, en los ordenes sucesorio y contractual,
el Derecho aragonés, bien que este rompimiento de ataduras, sólo
por escritura pública puede hacerse, por más que, como excepción
á esta regla general, autoriza la Observancia 4.^a DE CONSORTIBUS,
la tácita disolución cuando los consortes hayan poseído, separada-
mente, diversas porciones á presencia unos de otros y por espacio de
diez años; que á tanto obliga, por parte del Legislador, el respeto
orgánico á estos tres factores: el tiempo, la realidad y el consenti-
miento tácito de los partícipes, poseyendo sus porciones, deposita-
rias, quizás de sus esfuerzos, sacrificios y ahorros; pero fuera de este
último caso y mediando justa causa (pues nadie arbitrariamente
puede ir contra sus propios actos, según constante jurisprudencia
del Tribunal Supremo), cabe anular por tres veces, la división priva-
da, circunstancia que da mayor realce y eficiencia á la que, basada
en el principio de oficialidad en la contratación, se verifica por me-

dio de instrumento público, autenticado por un representante del Poder social, en el supuesto de que no sea nulo.

La COMUNI DIVIDUNDO puede ser total ó parcial, cuando comprenda, en este último caso, varios bienes; si solamente lo constituye uno habrá de cesarse en ese estado; de manera que, si á pesar de esa división continúa un girón siquiera de comunidad, el nexo entre los consortes sigue sobre lo que queda indiviso, siendo de añadir, á este respecto, que la partición ha de ser cierta, determinada, y debe verificarse puramente, y en el caso de que sea condicional, debe haberse cumplido la condición, para que su eficacia quede sustraída al influjo de toda modalidad suspensiva ó resolutoria; ha de practicarse con carácter permanente, de manera, que subsiste el consorcio si los bienes se vuelven á juntar, á cuya operación deben concurrir todos los consortes para que presten su consentimiento, supliendo el curador nombrado por el Juez á aquél que no hubiese concurrido. Esto último, que dice Portolés, no lo vemos hoy de aplicación, porque en ningún territorio aforado existe la curatela, y en su consecuencia, creemos aplicables, á tal respecto, las disposiciones del Código civil relativas á la división de cosa común y á la partición de herencia, así como los atinentes de la ley de procedimientos.

Es de añadir que, en el consorcio, no existe el derecho de prescripción por parte de ningún consorte, porque se entiende que se tiene, no solo en interés propio, si que de la comunidad.

Acerca del juicio que ha merecido esta institución á los expositores y comentaristas del Derecho aragonés, oigamos á Portolés: dice que «Aún concediendo que los derechos de primogenitura, fideicomisos y vinculaciones fueron favorables á la estabilidad y conservación de las familias, jamás puede admitirse la paridad de dichas instituciones con el consorcio, pues aquellas se proponen una conservación perpétua y éste una conservación temporal».

Para Azpeitia el consorcio es preferible á todo género de vinculaciones y, en demostración de este profundo sentir, que suscribimos, añade, en la pág. 79, lo que sigue: «Hay, por lo tanto, una diferencia notable entre las vinculaciones y el consorcio, pues si aquéllas se proponen una conservación perpétua, éste aspira á una conservación temporal; si en aquéllas palpita una principalidad (el heredero), en éste predomina una igualdad, pues todos los consortes tienen los mismos derechos; ¡por eso el consorcio foral no puede tener efectividad en el alto Aragón, donde siempre existe un derecho de primogenitura, masculinidad, etc!; en aquéllas el vínculo se

lleva consigo y para siempre, al sepulcro, la libre disposición de los bienes vinculados; en el consorcio foral no se lleva nada; sus derechos íntegros se proyectan en la totalidad de los consortes, que si bien aisladamente no poseen tales facultades, es tan sólo durante el tiempo que subsiste el consorcio; con razón decíamos, añade, que el consorcio foral no tiene nada de vinculación, siendo mil veces preferible á ésta, á pesar de las opiniones de excelsos tratadistas, pero que fundieron sus ideas en moldes más atinados: por algo el consorcio ha podido subsistir, entretanto que aquellas fueron abolidas en todos los pueblos cultos».

A pesar de este juicio favorable, Azpeitia sostiene que el consorcio foral no es conveniente, y añade: «Eso de aspirar á hacer de la totalidad de los herederos una especie de personalidad ficticia del difunto, es tanto como volver á los tiempos y exageraciones del Derecho romano; tratar de concentrar bienes en las familias para su esplendor, aún á trueque de matar las iniciativas individuales, es retroceder á los tiempos medios y feudales, á la época en que la tierra dominaba al hombre y le imponía su ley».

El Derecho del Pueblo-Rey está henchido de presunciones y ficciones en el régimen familiar y sucesorio, así como de formulismos en el de contratación, y aún cuando no halló soberana acogida en el régimen jurídico escrito y consuetudinario de Aragón, influyó de una manera espiritual como influyen al compás de los tiempos unas civilizaciones sobre otras, por mas que, audazmente, se quiera establecer entre ellas una absoluta separación. Y ese derecho, aún cuando exaltó de cierto modo la libertad individual, introdujo en la literatura jurídica general ciertos institutos, tales como el derecho de acrecer, los fideicomisos y las reservas de bienes, que significan vínculos jurídicos más ó menos fuertes del hombre con las cosas, unos impuestos por la ley en respeto á la voluntad presunta y otros consagradores de la voluntad expresa y ordenada de quien, abusando de su *JUS DISPONENDI*, determinaba el destino de su patrimonio.

Esas trabas de la propiedad, consecuencia del concepto individualista de la misma, hallaron campo abonado en la Edad Media para su desarrollo y acrecentamiento, por la necesidad de ensanchar, fortalecer y dar renombre al patrimonio de las familias que ocupaban en aquellos tiempos de reivindicaciones y turbulencias, los primeros peldaños en la escala política y social, sirviendo de precedentes para inmovilizar la propiedad, y sujetándola á una sucesión, de antemano y con llamamientos establecida, que en Es-

pañía llamáronse mayorazgos, (el más culminante, de entre éstos, el de la Corona) en Francia sustituciones, en Alemania primogenituras, mayorazgo y *senioral* y en Inglaterra *entail*.

Empero repárese que, en estas formas jurídico-sociales de adscripción de la propiedad á la voluntad, la última, en tanto tiene legal consagración, en cuanto es de carácter expreso, reflejado en el documento constitutivo de la vinculación con su lazo macabro irrompible, mientras que en el consorcio—donde el nexo jurídico que une á los consortes, lejos de ser perpétuo, como aquél, es temporal, ó sea, mientras dura la indivisión de los bienes, precisamente sitios—no se consagra y ejecuta la voluntad expresa del causante de la sucesión, á cuyo auxilio acude la ley, que, durante los tiempos medioevales, hubo de sacar de la necesidad—partera de muchas instituciones—fórmulas para procurar la conservación y acrecentamiento de las familias, antemurales económicos que detuvieron un tanto las disoluciones sociales y políticas.

Y aún cuando en el orden regresivo ó histórico, esto último justifica el consorcio ó fideicomiso foral aragonés, éste al presente no tiene razón de ser; la crítica jurídica destruye su fundamento, presentándolo como una de las tantas rémoras de la movilización de la propiedad, no sin rendir honores merecidos al fin que se persiguió con su establecimiento, de los cuales no participan los medios de que se vale y que son, señalados por Azpeitia, privar al consorte, en ese estado de indivisión, de la libre disposición de sus bienes por actos intervivos ó mortis causa é interrumpir el orden de suceder, dando lugar tan solo al de acrecer.

A esto se objetará: si el vínculo consorcial no es perpétuo como el de las otras indicadas vinculaciones; si cualquier interesado en la comunidad, por derecho propio ó por representación de su causante fallecido, puede ejercitar la acción mixta de *COMUNI DIVIDUNDO*, si extrajudicialmente se negaren sus consortes á que se haga la división, no hay tamaños inconvenientes, pues ese derecho de acrecer que coarta las facultades de libre disposición y que interrumpe, mejor, que desvía de su cauce natural y de justicia el orden sucesorio, hay manera de evitarlo con solo hacer que cese en cualquier momento la indivisión en los bienes sitios.

Pero ¿y si ese consorte fallece en estado de incapacidad ó de imposibilidad, sin haber puesto en práctica ese medio? Dicho inconveniente no puede vencerse; por encima de la presunción de la voluntad del consorte en la sucesión intestada (nos referimos al caso de

que el causante no deje hijos) está la presunción de la voluntad de la persona de quien proceden los bienes indivisos, el interés de esa comunidad *SUI GENERIS*, mezcla de sociedad y de personalidad ficticia, que tiene lugar en las sucesiones directas, bien sean universales ó singulares, y testadas ó intestadas. Y esto que no nos extrañaría verlo estatuído en Cataluña, donde el Derecho feudal y el romano sentaron plaza, y en Navarra en que se mantiene el principio de troncalidad en la esfera sucesoria, nos choca grandemente que exista en Aragón, maestro de las libertades políticas y civiles de España; pero ¡ah! esta anomalía tiene por causa la influencia que ejerció directa ó indirectamente el Derecho romano en la legislación de los territorios españoles y el estado social de la época bajo cuyos auspicios surgió el consorcio foral.

DE LA SOCIEDAD TÁCITA FAMILIAR

Es una variedad de la institución consorcial antes bosquejada, que, como dice Azpeitia, emana, como consecuencia legítima, del sentido natural ó equidad, propio de Aragón y de su derecho consuetudinario, que tiene su origen en el consentimiento tácito, en el cuasi-contrato.

Los hechos jurídicos, esas actuaciones del derecho en la vida real, que recojen el consentimiento de las personas que los producen en el orden pacífico ó privado, tejen esa sociedad tácita que halla su eficaz consagración, á través de los siglos, en la conciencia del bajo Aragón. Esta se induce cuando aquéllas se reúnen en una misma casa y hogar, y poniendo en común sus intereses, los trabajan y administran con el fin de participar de sus productos, de las ganancias y del trabajo á que todos ó cada uno se dedican (artículo 188 del proyecto del año de 1899).

Esta institución, que tiene bastante analogía con la compañía gallega, inspírase en los principios que informan la sociedad conyugal, pero con mayor marco de acción que ésta, y solo pueden constituirla quienes se hallen con la capacidad legal necesaria para disponer de sus bienes, cuya facultad se alcanza en Aragón á los 20 años, y también pueden establecerla los que hayan contraído matrimonio.

Ese consorcio tácito, una de las espléndidas floraciones de las costumbres de Aragón, tiene tal radioactividad que puede establecerse entre varios matrimonios (lo cual arguye la persistencia en aquel pueblo de un saludable espíritu patriarcal), unidos por la amistad ó por lazos del parentesco, así como se da entre un matrimonio y una ó más personas mayores de edad ó entre dos ó más que gocen del *JUS DISPONENDI* y hasta entre padres é hijos, por el hecho de seguir viviendo éstos en la casa y hogar de aquéllos, sin pacto de ninguna clase, tomando en este caso el nombre de comunidad, según declaró la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 23 de Marzo de 1877.

Esto, respecto al elemento personal ó subjetivo de esa sociedad —conocida por casa en casa— pues tocante al factor objetivo ó real de la misma, no se limita, como el consorcio foral, á los sitios, si que comprende toda clase de bienes y las ganancias que durante su régimen se obtengan; siendo de consignar que los consortes pueden poseer bienes propios y bienes comunes, comprendiéndose entre los primeros, los aportados por cada uno de ellos, á excepción de los muebles, y entre los segundos, las ganancias adquiridas durante el consorcio mediante el empleo de los aportados, los procedentes de la industria, pensiones, sueldos, rentas, intereses y demás que aumenten el patrimonio colectivo, así como los muebles existentes á la disolución de la sociedad y las adquisiciones que ésta, con personalidad definida, haya hecho á título oneroso.

Los muebles no hay necesidad de que se aporten, se consideran aportados y pertenecen, por tanto, á ese consorcio tácito, correspondiendo la administración del mismo á las personas que los consortes designen expresa ó tacitamente, que suele ser la más idónea, activa y celosa, á cuyo cargo corre, con tal representación, satisfacer las necesidades de la comunidad, en forma de alimentos, cultivo de fincas, conservación y entretenimiento de éstas, verificando gastos menores, pagos por contribuciones, deudas contraídas por todos los asociados, etc.; pues corren de cuenta exclusiva de estos últimos todo lo que directa ó indirectamente les interese, como pagos de dotes, donaciones, deudas contraídas por sí, educación superior de los hijos, demás suplido con motivo de los mismos fuera del hogar y reparos mayores en los bienes propios, etc.

Y puesto que esa sociedad es producto de manifestación ó declaración de la voluntad, traducida en hechos reveladores del nexo jurídico tácito, de igual manera y también por consentimiento expreso

se disuelve entre los consortes y sus herederos, subsistiendo entre los que quedaren unidos.

Una vez disuelta y extinguida la personalidad jurídica que su establecimiento produjo, se procede como en la disolución de la sociedad conyugal, á la liquidación y división de su capital, entregándose á cada consorte los bienes propios que le pertenezcan, ora por haberlos aportado á la sociedad, ora por haberlos adquirido durante su régimen, á excepción de los muebles; hecha esta reintegración de patrimonios, cuanto quede, satisfechas las deudas comunes, se distribuye por partes iguales entre los consortes, no por cabezas, si que por estirpes, siendo de consignar que, si la sociedad se formó por un matrimonio y una persona mayor de edad, se hacen dos partes, una para aquél, otra para éste.

La sociedad tácita familiar y la sociedad conyugal son compatibles entre sí; la primera, producto de la voluntad reflejada por hechos; la segunda, que surge por la voluntad expresa, por medio de capitulaciones y, en su defecto, por ordenamiento del Fuero.

SOCIEDAD LEGAL CONTINUADA

Es una de las muchas variedades que presenta el consorcio en Aragón. La constituyen el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto: por esto se la llama *sociedad conyugal continuada* ó *consorcio conyugal continuado*.

Porque, dado su verdadero carácter, no le corresponde el nombre de *legal*; éste ha desaparecido en el proyecto de Código, en cuyo capítulo VIII, título III, libro IV se leen estas palabras «De la sociedad continuada entre el sobreviviente y sus hijos».

Continúa, aunque el supérstite repita nupcias, si no divide los bienes con sus hijos ó herederos de los mismos; es compatible con la viudedad limitada, pero no con la viudedad universal, porque la primera de éstas se contrae solo á los muebles, en tanto que la segunda comprende la totalidad de cosas, cualquiera que sea su naturaleza.

Precisamente porque existe esa prolongación de la sociedad económico-familiar durante la viudez del cónyuge supérstite y aún en el caso de que éste contraiga segundo ó ulterior matrimonio,

constituyendo un estado de derecho que tiene por único objeto de actuación los muebles y las adquisiciones á título oneroso, pero no los provenientes de título lucrativo, ni lo gananciado por trabajo individual, recibe el nombre de continuada, cuyo calificativo no admiten los señores Marton y Santapáu, opinión que rebate con gran copia de razones D. Mateo Azpeitia, en dicha su meritísima Monografía.

Palpita en ese estado de derecho, no ya solo la voluntad presunta del consorte difunto, ese aliento espiritual de ultratumba para que continúe indiviso su patrimonio mueble, si que el mismo interés de los asociados, á fin de que éste se acreciente durante la viudez del supérstite ó en su nuevo consorcio conyugal, y tan es así, que cuando se procede á la división de las cosas, ó cuando éstas se comprenden en el usufructo foral, ó si el cónyuge sobreviviente, al repetir nupcias, describe en las capitulaciones matrimoniales las suyas de esa clase aportándolas á la nueva sociedad, ó no quedaren aquellas ó si existiendo, tuvieren que venderse para el pago de deudas, y por último cuando, expresa ó tacitamente, ya los herederos, ya el cónyuge, renuncien á tal sociedad, ésta desaparece y queda disuelta EX POST FACTO, pues semejante presunción de querer estar unidos por tal nexo (muy inferior al que crean las instituciones aragonesas arriba bosquejadas) cede á lo que Savigny llama, en su profunda obra «Sistema del Derecho romano actual», declaraciones de la voluntad, con cuyo imperio se crean, declaran y extinguen relaciones de derecho.

Así como la sociedad legal continuada es, por su naturaleza, incompatible con la viudedad universal (pues lo del orden singular queda absorbido por lo de totalidad) no puede darse en modo alguno, careciendo el cónyuge sobreviviente de viudedad limitada ó propiamente foral, toda vez que ésta recae precisamente sobre los bienes muebles comunes del consorcio disuelto, y claro que, no teniendo en éstos derecho de disfrute el consorte supérstite, es legalmente imposible presumir la continuación del nexo conyugal, toda vez que tal interesado y los hijos del difunto, en representación del mismo, se distribuyen tales cosas, al disolverse el consorcio.

En otro lugar de la presente obra nos ocuparemos extensamente de la extinción de esta sociedad y de las reglas á que se sujeta la división de sus bienes, en el caso de que el cónyuge sobreviviente permanezca viudo y cuando ha repetido nupcias; basta decir que esta institución, que no admite el derecho de acrecer, imperando en su des-

envolvimiento y efectos el de sucesión testada ó extratestamentaria, no priva á los consortes de la facultad de disponer por título mortis causa de la porción eventual que les pueda corresponder, pero no pueden hacerlo por título intervivos, al igual que los bienes de la sociedad conyugal cuyas reglas le son aplicables.

CRÍTICA DE ESTAS INSTITUCIONES

Hemos hecho en este estudio la del consorcio ó fideicomiso foral, diciendo que, al presente, no tiene razón de ser y que ataca en su fundamento el derecho de propiedad, siendo dos los inconvenientes que tiene y no pocos los perjuicios que produce. En él las partes son absorbidas por el todo; es, como decía Lissa, una sociedad sin sociedad; constituye, como advierte Sanchez Román, una de las clases de comunidad, no la única en Aragón; participa de sucesión y de cuasi-contrato, y aún cuando su establecimiento tuvo por causa inmediata evitar, en ocasiones, la ingerencia en la familia de elementos extraños á ella, menos interesados en que las cosas se desarrollasen ordenadamente y por trámites de concordia, los redactores del proyecto de Apéndice al Código civil se pronunciaron en su contra, proclamando que ese estado de la propiedad debe regirse absolutamente por las disposiciones del Código general en su tratado de la comunidad de bienes, con lo que quedaría libre de las acerbas censuras de que ha sido y es objeto. A pesar de ésto, el consorcio foral, institución arcaica, una de las taras de la civilización medioeval, se halla subsistente, como declaró el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 12 de Junio de 1900.

Mejor libradas salen de esta crítica jurídica la sociedad tácita familiar y la sociedad legal continuada; informa la primera de éstas el consentimiento tácito inducido por hechos; informan la segunda el consentimiento presunto de una parte y el respeto á un vínculo conyugal que, si segado por la muerte de uno de los consortes, se prolonga jurídicamente, constituyendo un estado de derecho, incompatible con la viudedad universal y no opuesto á la viudedad limitada, con actuaciones unicamente sobre los muebles, por su cualidad de comunes y sobre las ganancias como se ha dicho por más extenso.

Estas instituciones que despiden un agradable perfume tradicio-

nal, contribuyen á vigorizar y extender la disciplina familiar, que gira sobre los polos del amor y del deber, muy necesitada en estos tiempos azarosos y de irrespetuosidad.

El mal hijo no puede ser nunca un buen ciudadano.

DERECHO DE TRONCALIDAD

Y llegamos, en este paseo por el campo de las instituciones forales más preeminentes, á la de troncalidad, típica entre todas las del orden sucesorio, verdadera supervivencia de la propiedad familiar que caracteriza el derecho privado en la antigüedad, á juzgar por la lectura de los códigos de Manú, Moisés y Licurgo.

Sentemos como axiomático que, como dice profundamente Alonso Martínez, en todos los tiempos, los legisladores han acomodado el sistema de sucesión hereditaria á la organización peculiar de cada pueblo. Recordemos lo dicho por nosotros en este trabajo, que sobre las instituciones civiles, familia y propiedad descansa la sucesoria.

Decimos lo primero para presentarlo en aparente contradicción con el régimen jurídico de Navarra. Si éste admite y condiciona la propiedad patrimonial inmueble ó de grupo en que se sustenta la troncalidad, como existía en la India, cuyo Código de Manú hacía copartícipes de los bienes, no solo al padre y á los hijos, si que á los parientes de un mismo tronco ¿cómo se comprende que, por otro lado, exalte, como en ninguna otra legislación, el derecho de libertad de testar en favor de los extraños, con solo dejar á los hijos un algo como los *diez sueldos febles* y la *robada de tierra en los comunes*, significando que no se les tiene en olvido?

Solo puede explicarse tan palmaria antinomia estudiando la Historia externa del Derecho navarro, de suyo vaga, el cual ha sido producto, muchas veces, más que de la necesidad, del capricho y de las exigencias de las clases sociales, á las que el Rey tenía que dar satisfacción, como lo prueban los altibajos ó modificaciones que sufrió el régimen jurídico de troncalidad.

Con efecto; el cap. VI, tít. IV, lib. II del Fuero general, lejos de deferir la herencia del hijo á sus padres, los excluye, llamando en su lugar y derecho á los hermanos, y en defecto, á los más cercanos parientes, sin distinguir entre clases de bienes, ni el origen de su

adquisición, ya sean donados por el padre ó madre, ya ganados ó conquistados por el causante.

La tendencia de esta ley, que constituye un agravio á la naturaleza y profana, además, los sentimientos del corazón, fué procurar por el lustre de las familias y conservar su nombre, haciendo que los bienes revelasen siempre la estirpe de los que habían sido sus poseedores.

La única excepción hecha en favor de los padres tan injustamente preteridos, fué que el hijo, mientras viviese, pudiera darles lo mueble, pero añadió que si el hijo fuese casado, la mujer podía vedar «que no dé lo de ella».

Las Cortes de Tudela, intérpretes de la opinión general que clamaba contra la dureza de este precepto, obtuvieron en 1583 que los padres y demás ascendientes sucediesen á los hijos, abintestato, en los bienes adquiridos por éstos, á falta de hermanos, por ser lo más equitativo y justo.

Aquella corriente reivindicatoria de lo que significaba consagración á los sentimientos paterno-filiales, siguió abriéndose paso, y en 1596, las nuevas Cortes de Pamplona acordaron pedir al Rey que los padres y ascendientes, á falta de hermanos, sucediesen á los hijos, no solo en los bienes adquiridos por ellos con su industria, que era lo obtenido por las Cortes de Tudela y consignado en la ley 3.^a, tít. XV, lib. III de la Novísima Recopilación, sino también, en los adquiridos por sucesión y herencia y por donación ó manda.

Como se ve, eran sobradamente justas estas peticiones; la última, llevada á la ley 4.^a, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación, porque para heredar los padres, era preciso que su hijo difunto no dejase hermanos, y antes que adquiriesen los bienes otros parientes colaterales, estaban con preferencia los progenitores del causante, que era precisamente lo que en la forma de deferir la herencia establecía el Derecho justiniano.

Apenas transcurridos ocho años de alcanzarse estas reivindicaciones, que debieron ser conservadas, sino por la nobleza poco afectada á ellas por el estado llano, representante del elemento democrático, los tres brazos, en las Cortes de Pamplona de 1604, contrariando, sin duda, los sentimientos del Rey pidieron á éste se sirviera declarar «que los padres y ascendientes, á falta de los hermanos, sucediesen á los hijos, abintestato, solamente en los bienes adquiridos y conquistados por los hijos por su propia industria ó por la de sus padres, pero que no hubieran de suceder, ni sucediesen en los bienes tron-

cales y dotales, en los cuales, á falta de hermanos, sucediesen los parientes más cercanos de donde procedieren los tales bienes».

Triunfó, pues, el principio de troncalidad con agravio de la naturaleza y con profanación de los afectos del corazón; y como digimos en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» (pág. 333 del tomo III), leyendo la ley 6.^a, tít. XVII, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra, vemos, á través del pasado, algo de la propiedad familiar, ese plasmodio jurídico-social en el que, hasta cierto punto, se anulaba la libertad del individuo para disponer de sus bienes, por respeto á los derechos que ciertas personas tenían en ellos.

Y como lo contrario á las leyes naturales y opuesto al sentido ético tarde ó temprano desaparece, los mismos jurisconsultos de Navarra y, á su cabeza, el insigne D. Antonio Morales, pidieron la reforma del Fuero en este punto, como hace constar dicho señor en su meritísima Memoria, presentada á la Comisión de Codificación española y firmada en Cascante á 30 de Noviembre de 1880.

CONCLUSIÓN

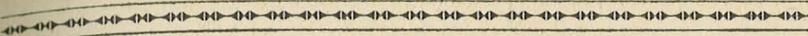
Ponemos término á este PROEMIO, no sin declarar que nos hemos excedido en nuestro propósito al escribirlo. Queríamos presentar, á grandes rasgos, la Historia externa del DERECHO FORAL escrito y consuetudinario y, sin darnos cuenta, hemos penetrado anticipadamente y por escalamiento en el estudio, siquiera lijero, de siete de las instituciones civiles más preeminentes de las que constituyen el régimen jurídico, no foral ni excepcional, sino particular ó territorial de ciertas regiones y provincias españolas; derecho propio de éstas, elaborado á través de los siglos con los usos, las costumbres, franquicias, libertades, privilegios, constituciones, leyes, etc. Y puesto que tiene tal carácter, le cuadra la definición que del mismo dió Ulpiano: QUOD QUISQUE POPULUS IPSE SIBI JUS CONSTITUIT.

En orden á aquellas siete instituciones y por lo que respecta á la obra codificadora, entendemos que no es aventurado suponer que se llegaría á un acuerdo respecto á los derechos de legítima vidual y de troncalidad, puesto que el Código civil ha recogido bastante de lo estatuido en las legislaciones aragonesa y navarra, como lo demuestran, tocante á la primera, los arts. 834 y siguientes y, referen-

te á la segunda, el art. 811, todos del propio cuerpo legal, y aún el derecho de reversión, definido en el art. 812 de aquél, lo vemos también en otra legislación foral.

De consiguiente, los verdaderos caballos de batalla en la empresa codificadora, con directivas á la asimilación, no precisamente del derecho regional al general, sino también de éste á aquél, á lo largo de una zona de concordia y de circunspección juiciosa, son la libertad de testar y los heredamientos. ¿No sería posible llegar á un acuerdo en este punto, á base de respetar la voluntad no descabellada y caprichosa, si que refrenada por los sentimientos familiares, ante los que debe rendir pleitesía toda obra del Legislador? ¿No nos hemos de dar estrecho abrazo, sin haber vencedores ni vencidos, fueristas y no fueristas, á las exhortaciones ineludibles del interés general?

¡Plegue á Dios que lo veamos! Aunque fuera con un grano de arena, nosotros contribuiríamos á levantar tan soberbia fábrica, pero barriendo el Derecho supletorio exótico, como medida primera, porque contribuye á la confusión del régimen jurídico en las regiones de Cataluña y Navarra, á cuyas legislaciones ¡sensible es decirlo! les cuadra lo que Eulapio dijo del Derecho romano: **MULTORUM CAMELLORUM ONUS.**



CAPÍTULO I

Fuentes del Derecho foral

Indicaciones preliminares

En el Proemio de este libro hemos presentado á grandes rasgos la Historia externa del Derecho foral, constituída por sus fuentes, y para no incurrir en repeticiones damos por reproducido aquí tal estudio; pero, ciertamente, que no es cumplido; algo debemos decir, sentando, en este respecto, como premisa fundamental de ulteriores desarrollos, la importante sentencia del Tribunal Supremo de justicia de 8 de Junio de 1904, declarativa de que se entiende por régimen foral, el establecido en las provincias y territorios españoles que no haya sido derogado ó modificado por leyes ó disposiciones de carácter general obligatorio.

No puede desconocerse ni menos negarse la prerrogativa del Legislador á derogar y modificar las reglas de derecho por disposiciones de esa naturaleza, por ser uno de los atributos de la soberanía. De manera que si subsiste el régimen jurídico excepcional es porque el Legislador lo respeta, á virtud de ciertas consideraciones ó circunstancias en favor y que concurren en determinadas regiones integrantes de la nación española, y no por pura magnanimidad, pese á la tendencia marcadamente unificadora que va abriéndose paso y en la que se inspira, en su jurisprudencia, el Tribunal Supremo de Justicia.

Así es, que el fuerismo pierde terreno cada día; su mejor defensa no es la intransigencia sistemática, sí que la labor comparativa de las

instituciones forales con las del derecho común, para que el intelecto, ayuno de prejuicios, y el ánimo, despojado de pasión, aprecie y acepte aquellas que reúnan la doble cualidad de ser justas y convenientes al el estado psicológico del país.

Y hecha esta breve disquisición es de consignar, como supuesto de las siguientes reflexiones, que, según el art. 12 del Código civil, las disposiciones de su título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del reino y que también lo son las disposiciones del título IV libro I. «En lo demás, las provincias ó territorios en que subsiste el Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito ó consuetudinario por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

Repárese en el adverbio «por ahora» escrito intencionadamente, sin duda, en ese art. 12; encierra la directiva unificadora y aún diríamos de succión del Derecho común civil para que desaparezca de una plumada ó evolutivamente el Derecho foral; de modo que éste se halla amenazado de muerte, tanto el directo, escrito y consuetudinario, como el supletorio, que es en Cataluña el canónico y el romano, y en Navarra este último, más no en Vizcaya el derecho antiguo de Castilla, aún cuando otra cosa entienda un ilustre maestro y escritor jurídico, gloria de la cátedra española, como en este mismo libro hemos demostrado.

El Código civil es supletorio en tercer grado en Cataluña; en segundo grado en Navarra y en primer grado en la tierra llana, anteiglesias ó infanzonado de Vizcaya y en cuarenta y tantos pueblos de la provincia de Alava.

¿Qué carácter tiene ese cuerpo legal en Aragón y Baleares? A lo cual se contesta comúnmente que el de supletorio. En absoluto no participamos de este sentir, por mas que, si bien se advierte, la diferencia de criterio queda reducida á un juego de palabras.

El art. 13 del Código constituye una excepción del art. 12, pues no otra cosa significan estas palabras en él escritas: «No obstante lo dispuesto etc.».

Según ese art. 13, el Código rige en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas. De manera que estas regiones entraron dentro de lo que llamaríamos el régimen

jurídico general civil. Pero si aquí se hubiera detenido el Legislador, ni el aragonés ni el balear conservarían su derecho excepcional anterior á los respectivos decretos de Felipe V, y para que las instituciones de esos territorios no sufrieran tan rudo golpe de muerte, lo cual hubiera sido no corresponder á la actitud de transigencia en que se colocaron sus ilustres jurisconsultos en el seno de la Comisión de Códigos, añade ese artículo, que aquello se entiende en cuanto dicho cuerpo legal no se oponga á aquéllas de las disposiciones forales escritas ó consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

De forma, que, no existiendo esa *oposición* entre el régimen jurídico general y el foral, al Código hay que acudir, sin que sobre éste se halle el Derecho natural ó la equidad en Aragón, que era su fuente supletoria; solo las disposiciones forales (debió haberse dicho «escritas») ó consuetudinarias se respetan y no las de otro carácter, y en cuanto á estas últimas, que son expresiones de la conciencia regional, no confiadas á la letra, hay que probarlas.

ARAGÓN

1.º Título preliminar del Código civil, en cuanto sus disposiciones determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación; y tít. IV, del lib. I del mismo.

2.º Las leyes generales de la nación publicadas con posterioridad al Real decreto de 3 de Abril de 1711, á no ser que en ellas se haga la salvedad de que no afectan al Derecho foral de Aragón.

3.º Los Fueros comprendidos en el periodo que media desde la Compilación de 1547 hasta 1802.

4.º La Compilación de 1547 y las Observancias que comprenden el derecho consuetudinario. Las mandaron hacer las Cortes de Zaragoza y Teruel en 1427 y 1428 al Justicia Mayor D. Martín Díaz de Aux.

5.º Los Fueros de Aragón, recopilados en 1247 por el Obispo de Huesca D. Vidal de Canellas, á virtud de la orden que le dió don Jaime I.

6.º La costumbre no contraria á ley.

7.º El Código civil como supletorio, mejor, de aplicación desde luego, en cuanto no se oponga á las disposiciones forales ó consuetudinarias allí vigentes (art. 13).

CATALUÑA

1.º Los títulos preliminar y IV del libro I del Código civil, en los términos arriba expresados.

2.º Las leyes de carácter general posteriores al Decreto de establecimiento ó de Nueva Planta de 16 de Enero de 1716, que es ley 1.ª, tít. IX, lib. V, de la Novísima Recopilación.

3.º La Compilación de 1704, comprensiva de los *Usatges*, que constituyeron el Derecho feudal, publicados en 1068 por Ramón Berenguer I, *el Viejo*, cuyo trabajo se confió á veintitún caballeros; las Constituciones ó sean las decisiones tomadas por las Cortes, á propuesta del Rey, aprobadas por los tres brazos; los Capítulos y Actos de Cortes, que eran las leyes que se hacían á petición de los tres brazos ó de uno solo sin contradicción de los demás y sobre los cuales recaía la aprobación real; las Pragmáticas y Privilegios, que eran las leyes dadas por condes y reyes sin contravenir los acuerdos del Consejo; las Concordias ó acuerdos entre los diversos elementos que integraban la constitución social del país; las Sentencias reales ó resoluciones dadas por el Conde de Barcelona; las Sentencias arbitrales, que eran las decisiones dadas en casos particulares y que, como emanadas de un tribunal superior, sentaban jurisprudencia.

Todas estas fuentes de derecho fueron recogidas en 1413 por los jurisconsultos Jaime Calicio, Honorato de Pedro y Narciso, canónigo de S. Dionisio, quienes las compilaron por orden del rey Fernando I.

4.º La costumbre; pero no la contraria á la ley.

5.º El Derecho canónico, como especial supletorio en primer lugar, por el orden de prelación de sus respectivas fuentes, como veremos.

6.º El Derecho civil romano, como supletorio en segundo orden.

7.º El Código civil, como supletorio en último término.

*
* *

En el orden de prelación de las fuentes del derecho supletorio, tenemos que, respecto del canónico, se sigue el siguiente:

1.º Concilio de Trento, Bulas y Breves posteriores.

2.º Extravagantes comunes.

- 3.º Extravagantes de Juan XXII.
- 4.º Clementinas.
- 5.º Sexto de Decretales ó Decretales de Bonifacio VIII.
- 6.º Decretales de Gregorio IX; y
- 7.º El Decreto de Graciano.

*
* *

El orden de prelación respecto del Derecho romano es el siguiente:

- 1.º Novelas de Justiniano.
- 2.º El código del mismo ó *REPETITÆ PRÆLECTIONIS*.
- 3.º La Instituta, y
- 4.º Las Pandectas ó Digesto.

LÉRIDA

En Lérida existen las Costumbres que arrancan de los Privilegios concedidos á esta ciudad en 1149 por Ramón Berenguer IV. En tiempos de Jaime I la municipalidad encargó su recopilación, que lleva el nombre *CONSUECUDINES HERDIENSES*, al jurisconsulto Guillermo Botet, el cual cumplió su cometido en 1429. Se dividen en tres libros que contienen 170 leyes. Actualmente carecen de fuerza legal.

TORTOSA

Tortosa tiene su Código, que es el más notable de su época, no solo de España, si que de Europa. En él se contienen las costumbres que arrancan de los privilegios concedidos en 1148 por Ramón Berenguer IV á dicha ciudad. Se hizo la compilación de las costumbres, tomando el carácter de Derecho escrito, en 1279, reinando Pedro III de Aragón, por el Obispo de Tortosa, el Arcediano de la Catedral de Lérida y los Maestres Ramón de Besalú y Domingo Terol. Consta este Código de nueve libros, habiéndose reunido en uno los tres últimos del código *REPETITÆ PRÆLECTIONIS*, subdivididos en títulos y éstos en firmas. En su redacción se sigue el mismo orden que en el Código justinianeo. El ilustre D. Bienvenido Oliver

ha hecho una edición del Código Tortosino que es la expresión más genuina del Derecho foral de España y aún de Europa.

Se supuso que el original fué quemado en 1854 por los revolucionarios, conservándose tan solo algunas páginas que guardó el abogado D. José Rosich, pero han quedado copias exactas, entre ellas la que hizo Juan Armich.

Tiene el Derecho Romano por supletorio y no el catalán, en el estricto sentido de la palabra; el Código civil suple á falta de aquél.

TARRAGONA

Las costumbres del campo de Tarragona no fueron recopiladas, y por esta circunstancia es menester probar su existencia para que puedan aplicarse; solamente se refieren á la sociedad de gananciales, constituída, no solo por el matrimonio, sino también por los descendientes.

*
* *

No así ocurrió en Gerona cuyas costumbres fueron recopiladas por Tomás Mieres, y ahora obligan en aquel obispado solo respecto de la donación propter nupcias, como las regulaba el Derecho romano.

Existen las costumbres del Valle de Aran en las que se sanciona la sociedad de gananciales; las de Vich ó sea la Antigua Ausona; las de Besalú y las de Miravet; las primeras se recopilaron en 1413 reinando Fernando de Antequera y fueron impresas en tiempos de Fernando el Católico; la segunda se hizo en 1587 por Felipe II, y la tercera en tiempos de Felipe V.

Como dice Pérez Pujol, los privilegios y fueros dados por los condes obedecieron á la necesidad de que la clase media cobrase influencia en el gobierno de la ciudad unas veces, y otras por las exigencias de la Reconquista, mediante la cual el estado llano adquiría franquicias y libertades.

NAVARRA

1.º Títulos preliminar y IV del libro I del Código civil en los términos expresados.

2.º Las leyes generales de la Nación, que son aplicables á Navarra según la ley de 16 de Agosto de 1841.

3.º Las leyes dictadas con posterioridad á las de la Novísima recopilación de Navarra, llamados Cuadernos de Cortes.

4.º Novísima recopilación, que se dictó en 1618 y fué completada con todas las leyes dadas en Cortes, hasta las de 1724 inclusive, hecha por D. Joaquín de Elizondo.

5.º La costumbre inmemorial contra Fuero.

6.º El Amejoramiento del Fuero, tomada esta palabra del juramento que prestaban los reyes al subir al trono de que mejorarían los Fueros y no los empeorarían. Estas disposiciones, con las que se reformaba el Fuero de Navarra, se iban publicando desde 1330 hasta 1512, sin que obtuviera sanción real el redactado en 1528, bajo el título de Fuero Reducido.

7.º El Fuero general de 1237, dado en las Cortes de Estella, ocupando el trono el rey Teobaldo, con las supresiones que de dicho cuerpo legal se hicieron al imprimirlo en 1685.

8.º La costumbre.

9.º El Derecho romano, como supletorio en primer lugar, según declaró el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de Mayo de 1863 y 17 de Junio de 1865, sin que el Derecho canónico tenga carácter supletorio, como resolvió el propio Tribunal en 21 de Marzo de 1867.

9.º El Código civil á falta del anterior.

Observándose en Navarra la costumbre inmemorial contra el Fuero y su Amejoramiento de que empiece la mayor edad á los 25 años, debe respetarse tal costumbre, no siendo de aplicación en este caso el Código civil (Sent. de 1.º de Abril de 1891).

De modo que el Tribunal Supremo admite como fuente de derecho la costumbre inmemorial, aunque ésta sea contraria al Fuero, porque formaba parte del régimen jurídico de Navarra, respetado en toda su integridad por el art. 12 de dicho cuerpo legal, salvo las excepciones de los tít. preliminar y IV del libro I, así como las que señalaremos.

VIZCAYA

En la tierra llana ó infanzonada, depositaria de los fueros y privilegios:

1.º Los títulos preliminar y IV, del libro I del Código civil, en los términos consignados anteriormente.

2.º Las leyes generales posteriores á la de 25 de Octubre de

1839, á no ser que contengan la salvedad de que se respete el Derecho foral.

3.º La colección de Fueros denominada «Privilegios, franquizas y libertades de los caballeros hijos-dalgo del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya», dados en 1452 por Juan II, que son los que constituyen el llamado Fuero Viejo, confirmados por dicha ley.

4.º La costumbre.

5.º El Código civil, como Derecho supletorio general.

En las villas no rige el Derecho de Vizcaya, excepto la disposición citada en el art. 10, y sí el de Castilla.

Á L A V A

Tiene un Cuaderno de leyes y ordenanzas que apenas si se refieren al Derecho civil, y por esto en el Privilegio de Contrato, otorgado á dicho Señorío por D. Alfonso XI, se dice que el Fuero Real sea el primero de los que obliguen allí; pero como dicho fuero ha sido derogado, dado que formaba parte del Derecho común de Castilla, creemos que lo vigente allí es el Código civil, en lo que no se oponga á su Derecho foral.

G U I P Ú Z C O A

Otro tanto decimos de la legislación de esta provincia, la cual tiene una Recopilación de fueros, privilegios, buenos usos y costumbres, leyes y ordenanzas que contienen pocas disposiciones relativas al Derecho civil.

G A L I C I A

Existe la costumbre relativa á la sociedad de familias ó compañía gallega y la institución de los Foros.

Esta última, además de hallarse virtualmente comprendida en el art. 12 del Código civil, está explícitamente consagrada por el 1.611 del mismo.

BALEARES

- 1.º Títulos preliminar y IV del Código civil.
- 2.º Las leyes generales posteriores al Real Decreto de 28 de Noviembre de 1715.
- 3.º Las Reales pragmáticas, privilegios y buenos usos aplicados de antiguo en aquel territorio, coleccionados en el siglo XVII por el Notario D. Antonio Moll.
- 4.º La costumbre.
- 5.º Como derecho supletorio el Código civil; mejor, obliga desde luego en lo que no se oponga á las disposiciones forales y consuetudinarias allí vigentes (art. 13).

En Menorca, los Privilegios de D. Jaime, y en Ibiza las Ordenanzas particulares que determinaron el especial modo de ser de esta isla.

*
* *
*

Además hay varios artículos del Código, no comprendidos en sus títulos preliminar y IV, que obligan en Cataluña y, por paridad de razón, son aplicables al Derecho foral de otras regiones, si éste no lo impidiese.

Esos artículos son:

- 1.º—El 393 (Sent. de 25 de Febrero de 1896).
- 2.º—Los arts. 433, 451 y 455 (Sent. de 17 de Marzo de 1896).
- 3.º—El 487 (Sent. 15 de Abril de 1898).
- 4.º—El 737 (Sent. de 10 de Mayo de 1898).
- 5.º—Los arts. 894, 895 y 897 (Sent. de 18 de Junio de 1898).
- 6.º—El 1.091 (Sent. de 8 de Enero de 1892).
- 7.º—El 1.101 (Sent. 12 Abril de 1897).
- 8.º—El 1.124 (Sent. 26 Junio 1899).
- 9.º—El 1.125 (Sent. 8 Enero 1892).
- 10.º—El 1.160 (Sent. citada).
- 11.º—El 1.205 (Sent. 2 de Marzo de 1897).
- 12.º—El 1.212 (Sent. de 4 de Diciembre de 1896).
- 13.º—El 1.214 (Sent. de 21 de Febrero de 1898).
- 14.º—El 1.249 (Sent. de 21 de Febrero de 1898). Esta sentencia parece que esté en contradicción con la de 13 de Julio de 1892.

- 15.º—El 1.257 (Sent. de 8 de Enero de 1892).
- 16.º— El 1.275 (Sent. de 20 de Diciembre de 1894).
- 17.º—Los arts. 1.281 á 1.289 (Sent. 30 de Mayo 1905).
- 18.º—Los arts. 1.310, 1.311 y 1.313 (Sent de 31 de Mayo 1899).
- 19.º—El 1.462 (Sent. de 5 de Enero de 1899).
- 20.º—Los 1.521 y 1.525 (Sent. de 4 de Diciembre de 1896).
- 21.º—Los 1.588 y 1.594 (Sent. de 12 de Abril de 1897).
- 22.º—El 1.665 (Sent de 9 de Marzo de 1894).
- 23.º—Los 1.709, 1.710, 1.711, 1728 y 1.731 (Sent. de 6 de Enero de 1896).
- 24.º—El 1.824 del Código civil no rige en Cataluña (Sent. de 14 de Enero de 1.899).

Además, como diremos por más extenso al estudiar el art. 12 del Código civil, es aplicable éste en las regiones aforadas en todo lo relativo á la constitución y funcionamiento de la tutela.

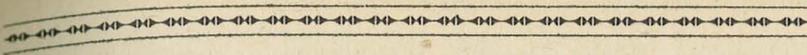
Fuero de Baylío

Se aprobó por Real cédula de 20 de Diciembre de 1778; fué incluido en la ley 12, tít. IV, lib. X de la Novísima recopilación y existe en Alburquerque, Codosera, Valencia del Ventoso, Atalaya, Olivenza, Higuera de Vargas, Alconchel, Villanueva del Fresno, Cheves, Fuentes de León, Burguillos, Valverde de Burguillo, Jeréz de los Caballeros para el cual precisamente se dió, Oliva de Jeréz, Zalsinos, Valencia de Montbuey, Valle de Sta. Ana, Valle de Matamoros y Plaza de Ceuta.

Fuero de Vicedo ó Evicco

No está vigente en esta villa, ni puede aceptarse como costumbre, como derogatoria de la legislación del Reino, porque no se introdujo con los requisitos exigidos taxativamente por la ley 5.ª tít. II, Pard. I (Sent. del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1869).





CAPÍTULO II

De las leyes, de sus efectos y de las reglas para su aplicación

Razón del plan

Creemos pertinente tratar aquí del título preliminar del Código civil, puesto que muchas de sus disposiciones, más propias del Derecho constitucional que del privado, obligan en todos los territorios aforados.

De la ley

El Legislador no ha definido ni podía definir la ley, recordando, sin duda, la advertencia de que en derecho es peligrosa toda definición.

No vamos á dar aquí las definiciones que desde Sto. Tomás, el Angel de las escuelas, se han venido dando de la ley positiva, ni á copiar la hermosamente dada por el Rey Sabio, ni la de Montesquieu; parécenos la más práctica la que dieron los Sres. Gómez de la Serna y Montalbán en sus «Elementos de Derecho civil, común y foral», de que la ley es una declaración solemne del poder legislativo sobre un objeto de régimen interior de la nación y de interés común. Pudiera decirse, también, con el inolvidable D. Manuel Tarrasa, que la ley, en su sentido amplio, es toda disposición obligatoria del Poder público, promulgada.

Bajo la denominación genérica de leyes y á los efectos del artículo 1.º del Código civil, no sólo se comprenden éstas, si que los

Reglamentos, Reales Decretos, Instrucciones, Circulares y Reales órdenes dictadas de conformidad con las mismas por el Gobierno, en uso de su potestad (Sent. del T. S., Sala 3.^a, de 22 de Junio de 1910).

Generación de la ley

Tampoco expresa el Código la forma de producir la ley, de esa manifestación artística y reflexiva del Derecho, como profundamente dice el sabio D. Francisco Giner de los Ríos; dado tal silencio, importa sobre manera consignar, aunque de pasada, que tanto la Constitución política del Estado, promulgada en 30 de Junio de 1876, hoy vigente, como el Reglamento del Congreso de los Diputados, de 4 de Mayo de 1847 y el del Senado, del año 1871, completados y reformados por disposiciones posteriores, y por último, la Ley de relaciones entre ambos cuerpos colegisladores de 19 de Junio de 1837, expresan la manera de formar las leyes, empezando por la iniciativa que, por derecho de petición, compete á todo ciudadano, y la que por Real Decreto, con la responsabilidad del ministro, incumbe al Jefe del Estado, así como la que, por medio de proposiciones, corresponde á los senadores y diputados, por más que éstas últimas difícilmente prosperan en nuestro régimen parlamentario de mayorías, si el Gobierno no las acoge y acepta, convencido de su justicia ó conveniencia.

Tras de la iniciativa reglada viene la discusión del proyecto ó de la proposición, pasando antes por las comisiones parlamentarias, constituidas en secciones, por sorteos que se verifican mensualmente en el Congreso y cada dos meses en el Senado, y en tan poca estima se tiene á las proposiciones, que han de pasar á las secciones para que éstas ó por lo menos una acuerde su lectura, sin cuyo requisito el autor no puede apoyarla, ni la Cámara acordar que sean tomadas en consideración, pudiendo el Gobierno, valido de su mayoría, oponerse á ésto, en cuyo caso muere en flor la iniciativa del senador ó del diputado. Una vez dictaminado el proyecto ó proposición por la comisión respectiva, compuesta de siete individuos, uno por cada sección, preséntase el dictamen al cuerpo colegislador, el cual lo discute primero en totalidad, ó sea el espíritu, tendencias y carácter de aquél, y después el articulado con los votos particulares y enmiendas presentadas y que se presenten en el debate, no sin que algunas veces, por la naturaleza especial del proyecto, acuerde la co-

misión informaciones verbales y escritas. Discutido el dictamen, se pone á votación.

Se hacen dos votaciones; una de la totalidad y otra del articulado; esta última, ya en la forma llamada ordinaria, ya nominalmente. Para la votación definitiva exígese por los reglamentos de las cámaras, de acuerdo con la Constitución, la concurrencia de la mitad más uno de los senadores ó de los diputados que se hallen en posesión de sus cargos, votación que puede hacerse en forma ordinaria ó sea levantándose unos representantes y permaneciendo sentados otros, ó nominalmente, diciendo *sí* ó *no*.

Votado el proyecto por una Cámara se pasa á la otra, dado el carácter bicameral de nuestro sistema parlamentario; y caso de que exista contradicción entre lo votado por aquéllas, pasa el proyecto á una comisión mixta, compuesta de siete senadores y de siete diputados, los primeros, que son los que formaban la sección, y los segundos de nombramiento por el Congreso, y, por mayoría, se redacta de nuevo el dictamen, presentándose seguidamente á los Cuerpos Colegisladores para que lo discutan solamente en totalidad, y, aprobado por éstos, pasa al Jefe del Estado para su sanción ó para su veto, ya absoluto ya suspensivo, facultad que corresponde al Poder armónico ó regulador. La sanción, que es entre nosotros el acto del Poder real por el cual se aprueban las leyes que decretan el Senado y el Congreso, realizase concurriendo la Mesa del Cuerpo colegislador á la residencia del Monarca, que pone, con su firma, estas palabras: «Publíquese como ley».

Después de la sanción viene la promulgación; por ésta el Gobierno hace copiar el proyecto sancionado y lo presenta al Rey para que lo firme, mandándolo publicar y ordenando que las Autoridades lo guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar como ley, apareciendo en la *Gaceta de Madrid*, órgano oficial de publicación, y se entien-de hecha la promulgación el día en que termina en aquélla la inserción de la ley; transcurridos los veinte días es obligatoria si no se dispusiere otra cosa, como preceptúa el art. 1.º del Código.

Este cuerpo legal ha optado por el sistema simultáneo en orden á la obligación de cumplir las leyes, ó sea desde una fecha fija, que es á los veinte días de terminada la inserción en la *Gaceta*, á no mediar disposición en contrario. Este sistema tiene la ventaja de que, en un mismo día, pueden todos los ciudadanos gozar de los beneficios de la ley; en cambio, si el sistema sucesivo tiene el inconveniente de que existan desigualdades en este punto, no se presta á

la injusticia de que pueda obligar una ley en un territorio, como en Canarias, por ejemplo, á los pocos días de recibirse el periódico oficial, acaso sin tiempo de ser conocida. Para ocurrir á esto último está la excepción á que hemos hecho referencia.

Como se ve, el Código se ha separado del sistema progresivo que estableció la ley de 28 de Noviembre de 1837, que dispuso fuesen obligatorias las leyes: en Madrid, desde que se insertasen en la *Gaceta*, en las capitales, desde que se publicasen en el *Boletín Oficial*, y en los pueblos, cuatro días después.

Clasificación de las leyes

Clasificanse las leyes en preceptivas, que son las que mandan, permisivas ó que conceden algún derecho á determinada persona individual ó colectiva, y prohibitivas, que vedan la ejecución de algunos actos que, en otro caso, estarían autorizados.

Cualidades de la ley

La ley ha de ser justa y debe fundarse en el Derecho natural, el que Dios ha dado al hombre por medio de la recta razón, y en los principios fundamentales de la Ética, que es la disciplina de la voluntad para la realización del bien.

Ha de ser útil ó, como decía Sto. Tomás, AD BONUM COMUNEM, además de la RATIONIS ORDINATIO, porque es regla ó fórmula escrita del derecho para la convivencia social.

Ha de ser general, en respeto al principio sacrosanto de igualdad ante ella, no permitiendo privilegios favorables ni odiosos, como los que registraba nuestro Derecho tradicional en favor de ciertas clases sociales.

Ha de ser manifiesta, esto es, conocida, no como aquellas disposiciones de cierto emperador romano, escritas con caracteres diminutos y colocadas á bastante altura de los muros de la Ciudad Eterna para que el pueblo no pudiera enterarse de su contenido.

De la ignorancia de la ley

Por esto la promulgación ya no se hace por medio de bandos y de pregones, como antaño, si que por la *Gaceta de Madrid*, con la presunción JURIS ET DE JURE de que mediante el hecho de quedar insertada es conocida del público, aunque esto se halla bastante distanciado de la realidad, como hace observar admirablemente el gran Costa en una de sus perlas didácticas «La ignorancia del derecho».

NEMO EXCUSATIO Á PENA PRETEXTO IGNORANCIA LEGIS. Este apotegma, que también se expresa con las palabras NEMINI LICET IGNORARE JUS, es fundamental en toda legislación positiva y ha merecido la repulsa del eminente Costa en dicho libro, como digimos al tratar este problema, en el Proemio de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial».

De consiguiente, con el Código civil, cayeron los privilegios que, por la ley 21, tít. I, Part. I, tenían, en orden á esa ignorancia, los militares, aldeanos, pastores y mujeres, porque, de admitirla, la validez de los actos jurídicos estaría de continuo amenazada, á pretexto del desconocimiento del Derecho que alegaran las personas en ellos interesadas para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, no sin que se nos oculte que este problema, de suyo capital, presenta como Jano, dos caras; la de pura justicia bajo cuyo influjo lo desarrolló, al tratarlo, la mentalidad de Costa, y la de la imperiosa necesidad en forma de utilidad social para que la ley, supremo dictado de la conciencia colectiva, no sea en modo alguno caprichoso y despreciable juguete de los súbditos del país.

El Derecho romano, supletorio en Cataluña y en Navarra, limitó el tiránico principio, acogido en el Fuero Juzgo y consagrado en la Novísima recopilación, de no ser lícita la ignorancia de la ley. Los Autores trataron de fijar un criterio que justificase esta desviación de tal axioma en el sentido de mirar si la ignorancia daña ó si aprovecha; en el primer caso era lícito alegarla (como la de aquellos albañiles, que se encontraron un tesoro y no lo devolvieron al dueño porque dijeron ignorar las disposiciones del Código, no obstante lo cual fueron condenados por hurto, en sentencia confirmada por el Tribunal Supremo en 13 de Marzo de 1894), y en el segundo, no cabía esa alegación, toda vez que se trataba de adquirir un lucro, como ocurriría, dentro del sistema romanista, pagando el heredero

los legados, sin detraer la cuarta falcidia, careciendo, so color de esa ignorancia, de la *CONDITIO IN DEBITI*, para que los legatarios le satisficiesen su parte.

La tendencia en todos los países, en contra de las opiniones de Luis Vives, Sancho de Moncada, Dorado, Calderón, Costa y otros eminentes pensadores, es la de no aceptar excepción alguna á ese fundamental principio de Derecho público—que trasciende á todas las legislaciones privadas—de no admitirse la ignorancia de la Ley, siquiera con ello padezca el sentimiento de la justicia y se ofenda al sentido moral, en gracia, no ya del interés particular, si que de la autoridad pública y del mismo régimen general del Derecho, establecedor de pautas á las cuales el hombre debe ajustar su conducta para que sea posible la convivencia social.

Retroactividad de la ley

Las leyes «no tienen ojos por detrás», como dicen los señores La Serna y Montalbán; miran al futuro, y es principio de moral legislativa que no tengan efecto retroactivo. Al escribir esto, recordamos lo preceptuado en el Código Teodosiano: *OMNIA CONSTITUTA, NON PRÆTERETIS FACIUM CALUMNIAM SED FUTURIS REGULAM PONANT.*

Al aplicar la ley nueva á relaciones jurídicas preexistentes, de la que son producto los derechos creados bajo el amparo de un régimen jurídico anterior, promuévese, *IPSO FACTO*, un conflicto por razón del tiempo entre reglas obligatorias, y claro que se sembraría la incertidumbre y con ésta el daño y el perjuicio, si imperase, contra razón y justicia, el principio de retroactividad, el cual quiere decir, según opinión general de los Autores, la sumisión á una ley nueva del todo ó parte de una relación jurídica, producida á la sombra de una ley anterior.

Esa retroactividad, como dice Planas y Casals, puede tener dos distintos grados: el primero, «cuando somete á su imperio las consecuencias de una relación jurídica anterior, creada á la sombra de una ley antigua, pero sólo desde la publicación de la nueva ley», y de segundo grado, «cuando la nueva ley somete á su imperio la relación antigua, desde su comienzo, dejando sin efecto los actos consumados á la sombra de la ley anterior». Ejemplo de la primera, la ley que rebaja el interés de los préstamos y ordena que en los contratos

en que se estipule rédito mayor del fijado, no tenga que pagarse el más elevado, único que podría cobrar el acreedor, aunque su contrato fuese celebrado antes de regir aquella ley. Ejemplo de la retroactividad de segundo grado, la ley ordenatoria de no pagar otro interés que el fijado por ella y dejara sin efecto las estipulaciones hechas anteriormente, disponiendo que el acreedor devolviese el exceso percibido.

Esa retroactividad de primer grado la vemos en la Novela XXII de Justiniano y por eso algunos autores la admiten.

A pesar de ese axioma de política legislativa de que las leyes deben mirar á lo futuro, que aparece en la 7.^a, tít. XIV, lib. I DE LEGIBUS del Código Teodosiano, acogido en la ley 15, tít. XIV, Part. III, el Código civil, exaltando el principio de soberanía de la ley, prescribe en su art. 3.^o que las leyes no tendrán efecto retroactivo, *si no dispusieren lo contrario*.

De manera que el Legislador lo puede hacer todo; pero ésto, tomado en absoluto, sería injusto é inícuo, y, por lo tanto, á tan saliente excepción debe dársele reducido alcance, contrayéndola á las leyes de carácter público, como el penal, cuando es en beneficio del reo, del político, y aún del administrativo en ciertos casos, cuando no hayan producido un derecho verdaderamente adquirido, en forma de acto reglado, materia de contienda; sin que pueda aplicarse á las leyes de carácter civil y mercantil cuando realmente haya nacido el derecho, producto de la voluntad ordenada ó concordada, ajustado y protegido por la ley. Y tan es así, que el Código civil, á pesar de proclamar esa soberanía de la Ley, prescribe, en sus disposiciones transitorias, que las variaciones introducidas por el mismo que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo; que á tanto obliga el respeto á legítimos intereses, fundados en una legalidad anterior, bien que las palabras *derechos adquiridos*, empleadas por las escuelas y hoy de uso general, no son de significación llana y sencilla, si que de interpretación difícil y escabrosa, motivo á que al intelecto le cuesta discernir muchas veces dónde termina el derecho expectante ó dependiente su adquisición de la voluntad de quien procede ó de la de un tercero y cuándo empieza el derecho patrimonial, este último en sus estados de IN POTENTIA, sujeto á condición ó á plazo suspensivos, ó de IN ACTU, ora perfectamente adquirido sin sombra siquiera de invalidación por causa de nulidad ó de rescisión, ora sujeto á modalidad resolutoria, tanto voluntaria como legal.

Varios tratadistas y entre ellos Savigny y Vareilles Sommières, se ocupan del alcance que debe darse á las palabras, *derechos espec-tantes* y *derechos adquiridos*, sin que nosotros podamos entrar en este libro, por falta de espacio, á estudiar un punto tan difícil como es éste, aunque sí podemos decir, en concreto, que, no Á PRIORI, sino Á POS-TERIORI, con vista del caso jurídico, es como puede hacerse esa distinción sin correr riesgo de extraviarse el juicio, debiendo adicionar, en integración del concepto, que las leyes reguladoras de la extinción de los derechos, amparados por un orden jurídico general, pueden tener, cuando lo exija la salud de éste, efecto retroactivo, como ocurrió con la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, que, al proclamar la libertad de los inmuebles, por dictado de la ciencia y por exigencia del interés nacional, prohibió la propiedad amortizada y halló una zona de prudente concordia entre los intereses de los poseedores y los de las personas á las que debían pasar los bienes, para que resultase, con esa medida, la menor suma de perjuicios.

Así, pues, criterio sano para discernir si la ley debe ser ó no retroactiva, es mirar el carácter individual ó social de ésta y si se trata de adquisición de derechos ó de su pérdida: si la ley es social y por añadidura extintiva de derechos, la retroactividad está justificada, y ya el Legislador tendrá buen cuidado de hallar una fórmula racional y prudente para que no padezcan, en forma de atropello, los derechos adquiridos.

De los actos contrarios á la ley

Nuevamente se presenta exaltada la soberanía de la ley en el art. 4.º del Código, dispositivo de que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la misma, salvo los casos en que ella ordene su validez.

Este precepto, sin precedentes en el Derecho tradicional, se halla tocado del vicio de generalidad; hubiérase escrito diciendo que son válidos los actos ejecutados mientras la ley no los declare nulos y veríamos, por una parte, consagrada la soberanía individual, el STATUS INDIVIDUI, como lo llama Costa; y por otra, no se prestaría á dudas y á criterios equivocados, si, como dice Sánchez Román, se subordina su sentido á la clasificación de las leyes en permisivas, preceptivas y prohibitivas.

Entre la soberanía del STATUS INDIVIDUI y la soberanía social

productora de la ley, esta última goza de preeminencia, aún cuando aquélla se apoye en la costumbre, mucho más si es contraria á derecho, aunque sea inmemorial, y éste es, sin duda, el espíritu que preside, entre obscuridades, el citado art. 4.º

Ese espíritu tiene dos tendencias, como añade el nombrado catedrático de la Universidad Central: «la consagradora del principio de que los actos jurídicos deben conformarse con la ley para ellos preexistente y la de las graves consecuencias que tendría, llevado á todo rigor ese principio», muy puesto esto último en razón, toda vez que el Legislador debe optar, entre dos males, por el menor y así aparece con vida esa excepción de validez otorgada al acto nulo en los arts. 45, 62, 69, 70, 71, 72 y 102, del Código, aunque la validación de lo celebrado contrario á la ley, vaya aparejada de responsabilidades penales y civiles, ante cuyas consecuencias el hombre previsor y prudente debe detenerse, al obrar contra lo dispuesto en la misma.

Renuncia de derechos

Añade dicho art. 4.º que los derechos concedidos por las leyes son renunciables, á no ser esta renuncia contra el interés ó el orden público ó en perjuicio de tercero.

Siempre con esa manía de embeber la excepción dentro de la regla general, con la agravante de que tales excepciones son vagas, prestándose su sentido á dudas y errores cuando se interpreta el texto para su aplicación en la práctica.

Para ilustrar más este punto, creemos del caso citar la siguiente jurisprudencia y doctrina.

Son nulos:

1.º Los actos ejecutados por un tutor dativo sin remoción del testamentario. (Res. de 17 de Marzo de 1893).

2.º El inventario realizado por quienes no son herederos. (Resolución de 31 de Marzo de 1897).

3.º La renuncia de inmuebles hecha por un marido menor de edad sin el consentimiento paterno. (Res. de 15 de Noviembre de 1897).

4.º La permuta y venta de bienes entre esposos, fuera del caso previsto en el art. 1.458. (Res. de 28 de Noviembre y 6 de Diciembre de 1898).

5.º La venta hecha por menor casada al tutor con solo la licencia marital. (Res. de 21 de Diciembre de 1898).

6.º La venta de finca hecha por un menor sin ajustarse estrictamente á la autorización judicial. (Res. de 27 de Enero de 1900).

7.º La venta hecha por un solo individuo de la Comisión liquidadora de una sociedad. (Res. de 6 de Abril de 1900).

8.º La memoria testamentaria escrita con posterioridad á la promulgación del Código civil, si no reúne los requisitos exigidos por éste para ser considerada como testamento ológrafo. (Sentencia de 29 de Septiembre de 1900).

9.º La partición de bienes hecha entre mayores de edad con la mera aprobación judicial en vez del juicio de testamentaría ó de abintestato. (Res. de 24 de Diciembre de 1900).

10.º La venta de bienes parafernales de mujer menor de edad sin licencia del marido. (Res. de 24 de Enero de 1901).

11.º Es nula la donación entre cónyuges. (Res. de 20 de Abril de 1901), y

12.º El pacto de enajenación de finca hipotecada en pública subasta sin dar cuenta al propietario. (Res. de 19 de Febrero de 1904).

Son válidos:

1.º La remoción de un tutor con su audiencia. (Sent. de 12 de Febrero de 1903).

2.º El acuerdo de un Ayuntamiento, sin aprobación de la Superioridad, respecto á derecho de aguas á favor de un particular, derivado de un título civil. (Sent. de 17 de Noviembre de 1903); y

3.º La donación ó el legado á hijos sujetos á patria potestad con la prohibición de administrar los padres. (Sent. de 11 de Mayo de 1904).

Renuncia de la ley

No cabe la renuncia de la ley, pues por ella, el carácter obligatorio de ésta se hallaría á merced del individuo, quien, por mucho respeto que merezca su STATUS, esto es, su facultad de regirse y gobernarse autárquicamente, teniendo la razón por regla y la conciencia por juez de sus actos, no debe nunca sobreponerse al dictado del Poder público.

Permitiérase esa renuncia y no habría medio humano de garantizar el orden social; por eso la prohibió la ley 28, tít. XI, Part. V, prescripción que aparece, referida á casos determinados, no solo en

dicho Código Alfonsino, sí que en las leyes 1.^a y 2.^a, tít. II, lib. III del Fuero Real, en la 249 de Estilo; en las 6.^a y 7.^a, tít. XI, lib. X de la Novísima Recopilación y en otras de ésta, así como en el proyecto de Código civil de 1851.

Son cosas distintas la renuncia de la ley y la de los derechos nacidos á su sombra, ora en estado de *IN POTENTIA*, ora en estado de *IN ACTU*, sujetos ó no á modalidades en su adquisición, goce y ejercicio. Cabe esta renuncia, toda vez que no se produce trastorno social alguno, pero hay derechos que no son renunciables: los comprendidos genéricamente en la excepción embebida en esa segunda parte del art. 4.º, renuncia que no puede hacerse por contraria al interés ó al orden público, ó en perjuicio de tercero.

Las palabras interés y orden público no son sinónimas, aún cuando se comprenden dentro del léxico «utilidad social» por la que debe velar siempre la ley, con directiva al bien común, y claro está que no ha permitirse que la dañe una renuncia de derechos, aún cuando éstos sean del régimen jurídico privado.

De manera que á ese interés general y al respeto de todo derecho adquirido por un tercero, queda sacrificado aquel principio antiguo *UNOSQUISQUÆ POTEST RENUNCIARE JURI IN EJUS FAVOREM* INTRODUCITO.

Sánchez Román, dando el mismo sentido á las palabras interés ú orden públicos, dice que «por éstas debe entenderse todo lo que constituya el orden general del derecho preceptivo y uniforme, aunque en sus aplicaciones concretas se presente ofreciendo una encarnación individual ó particular», cuyo tratadista señala como derechos no renunciables las renunciaciones de alimentos, legítima futura, el de la herencia en general, sin estar cierto de la persona de quien se herede y de su derecho hereditario y el de evicción y saneamiento, cuando el vendedor no ignora los vicios ó defectos ocultos de la cosa, según, respectivamente, preceptúan los arts. 151, 816, 991 y 1.485 del Código civil.

Hay derechos que, derivados de la ley, no pueden renunciarse, como el del usufructo y administración que los padres tienen en los bienes de sus hijos menores de edad, según declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de Octubre de 1891, fundándose en que la patria potestad constituye un conjunto de deberes, al par que de derechos, en beneficio de la persona sujeta á ese poder de protección. Otros casos de derecho no renunciable los tenemos en el que fué objeto de la Sent. de 10 de Octubre de 1894 sobre responsabilidad

por costas posteriores al desestimiento del actor en un pleito no exigibles al demandado, y el de renuncia hecha por la mujer casada que obtuvo de su marido hipoteca á la seguridad del esponsalicio ó *excreig*, de cuya garantía renunció posponiéndola en favor de los nuevos acreedores, lo cual es perfectamente lícito y eficaz, como resolvió el Tribunal Supremo en sent. de 25 de Febrero de 1895.

El derecho familiar de filiación legítima ó natural no es renunciabile, porque se halla comprendido entre las prohibiciones del artículo 4.º del Código civil. (Sent. de 25 de Junio de 1909).

Participamos del sentir de esta doctrina: el derecho familiar, aunque desenvuelto en la legislación privada que lo define y condiciona, tiene marcado carácter social y de aquí que su renunciabilidad no esté permitida, en evitación de la incertidumbre en el estado ó condición civil de las personas.

La renunciabilidad de los derechos es principio general, y por eso dicho Tribunal, en sent. de 20 de Noviembre de 1897, declaró que el actor en pleito sobre deshaucio, podía renunciar validamente al derecho que tenía á demandar al arrendatario en el domicilio propio suyo, pudiéndolo hacer en el domicilio de aquél, porque con tal renuncia no se perjudicaba á tercero.

Imperio de la ley

En el art. 5.º del Código levántase enhiesto y flamea, como pabellón en día de fiesta, el principio de la soberanía de la ley; solo por otra, decretada por las Cortes y sancionada por el Jefe del Estado, es como puede quedar derogada, sin que prevalezca contra su observancia el desuso ni la costumbre ó la práctica en contrario.

Y á fe que este precepto, breve y sencillo en la apariencia, oculta complejísimos problemas, porque en él se barajan las palabras desuso, costumbre y práctica contradictoria á la ley.

El desuso es el patíbulo que el pueblo levanta á toda ley cuando la cree injusta ó perjudicial; es una de las formas que reviste el STATUS INDIVIDUI rebelándose contra lo contrario á su soberanía; y á pesar de oponerse la conciencia social á la ley, esta prevalece, y ¡cuidado que no la apliquen los jueces y Tribunales, porque de lo contrario incurren en responsabilidad!

El desuso, llamado *désuetudo* por Savigny, es el no uso de las leyes, no autorizado por la ley 11, tít. II, lib. III de la Novísima Recopilación cuando se hallaba consolidado el poder personal del Monarca, pero autorizado por la ley 6.^a, tít. II, Part. I, cuando el Rey Sabio tenía necesidad de contentar y atraerse al pueblo para que le sirviese en la causa de la guerra.

Fijémonos en este fenómeno de gran relieve jurídico: Dicha ley del Código Alfonsino admitía la costumbre ó práctica contra la ley, y en cambio, ni el Derecho catalán ni el aragonés la han aceptado, aunque fuese inmemorial.

Y uno se pregunta, á la vista de este contraste: ¿á qué se debe esa diversidad, en este punto, entre la Legislación castellana y la foral arriba citada? Pues precisamente á que Cataluña, en sus Usatges, tiene sus costumbres reunidas y escritas, como Aragón, en forma de Observancias; éstas son una elaboración artística del derecho recogido de la entraña social, cosa que no ocurría en Castilla y, por tanto, la costumbre contra ley que admitió el Derecho romano, del cual fué trasunto la ley de Partidas, tenía que ser eficaz, aunque no estuviese reducida á escrito, confiada su prueba á la declaración de testigos ó á otros elementos de convicción.

Había que borrar, dentro de la nacionalidad española, toda diferencia en este respecto, manteniendo el principio de la soberanía de la ley, y de aquí el art. 5.^o ¿Pero debe admitirse esa costumbre? He aquí un problema de derecho constituyente que, por el carácter práctico de este libro y la falta de espacio, apenas si floreamos.

Si la costumbre nace como el lenguaje, según afirma Savigny y los demás partidarios de la escuela histórica, constituyendo la fórmula del derecho espontáneo, salido de la conciencia social por imperio irresistible de la necesidad, el gran partero de las instituciones,—como diría Pitágoras—de importancia tal que se la considere única fuente jurídica general, es incuestionable que debe sobreponerse á toda ley escrita, porque su formación es mucho más natural que ésta; el pueblo, con sus aptitudes, sentimientos, ideas, etc., es quien la produce y adapta su conducta á los ordenamientos que encierra, adaptación más práctica que la establecida por la ley, que, siendo producto reflexivo ó científico, aún cuando tenga la mayor publicidad por órganos oficiales, no es, en rigor de verdad, conocida de todos, por más que se presuma, de derecho, su conocimiento, reñido esto con la justicia, como advierte el gran Costa. Y claro que entre una regla jurídica conocida y otra cuyo conocimiento se supo-

ne, aún cuando aquélla sea contraria á ley, la segunda debe gozar de preferencia.

No hay, pues, que colocar, en este punto, la cuestión, sino en otro muy diferente.

La costumbre y la ley son fórmulas del derecho que la necesidad impone para que pueda existir la convivencia social: no deben excluirse, antes al contrario, combinarse y completarse; su divorcio produciría, de fijo, la confusión y la falta de un guía seguro, de una pauta definida á la que se ajustara la conducta de los hombres que viven en sociedad, y, en este respecto, el Legislador tiene en cuenta las costumbres, cuando acomete su obra legislativa, y si prescinde de ellas es porque no las cree conformes con las exigencias de la época, y claro está que, con esta destitución, las hace ineficaces frente á la ley, que surge también por iniciativa de los órganos representativos del mismo pueblo, ó del Rey, ya en uso de su soberanía ya valiéndose de sus ministros responsables.

Fuera un contrasentido que una costumbre, así destituida, se alzara en rebeldía contra la ley nueva, como también lo sería que se generasen en la conciencia popular costumbres contra el Derecho escrito, porque la sociedad política tiene ya sus órganos representativos en el Parlamento, equivaliendo á una desautorización tácita de éstos el producir un derecho á sus espaldas que, si tuvo razón de ser en otros tiempos, por mérito de esa necesidad, no la tiene al presente, dado el sistema representativo ó parlamentario á que los pueblos se acojen, dentro del régimen constitucional.

Para terminar este punto, aportando nuevos datos á su conocimiento respecto á la historia del problema, es de significar que en la Edad Media y en la Moderna, los partidarios de la soberanía absoluta sostuvieron que la costumbre contra ley no podía admitirse en un país regido por un Monarca en quien resida el Poder legislativo, de cuyo sentir no participaron teólogos y jurisconsultos ilustres, los cuales entendieron que fuere cual fuese la cuestión teórica acerca del origen y forma del poder soberano, el pueblo siempre era legislador y cuando legislaba, por sí, creando la costumbre, podía separarse de la ley si ésta no satisfacía las necesidades sociales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre cuyas sentencias podemos citar las de 26 de Septiembre de 1860 y 6 de Julio de 1867, han admitido en el Derecho castellano la costumbre contra ley, que halló defensores en el Congreso Jurídico español de 1886, por órgano autorizado de su ponencia, formada por los ilustres jurisconsultos

D. Bienvenido Oliver, D. José M.^a Pantoja, D. Francisco Giner de los Ríos y D. Joaquín Costa, quienes reconocieron que no puede delegarse totalmente la soberanía.

Aplicación de la ley

El Tribunal que rehuse fallar á pretexto de silencio, obscuridad, ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. (Art. 6.º del Código).

Contrayéndonos á esta primera parte del precepto, es de significar que la vemos relacionada y, más que relacionada, es consecuencia del art. 76 de la Constitución del Estado, según el que, á los Tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. Este artículo se da la mano con el 2.º de la Ley Orgánica del Poder judicial que señala la órbita de acción de los Tribunales.

En ocasiones, el Poder legislativo ejerce funciones judiciales, como cuando el Senado se constituye en jurado.

El tribunal, lo mismo unipersonal que pluripersonal, no puede rehusar á fallar, á pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes, porque la Administración de Justicia, además del interés personal, satisface una necesidad social de todo punto indeclinable é irrehusable.

Pueden presentarse casos en que no sea la ley de exacta aplicación, encontrándose el Juez ó Tribunal sin fórmula preexistente del Derecho, de aplicación á los términos de la contienda. Para ocurrir á esta dificultad, las leyes de Partidas dispusieron que si los Jueces encontraban dudoso el Derecho, se dirigiesen al Rey «recontándole todo lo fecho ó la dubda en que son».

Este medio de suplencia del texto legal, cuando tampoco la costumbre ocurría á la necesidad, enderezado á descorder los velos de la duda, tenía razón de ser, cuando la soberanía residía unicamente en el Rey, de la cual no participaban realmente las Cortes; pero no al presente en que, por el art. 18 de la Constitución, la potestad de hacer las leyes, una de las formas de la Soberanía, reside en las Cortes con el Rey.

Si pues los Jueces no pueden dirigirse al Monarca pidiendo la aclaración del texto legal, tendrán que aplicar al punto controverti-

do, si la ley no es de exacta aplicación, otras fuentes de Derecho y éstas son, no la costumbre general, sino la del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho.

Manresa ve en esto una facultad de los Jueces, convertidos en legisladores por explícita delegación de la ley, cosa por nosotros no advertida, toda vez que los Jueces ó Tribunales, al ejercer su ministerio impuesto por la justicia restablecedora, no dan, en puridad, prescripción alguna, lo que hacen es derivarla de la costumbre local ó del Derecho natural, en defecto, en forma de principios jurídicos, de máximas conocidas y de universal observancia y cumplimiento; todo para que no quede sin satisfacción la necesidad de administrar justicia, so pena de que incurran esos Jueces ó Tribunales, que rehúsen el cumplimiento de su deber, en el delito definido y castigado, con la pena de suspensión, en el art. 368 del Código penal.

Constituye una desviación, hasta cierto punto, de ese art. 6.º, lo prescrito en el art. 2.º del Código penal, prescriptivo de que, en el caso que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

UBI NON EST LEX, NEC PREVARICATIO, decían los jurisconsultos romanos. QUIA SUNT MALA, QUIA SUNT PROHIBITA puede ser considerado todo hecho delictivo, pero sin ley objeto de la transgresión no cabe que se imponga castigo alguno, pues como dice el art. 22 de dicho Código, no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por una ley anterior á su perpetración.

De manera que la aplicación de la costumbre del lugar y de los principios generales del Derecho, uno de los cuales es UBI EST EADEM RATIO, IBI EADEM DISPOSITIO, JURIS ESSE DEBET, no puede hacerse, tratándose de leyes penales, y aún, en las que carezcan de este carácter, en tanto cabe su empleo en cuanto no haya ley rigurosamente aplicable al punto controvertido, sin que quede excluida la interpretación como medio de reconstrucción del pensamiento del Legislador, según dice Savigny.

La costumbre tiene fuerza de ley; pero es la del lugar, como determina el art. 6.º del Código, cuya acción se ha llevado al 1.287 del mismo, al prescribir que el uso ó la costumbre del país se tengan en cuenta para interpretar la ambigüedad de los contratos, supliendo, en ellos, la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

Este último precepto no lo vemos rigurosamente aplicable en Aragón, en cuya Observancia 1.^a, DE EQUO VULNERATO, se sienta el principio STANDUM EST CHARTÆ que no admite interpretación extensiva, disponiendo que ha de estarse al sentido literal del Fuero ó del documento; siendo de citar la sent. del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1900, declaratoria de que ese principio no puede prevalecer en el caso de que el documento contenga un imposible, doctrina que se ajusta á la máxima jurídica AD IMPOSIBILIA NEMO TENTUR.

De manera que, en Aragón, puesto que allí rige el Código civil en defecto de su derecho, en tanto está vigente el art. 1.287, en cuanto con la interpretación de los contratos no se vaya contra el Fuero ó el documento, en el supuesto de que éste contenga estipulaciones posibles.

Hay que relacionar ese art. 6.^o con la disposición final del Código, derogatoria de los usos y costumbres constitutivos del Derecho civil llamado castellano, costumbres que son las generales, las que admitieron, con carácter complementario de judicial, las leyes 2.^a y 5.^a, tít. II, Part. I, al prevenir que habían de ser dados *concejera-mente* por ellas dos juicios de hombres sabedores y entendidos de juzgar, en la inteligencia que esa prescripción del art. 5.^o no va contra el régimen foral, mejor, no hace referencia á éste, toda vez que el Código, en sus arts. 12 y 13 lo mantiene en su integridad.

Mientras que las costumbres generales de los territorios no aforados ó que se rigen por la legislación general, ya sean á más de ley, según ley y contra ley dejan de tener fuerza y valor, la costumbre del lugar subsiste después del Código, cuando es de las llamadas de fuera de la ley, pero no las otras antes expresadas.

Confirman este aserto las disposiciones contenidas en los artículos 485, 571, 1.552, 1.569, 1.574, 1.578, 1.579 y 1.580 del referido cuerpo legal.

Examinado el art. 591 del mismo, relativo á la distancia que debe mediar entre heredades para que puedan hacerse plantaciones, parece que admite la costumbre local contra ley, porque, en tanto deberá existir la de dos metros, tratándose de plantaciones de árboles altos y de cincuenta centímetros si es de arbustos ó árboles bajos, fijada por dicho precepto, en cuanto no hayan ordenanzas ó costumbre del lugar que otra cosa autoricen; pero, lo que en este ordenamiento se advierte es que el Legislador ha querido ceder al derecho local esa preferencia, advertido de que no se quebranta con tal consideración el régimen jurídico.

La palabra costumbre del lugar se ha empleado, sin duda, en contraposición á la de costumbre general; por aquélla la ley no pierde su prestigio, conserva su soberanía, lo cual no ocurre con la otra; pues es la del pueblo ó de la tierra en donde la cosa radica ó en donde tenga su cumplimiento la relación jurídica ó, en defecto de todo esto, en donde se tramite el juicio por las reglas del procedimiento, una de las cuales y la más fundamental es la referente á la competencia de los jueces y tribunales que lo conozcan.

La costumbre del lugar, única autorizada, no debe ser inmoral y ha de resultar uniforme; el Código no expresa qué duración ha de tener, como prescribió la ley de Partidas, al señalar la de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y ha de justificarse al igual que todo hecho (Sent. 26 Julio 1899).

Puesto que el Código en su art. 6.º, no menta para nada la Jurisprudencia, pregúntase si constituye fuente de Derecho, dado que el art. 1.687 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, parejo del 1.685 de la anterior, atribuye á la Sala Primera del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de casación por infracción de doctrina legal.

De manera que, no constituyendo fuente de Derecho la jurisprudencia civil, puede fundarse en su doctrina el recurso de casación (art. 1.692 de dicha ley), cosa no permitida en materia criminal, aunque, como dice el Sr. Isasa, constituye una enseñanza provechosa.

Pregúntase si procede recurso de casación en materia civil por infracción de los principios generales del Derecho, que hoy son una de las fuentes de éste, dados los términos del art. 6.º del Código.

Según el auto de 13 y sentencia de 16 de Octubre de 1894, el de 22 de Enero de 1896 y la de 30 de Mayo de 1898, los principios generales del Derecho han de alegarse siempre, para ser admisibles, como supletorios, cuando no existan ley, ni costumbres aplicables al caso. Ese recurso no cabe por infracción de tales principios y solo es admisible cuando se cita la ley ó decisión del Tribunal Supremo que atribuya al supuesto principio el carácter de doctrina legal.

De manera que, si en el recurso se citan solo principios del Derecho no recogidos por la jurisprudencia del Supremo, no puede ser admitido, y, en cambio, lo es aquél que se funde en la infracción de doctrina legal, contradictoria tantas veces, que suele decirse que hay sentencias para todos los gustos.

Escritores jurídicos esclarecidos sostienen que, habiéndose lle-

gado á la codificación del Derecho castellano, debiera modificarse la ley de Procedimientos, no dándose recurso de casación por infracción de doctrina legal; pero, sin duda, no tienen en cuenta que subsisten las legislaciones forales, y no sería justo, por imperio del principio de igualdad ante la ley, que no se diese ese recurso en pleitos donde el Código se aplicase, y sí en aquéllos en que la legislación excepcional se invocara.

Interpretación de la ley

Esto nos lleva, como por la mano, al estudio de la interpretación por la cual, como dice Savigny, nos asimilamos las fuentes como reglas del Derecho, para que pasen á formar parte de la vida real; interpretación implicativa de un acto que, aún siendo, por demás, simple, representa un trabajo científico, principio y fundamento de la ciencia del derecho, haciendo que la ley sometida al criterio de nuestra inteligencia aparezca como verdadera y despojada de toda duda.

Esa interpretación es de dos clases: legal y doctrinal; la primera recibe el nombre de auténtica, bajo cuya denominación se comprende también la usual, fundada en la costumbre, y se hace por medio de otra ley ó de una costumbre; pero, en rigor, no es verdadera interpretación, sí que complemento é ilustración de la regla obligatoria escrita ó, como dice Savigny, el contraste, la exclusión y la prohibición de la inteligencia verdadera. Constituyen la segunda las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, único que puede declarar el sentido y alcance de la ley en los casos objeto de recurso de casación, sin que la opinión de los jurisconsultos, que tan marcada influencia ejerció en el Derecho catalán, tenga otra importancia que la del prestigio de la persona que la emita en sus libros ó en las cuestiones sometidas á su estudio.

La ciencia que estudia los elementos interpretativos de las leyes recibe el nombre de Hermenéutica jurídica, uno de los aspectos de la Hermenéutica general, que es parte de la Lógica ó disciplina de la inteligencia que estudia las leyes y los procedimientos para la investigación y adquisición de la verdad.

Estudiando la interpretación, como arte, para penetrar en la conciencia de la ley, en la llamada *RATIO LEGIS* ó motivo de la misma, no por sus órganos, pues de esto nos acabamos de ocupar al presentar sus clases, si que por su naturaleza, divídese en extensiva, res-

trictiva y declarativa; por la primera se lleva el precepto legal á un caso que no estaba comprendido en el mismo, dado que el Legislador dijo menos de lo que quería decir: *MINUS DIXIT CUAM VOLUIT*; por la segunda se restringe el sentido de la ley porque su autor dijo más de lo que se propuso decir: *PLUS DIXIT CUAM VOLUIT*, y por la tercera, puesto que las leyes deben ser entendidas é interpretadas *derechamente* de la manera más sana y provechosa, sin extrañar el sentido natural de sus palabras, como dice la ley 13, tít. I, Part. I, al presentar puntos oscuros debidos á la falta de claridad, viene la interpretación á señalar el verdadero sentido del precepto: *DIXIT CUAM VOLUIT*.

Si por la interpretación se reconstituye la ley, fijando cuál es y debe ser su sentido, habrán de emplearse medios, y nadie mejor que Savigny trata esta materia á maravilla; pero, antes de hacernos cargo de ella, importa decir que, según las Decretales, Cap. VIII, *DE CONSUETUD.* ley 37, y *Dig. DE LEGIBUS* y lo declarado por la Sent. de 6 de Junio de 1867, la costumbre aclara las leyes dudosas; empero la misma queda derogada por una ley ó costumbre posterior que la contradiga y que, según el tít. XVI, lib. I, vol. I de las Constituciones de Cataluña, las opiniones de los escritores no constituyen doctrina legal, sino cuando consta que han sido uniformes y constantemente aplicadas por los Tribunales de aquel territorio, con la circunstancia de que, para esto último, es preciso que esas sentencias hayan sido recibidas por el Tribunal Supremo y formen doctrina legal ó jurisprudencia, según se declaró por la de 30 de Junio de 1866.

Puesto que en Cataluña rige el Derecho romano como supletorio en segundo grado, importa consignar que, según la ley 21, *DE LEGIBUS*, tít. I, lib. III del *DIG.*, cuando el sentido de una ley es claro, aunque el motivo de su formación sea difícil de adquirir, no se ha de tomar esto en cuenta, sino buscar otra con ella relacionada, y si por este medio tampoco se conoce, debe acudirse á la equidad, cuidando de exajeraciones arbitrarias, para no caer en conclusiones reñidas con lo que se propuso el Legislador al dar su ordenamiento.

En la ley 2.^a párrafo XXI, tít. XVII, lib. I del Código justinianeo, se prohíbe la doctrina de los Jueces y jurisconsultos y, además, los comentarios.

Sobre ésta y otras reglas nos ocuparemos después, al tratar de la interpretación, siguiendo la doctrina de Savigny, y puesto que hemos hablado del Derecho catalán, sería imperdonable que no dijé-

semos que en Aragón, como hemos hecho notar, no existe la interpretación extensiva; ha de estarse al texto del Fuero ó del documento; en Navarra hállase prohibida la de las leyes (tít. III, lib. I de la Novísima Recopilación), y lo mismo dispone el tít. VII del Fuero de Vizcaya que obliga en la tierra llana ó infanzonada.

El ilustre caudillo de la escuela histórica antes nombrado, en su monumental obra «Sistema del Derecho romano actual», hace girar la interpretación sobre la base del empleo de cuatro elementos que denomina *gramatical, lógico, histórico y sistemático*.

Consiste el gramatical, como dice su nombre, en el exacto conocimiento del idioma, cuyas palabras revelan el pensamiento del Legislador, de las cuales éste se haya servido y no apreciando el sentido aislado y general de cada una de ellas, sí que el especial sintáctico que les atribuya el lugar que ocupen dentro de la oración.

Aunque la palabra, ya oral, ya escrita, es el vehículo de la idea, la expresión de ésta ha podido no ser feliz y, por resultar deficiente el elemento gramatical, habrá necesidad de acudirse al lógico, poniendo en relación de causa á efecto, de precedente á deducción, de principio á consecuencia, descomponiendo, en suma el pensamiento ó las relaciones lógicas que unen á sus diferentes partes, como dice Savigny.

Pero puede ocurrir que tampoco se conozca la mente de la ley por ese procedimiento lógico y haya necesidad de acudir al histórico, presentando la causa que produjo la ley, su historia, las tradiciones del pueblo para el cual se dictó y, en suma, el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que fué dada, determinando esto el modo de accionar la ley y el cambio por ella introducido.

Por último, es otro elemento de Hermenéutica el llamado sistemático, que consiste en relacionar juiciosamente la inteligencia de los preceptos dudosos con el sistema ó conjunto racional de leyes á que ha obedecido la formación de la que se interpreta en todo ó en parte, ó, como dice dicho autor, en apreciar el lazo íntimo que une á las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad, y esto se funda en que las leyes no son creaciones arbitrarias de la voluntad humana, sino que responden, como dice Sánchez Román, á una serie de principios comprensivos de las verdades eternas del Derecho natural y de la diferente organización de iguales ó análogas instituciones jurídicas de los otros pueblos, con cuyas dos fuentes se forma la llamada ciencia de la legislación, ciencia que es

necesaria, porque la impone la biología de la ley, siendo de presumir que cuando el legislador produce la regla obligatoria, se hace cargo del derecho vigente, á fin de conservar la unidad, elemento necesario en todo sistema.

La interpretación lógica, la histórica y la sistemática, comprendidas bajo la denominación de racional, pueden estar reñidas con la gramatical, precisando saber cuál de las dos debe prevalecer. Los defensores de la gramatical apoyan su sentir en el valor que por sí mismos tienen los textos y en la unidad del Derecho que correría peligro si se admitiera la interpretación racional. Los partidarios de ésta buscan, no la letra muerta, sino el espíritu que vivifica toda ley; ven en los textos un simple signo, revelador, lo mismo de lo justo que de lo injusto, añadiendo que los pueblos, sobre todo en épocas de cultura, no pueden resignarse á que su derecho esté pendiente de la distracción ó poco acierto con que procedieran los redactores de la Ley.

Sugestiva es la opinión de los segundos, pero expuesta á caer en la injusticia, á fuerza de querer penetrar, con las luces del raciocinio, en el fondo de una ley cuya interpretación puede hacerse por medio del procedimiento gramatical, primero en el orden de los cuatro que hemos señalado, y en favor del cual nos inclinamos para que, con la interpretación racional, no se suprima la ley; sin que valga decir que con su empleo se busca la unidad de la regla, toda vez que semejante unidad —como advierte el Sr. Salom— ha de buscarse en la justicia y no en lo irracional, ni en lo injusto, pues como indica Planas y Casals, es un poco peligroso mirar el motivo de la ley porque, tratando de explicarlo, podría falsearse el verdadero sentido que le quiso dar el Legislador.

Esta opción por el método gramatical, cuando esté en pugna con el racional, no es parte á negar que ambos, este último en sus tres formas de lógico, histórico y sistemático, se traigan á estudio cuando lo exija la obscuridad de la ley, y en este respecto, cierto autor opina que debe mirarse el resultado que den las distintas interpretaciones, cotejándolas, para deducir cuál de ellas es la mejor; pero esto tiene mucho de arriesgado pues, en fuerza de penetrar en el espíritu informativo de la ley, puede atacarse su vida.

Puesto que la ley ha de tener su objeto, constituyendo la pauta á que deben ajustarse las acciones de los hombres, si su expresión es confusa debe buscarse el sentido en que produzca efecto, ó como dicen los autores: VERBA CUM EFECTU, SUNT ACCIPIENDA.

Además de esta regla especial, cuando producen efecto las palabras de la ley, hay que buscar aquella expresión que no resulte viciosa: *IN AMBIGUA VOCE LEGIS EA POTIUS ACCIPIENDA EST SIGNIFICATIO* (ley 19, tít. I, lib. III del Digesto).

Puede resultar que todas las palabras produzcan efecto y ninguna sea viciosa; en este caso debe mirarse lo que esté más en consonancia con los usos y prácticas comunes; esto es, el modo como el pueblo haya entendido la ley.

Puede ocurrir que en la ley se empleen palabras impropias é inadecuadas para reflejar el pensamiento de su autor; que exista antinomia entre la intención de éste y la letra y, como dice el Digesto, el conocimiento de las leyes no consiste en saber sus palabras, sino en comprender su sentido, *SEIRE LEGES NON HOC EST, VERBA CARUM TENERE, SED VEIN AC POTESTATEM*, perfectamente reflejada esta máxima por el Rey Sabio, cuando dice en la ley 13, tít. I, Partida V, que «el saber de las leyes non es tan solamente en aprender á decorar las letras dellas, más el verdadero *entendimiento dellas*».

Impónense á este respecto algunas reglas constituyentes del arte de interpretar.

Así, cuando resulta una expresión impropia y el Legislador dijo menos de lo que se propuso decir, debe aplicarse la interpretación extensiva, cuyas reglas son *FAVORABILIA SUNT AMPLIANDA* (hay que ampliar lo favorable) y *QUOD FAVORE ALICUJUS CONSTITUTUM EST NON DEBET IN IPSIUS, PRE JUDITIUM DE TORQUERI*, ó sea que lo que se ha concedido á favor de uno, no debe volver en su perjuicio.

Cuando el Legislador dijo más de lo que quiso, debe aplicarse la interpretación restrictiva, especialmente en materia odiosa, haciendo aplicación del principio de Derecho natural, *ODIOSA SUNT RESTRINGENDA*.

Si por este medio no se conoce el sentido de la ley, debe verse si constituye ó no una excepción; caso afirmativo, debe interpretarse restrictivamente: *IN CORRECTORIS STRICTE DEBEMUS PROCEDERE*, pues lo establecido dentro de lo general del derecho no debe extenderse á otros casos, siendo otro predicado que la excepción confirma la regla general en los casos no exceptuados: *EXCEPTIO FIRMAT REGULAM, IN CASIBUS NON EXCEPTIS*; en el bien entendido que la inclusión de una cosa excluye á la otra: *INCLUSIO UNIUS, EXCLUSIO ALTERIUS*.

Es también otra regla de Hermenéutica: *UBI EST EADEM RATIO, IBI EADEM DISPOSITIO, JURIS ESSE DEBET*, ó sea que, en casos igua-

les ó muy semejantes no previstos por el Legislador, hay que extender á estos lo dispuesto para los otros.

Por último, si con todas estas reglas no puede desentrañarse el sentido verdadero de la ley, debe acudirse á la equidad: *IN OMNIBUS REBUS PÆCIPUAN ESSE INSTITLÆ ÆQUITATISQUE CUAM STRICTI JURIS RATIONES*, ó bien: *IN OMNIBUS QUIDEN MÁXIME TAMEN IN JURE ÆQUITAS SPETANDA EST.*

No ya entre las partes de una ley puede haber contradicción que haga difícil el conocimiento de su sentido ó de su conciencia como la llama Savigny, sino que entre las leyes puede haber antinomia, para cuyo desvanecimiento importa tener en cuenta que la ley posterior deroga la anterior; que si una es general y otra especial, debe prevalecer esta última: *IN TOTO JURE GENERI PER SPETIEM DEROGATUR.* En el caso de que la antinomia de la ley lo sea con la equidad, se resuelve la oposición en favor de esta última, procediendo en esto muy circunspectamente para que no padezca el verdadero sentido que á la regla quiso darle el Legislador, y siempre á condición de que no exista discrepancia en la manera de entender la equidad, pues, no mediando acuerdo en esto último, el texto legal debe aceptarse tal como aparezca.

En el Código civil no se habla de la interpretación de las leyes y sí únicamente de la de los contratos; pero el Tribunal Supremo dió, en este respecto, la Sent. de 23 de Agosto de 1894, sobre aplicación del art. 272 de dicho cuerpo legal, relativo á la enajenación de bienes de los menores, y dijo: que cuando se trate de interpretar las leyes, hay que acudir á los cuatro elementos ú operaciones gramatical, lógico, histórico y sistemático, tan admirablemente expuestos por Savigny, que tienen, en cierto modo, carácter oficial en España.

Cómputo del tiempo

Apenas si merece comentario el art. 7.º, dados los términos claros y precisos de su redacción, habiéndole servido de precedente la Sent. del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1861, de que los días se entienden de 24 horas.

Si en las leyes se habla de meses, días ó noches, se entenderá que los meses son de treinta días, puesto que hay varios que llevan treinta y uno y el Febrero que tiene veintiocho ó veintinueve, según que el año sea ó no bisiesto. Para igualarlos se ha fijado ese térmi-

no general de treinta. Los días se entenderá que son de 24 horas y las noches desde que se pone hasta que sale el Sol, pudiendo ocurrir el caso de que sobre esto último discrepen los calendarios, lo cual podría resolverse acudiendo al *Guía oficial de España*, y, en caso de duda, debería resolverse la cuestión en favor del obligado, como ocurre en materia penal, que se está á lo más favorable al reo.

Es de citar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Abril de 1865, que consideró válida una declaración dada en su mayor parte antes de ponerse el Sol y que se firmó después de ponerse, por ser regla de derecho que lo útil no se vicia por lo inútil.

Dicho art. 7.º se opone á lo prescrito en el 60 del Código de comercio, respecto á la computación de los meses; éste prescribe que los meses se computarán no por treinta días, sino según están designados en el Calendario gregoriano.

Esto último solamente es aplicable en materia civil si los meses se hubieran determinado por sus nombres, según prescribe dicho artículo 7.º

Para ampliar más este estudio, puede acudirse al art. 258 de la ley de Enjuiciamiento civil, que trata de las horas hábiles para las actuaciones judiciales.

Son también de citar: las Sents. de 6 de Abril de 1895 y 4 de Julio de 1905, según las cuales, para la prescripción de los delitos deben computarse los meses como de treinta días; la de 24 de Octubre de 1903, de que es ineficaz el laudo dictado después de los treinta días de la última aceptación de los amigables componedores á quienes se fijó el compromiso de un mes, y la R. O. del Ministerio de Hacienda de 15 de Abril de 1901, de que los plazos señalados por meses en el Reglamento del Impuesto de derechos reales deben computarse de fecha á fecha, y que si en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente al de la fecha en que el acto se causó, se entenderá que el plazo vence el último día del mes.

Reglas de Derecho internacional

Consagra el art. 8.º el principio de Derecho internacional llamado de existencia de todo estado nacional, por ser hoy la organización jurídica y política más alta de la humanidad.

Si las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública no fueran obligatorias para todos los que habiten en territorio español

— como dice el art. 8.º—ó mejor expresado, á los que se encuentren en España, como prescribe el Código de Costa Rica, refiriéndose al territorio de aquella república americana, sería imposible la existencia de nuestra patria; por esto hay que afirmarla, como lo hace el aludido precepto, y como lo verificaron las leyes de Partidas y restableció el R. D. de 1852 sobre extranjería y también se expresa en la Ley provisional sobre la organización del Poder judicial.

El art. 8.º concuerda con el de los Códigos de Italia y Guatemala, al señalar como obligatorias para todos los que habiten en territorio español las leyes penales, de seguridad y de policía: á estas dos últimas se limitan los de Francia, Holanda, Bolivia, Perú y otros estados.

Forma parte del territorio español la zona marítima, que comprende seis millas desde la costa, así como los buques nacionales, allí donde estén, por constituir una prolongación del estado español.

Según la ley Orgánica del Poder judicial, si los delincuentes fueren Príncipes de las familias reinantes, Presidentes ó Jefes de otros Estados, Embajadores, Ministros plenipotenciarios, Ministros residentes, Encargados de negocios extranjeros y empleados de planta en las legaciones, serán puestos á la disposición de sus gobiernos respectivos; y según el art. 336 de la misma, están sometidos á nuestras leyes penales los españoles y extranjeros que, fuera del territorio de la nación cometan los delitos que en él se expresan, contituyendo esto, por excepción, la extraterritorialidad de la ley penal, por altas razones de orden público, de la seguridad exterior é interior del Estado y del crédito é intereses de éste.

Se vacía en los arts. 9, 10 y 11 la DOCTRINA ESTATUTARIA, para resolver los conflictos que produce la aplicación de las leyes por razón del espacio, no por razón del tiempo, pues esto último dice á la retroactividad de la ley, de cuya materia nos hemos ya ocupado.

Cada nación constituye una personalidad histórica dentro de la humanidad. Siempre han existido relaciones entre los pueblos: primero las impuestas por la guerra, algunas tomando la forma de conquista, después las exigidas por los principios de la paz y de la armonía en que deben convivir los estados, principios llamados de existencia, asistencia y correspondencia, admirablemente explicados por el gran tratadista de Derecho internacional Pascual Fiore.

En el Proemio del tomo II de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» hemos presentado las distintas doctrinas que, desde diferentes puntos de vista, tratan de resolver los problemas referen-

tes á la extraterritorialidad de la ley, ya que no se ha llegado todavía á la universalización del Derecho, á lo que Bentham llama PANMONIUM, ó sea á que un mismo Código civil rija en todos los pueblos, á la generalidad jurídica de que habla Iherig con más ancha base de la que le señalara el genio portentoso de Savigny, realizándose con ello el venturoso ideal, vaticinado por Hüe, de que llegará el día en que el viajero, yendo de uno á otro polo, encuentre en todas partes las mismas leyes, la misma protección y la misma lengua.

Weis define el Derecho internacional privado diciendo que es el conjunto de reglas aplicables á las soluciones de los conflictos que pueden surgir entre dos soberanías, con ocasión de sus leyes privadas respectivas ó de los intereses privados de sus súbditos. Son solo reglas, porque no entrañan carácter obligatorio, dado que entre las naciones no existe un tribunal común, á menos de que se sometan á arbitraje, lo cual no excluye que entre ellas medien tratados, fuente muy importante del Derecho, bajo el punto de vista legislativo, pero de escasa eficacia práctica, por ser pocos los reguladores del derecho privado, lo cual hace que se acuda, en los conflictos, á la jurisprudencia de los Estados y á la doctrina de los autores, esta última desprovista de fuerza sancitiva.

El conflicto puede surgir con ocasión de leyes privadas (no las que se refieren al derecho público, pues en este caso se aplican las de cada país) ó por lesión de los intereses particulares de los súbditos, para que hallen respeto, reconocimiento y efectividad por méritos de justicia.

El Derecho internacional privado, como advierte Planas y Casals, presenta dos aspectos: el general, en orden á la resolución de los conflictos entre nación y nación, y el particular ó sea el de resolución de conflictos dentro de un estado, entre comarca y comarca; en cuyo caso, el Derecho reviste carácter inter-regional ó interprovincial ó intercantonal. De ambos se ocupa el Código y habremos de tratarlos sin grandes amplitudes.

Hemos dicho que en los arts. 10, 11 y 12 de dicho cuerpo legal se vacía la doctrina estatutaria, que fijaron los glosadores.

En el renacimiento del Derecho romano, consideróse á éste como al representante del buen sentido y de la equidad, la ley común que acompañaba á las personas; constituyendo la excepción del mismo los estatutos ó sean las leyes de las ciudades italianas, durante la Edad media, como manifestación del Derecho local, conocido en España con el nombre de Fueros.

El principio territorial fué la característica del feudalismo; como pugnase con el principio personal, hubo de buscarse una fórmula que resolviese los conflictos, y de aquí la doctrina estatutaria que tuvo en Bartolo su gran defensor y propagandista.

Como la división de los estatutos en *personal* y *real* era deficiente para la resolución de todos los conflictos, d' Argentré añadió el llamado *mixto* ó sea el que regula las formas de los actos y contratos, perfeccionándose esta teoría con la obra de varios tratadistas, llevados de sus deseos de resolver las cuestiones por la realidad planteada.

Al comercio se debe que la teoría de los estatutos lograse auge, ante la necesidad de los hombres de trasladarse de unos á otros pueblos con sus intereses; doctrina que, si en un principio tuvo marcado carácter de territorialidad, ante la gran multitud de costumbres ó legislaciones locales, vino á dulcificarse por el influjo del comercio y por exigencias de la necesidad, y en este supuesto se distinguió entre el estatuto personal y el real, este último, fundándose en la ley del suelo: *LEX REI SITE, JUS SOLI*, como derivado del principio de soberanía, sin excluir, aunque con algunas restricciones, la ley del individuo ó estatuto personal, admitida bajo la sugestiva frase de *COMITAS GENTIUM* ó cortesía de las naciones, que señala un gran progreso comparado con aquel otro principio de *LEX NON VALET EXTRA TERRITORIUM*, que aislaba á los pueblos, haciendo que se mirasen como enemigos y de una dureza solo comparable á aquella ley romana que decía *ADVERSUS HOSTEM ÆTERNA AUCTORITAS ESTO*, de suyo tiránica para los extranjeros.

Cuatro fases ha presentado la escuela estatutaria: la primera, llamada italiana, apareció en el siglo XIII, después del renacimiento del Derecho romano; en la segunda, se distinguen los autores franceses del siglo XV; en la tercera, los belgas y holandeses del siglo XVII, y en la cuarta, los escritores franceses del siglo XVIII.

Que fué un gran progreso positivo en la ciencia del Derecho, no cabe dudarlo, pues, gracias á su influjo, el principio de territorialidad de la ley se suavizó hasta el punto de abrirse paso la admisión de leyes extranjeras, á base del respeto de la soberanía territorial; pero la consagración de la ley personal, la que lleva el individuo, la que dice á su estado, condición y capacidad, para producir actos jurídicos eficaces en derecho, no podía, entonces, estar á merced de la cortesía ó de la conveniencia de las naciones, desprovisto esto de criterio científico, ni menos quedar subordinada á la opinión de los

escriitores, ante su diversidad y los distintos puntos de vista desde los cuales estudian los conflictos que crea la extraterritorialidad de la ley.

Hasta que se llegue á la comunidad jurídica, precisa establecer en el Derecho positivo de los pueblos fórmulas precisas que resuelvan tales cuestiones. En este punto, aún cuando mucho se ha progresado, adviértese gran diversidad entre los códigos de las naciones, unos inclinados hácia el principio de territorialidad, ante el interés de engrandecimiento para aumentar la población, y otros inclinados á favor de la ley personal, fundada en la nacionalidad, como el código italiano, informado en la teoría del célebre jurisconsulto Mancini, para quien el Derecho civil privado ha de ser siempre el nacional, subdividido en dos partes: una relativa á las relaciones necesarias, como la capacidad y las de orden familiar, y otra voluntaria concerniente á los bienes, pudiendo el individuo adoptar, en ésta, reglas distintas de las de su legislación.

Pues bien, nuestro Código, que se ha separado de la teoría llamada de *SENTENTIÆ RECEPTÆ* defendida por Zacariæ, Pfeiffer y Gaud, porque los fallos de los Tribunales no son fuente de derecho, pues solo tienen un valor interpretativo, aparte de que es incompleta, dado que deja sin resolver los casos no planteados en forma de contienda judicial, así como no ha aceptado la teoría de los jurisconsultos alemanes, entre éstos la de Schöffner de que toda relación jurídica debe ser juzgada según las leyes del lugar en que ha tomado existencia; así como no ha admitido en toda su extensión la teoría de Savigny, quien busca en cada relación de derecho el dominio jurídico á que la misma pertenece por su naturaleza, determinándolo por el domicilio, el lugar de la cosa, el del acto jurídico ó el del tribunal que ha de conocer del asunto, y en suma, ya que tampoco ha aceptado la teoría de la reciprocidad, por carecer de base de justicia, ha venido á trazar reglas que, extraídas de la escuela estatutaria, revisten la mayor perfección dentro de las corrientes modernas en la legislación positiva de los países, sin llegar á las conclusiones establecidas por Mancini, preconizadoras de la personalidad del Derecho.

Se supone que cada ciudadano conoce las leyes de su país, puesto que la ignorancia de ellas no le excusa de su cumplimiento, y de aquí que le sigan las que se refieren á su estado, condición y capacidad legal, cuando transpase la frontera.

Así es, que la capacidad legal no limitada por razón de edad,

sexo, pena, etc. y dentro de ésta, la exigida para contraer matrimonio y los requisitos para el divorcio, se rigen, respecto de los españoles, por su ley nacional, debiendo resolverse con arreglo al estatuto personal las cuestiones referentes á la capacidad de la mujer para adquirir por título oneroso ó lucrativo, enajenar sus bienes y obligarse, lo cual no puede hacer sin licencia marital; las relativas á la patria potestad respecto de la persona de los hijos y el usufructo que corresponda á los padres; las referentes á tutela, por ser una institución cuasi familiar, bien que, en esto, se ha separado la Corte suprema de la Carolina del Norte en los Estados Unidos, al resolver que, para la administración de los bienes inmuebles del menor debe constituirse la tutela con arreglo á las leyes del país donde aquéllos se hallen situados, doctrina que rompe la unidad de esa institución protectora, frente á la cual, aparece la doctrina de la Dirección general de los Registros de 7 de Diciembre de 1894, declarando que este punto debe regirse por la ley nacional del menor, aún cuando haya de contratarse sobre bienes sitios en país distinto.

El art. 9.º tiene por precedentes, entre otras sentencias del Tribunal Supremo, las de 13 de Enero y 12 de Mayo de 1885, y la muy importante de 24 de Mayo de 1886, declaratoria de que por el estatuto personal debe regularse todo lo relativo al estado y capacidad de las personas, mientras no afecte al orden público. De manera que lo relativo á los efectos del divorcio y nulidad del matrimonio no puede alterar el orden público del país al cual se lleve, siendo también de citar la Sent. de 26 de Mayo de 1887, en la que, siguiéndose el criterio de la ley de Partidas, se dijo que el derecho extranjero debe probarse, por ser un hecho, y de aquí que se presenten en los pleitos, donde se invoca la ley personal, dictámenes de letrados del país respectivo.

Se rigen también por el estatuto personal los bienes, muebles ó sea por el de su propietario, puesto que se consideran como una ampliación de la personalidad: *PERSONAL PROPERTY HA NON LOCATY*, como dice la ley nacional inglesa.

La escuela de los glosadores distinguió, en orden á qué ley debe regir los bienes, entre muebles é inmuebles, sujetando los primeros—como dice Ouhier—á la de su propietario: *MOBILIA PERSONAM SEQUNTUR*.

Respecto de los bienes inmuebles se rigen éstos por el estatuto real: *LEX REI SITÆ*, por cuanto forman parte del territorio en que

radican, en el cual tiene el Soberano el dominio eminente, en el sentido que da Portalis á esta palabra, de facultad del Poder público de regular por leyes civiles la disposición de los bienes, de gravarlos con impuestos proporcionados á las necesidades públicas y disponer de ellos por causa de utilidad social, mediante la debida indemnización al propietario.

Como hicimos notar en el Proemio del tomo II de nuestra citada obra «Derecho Hipotecario y Notarial» esa distinción entre bienes, en orden á qué ley les es aplicable, no es científica, y, para demostrarlo, hicimos allí algunas consideraciones, recogiendo el sentir de Wacchter, Asser, Savigny y Fiore.

El art. 10 del Código, determinador de la ley que regula los bienes inmuebles, se ha separado de la opinión de varios tratadistas de Derecho internacional privado, acordes en que debe respetarse la libertad de las partes, cuando sus actos jurídicos constituyen derechos reales.

Dicho precepto, se funda, no sólo en la máxima *LEX REI SITÆ*, ó *LEX LOCI*, de la escuela estatutaria, si que en la Sent. de 21 de Enero de 1874, declaratoria, en contra de aquél sentir, de que la eficacia de los contratos ó actos que afectan directamente á la propiedad inmueble, se regula por la ley del estatuto real.

Pero el art. 10 establece una excepción, cuando prescribe que las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como á la cuantía de los derechos sucesorios y á la validez intrínseca de sus disposiciones, se regulan por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Fúndase esta desviación del principio de territorialidad, en que no puede dividirse la unidad y la universalidad de la herencia, pues sería absurdo é injusto, por añadidura, que la sucesión hereditaria, la transmisión de los bienes por causa de muerte, ora fundada en la ley, ora en el testamento, se sujetase á distintas legislaciones, tantas cuantos fuesen los pueblos en cuyos territorios radicasen los bienes.

Para prevenir este contrasentido, se establece la unidad de sucesión, haciendo que la ley nacional del causante de la herencia regule el orden de suceder, cuantía de los derechos sucesorios y validez intrínseca de las disposiciones testamentarias, no la extrínseca, puesto que respecto á ésta, rige el estatuto formal.

A la palabra «cuantía», empleada en dicho artículo, se le debe dar el sentido, no de cantidad de los derechos sucesorios, sino la de

suma de condiciones de éstos, como declaró en el Senado el presidente de la Comisión, cuando se discutieron las modificaciones del Código.

Gran progreso se ha operado en materia sucesoria respecto de los derechos del extranjero: entre el derecho de Aubana, Albanaje, ó Albinajo, síntesis del estado jurídico del extranjero en los tiempos medioevales, que privaba á aquél de la facultad de testar, declarando libres sus bienes, que volvían al señor de la tierra ó al fisco, en cuyo país había fallecido el extranjero, con exclusión absoluta de sus herederos legítimos, y la facultad que hoy tienen de dejar sus bienes, supliendo su voluntad la ley nacional, reguladora de todo cuanto dicho artículo del Código establece, media un gran abismo que la humanidad ha podido salvar á fuer de la cultura y del triunfo que ha alcanzado el Derecho público moderno.

Termina el art. 10 diciendo, que los vizcainos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos en cuanto á los bienes que posean en la tierra llana á la ley 15, tít. XX del Fuero de Vizcaya.

El Código civil aplica en esta parte del precepto la máxima *LEX REI SITÆ*, respecto á las tierras y demás bienes raíces situados en la tierra llana ó infanzonado, donde rige dicha ley 15, título XX del Fuero en favor de los vizcainos, no siendo aplicable ese principio de unidad de sucesión á que se refiere el mismo precepto.

Estudiando el art. 11, vemos que en él se vacía la doctrina del estatuto formal, cuya fórmula es *LOCUS REGIT ACTUM*, toda vez que al otorgante de un acto ó contrato en el extranjero, no le es fácil que pueda revestirlo de las solemnidades prescritas por su ley nacional.

Habiendo funcionarios diplomáticos ó consulares de nuestro país en el extranjero, los españoles pueden optar entre otorgar los actos ante estos representantes ó ante el funcionario competente de aquel estado: si lo primero, en el otorgamiento se observarán las solemnidades establecidas por las leyes españolas; si lo segundo, las del país en que tengan lugar los actos ó contratos.

La disposición del art. 11 es potestativa, y cualquiera que sea la intención de los otorgantes en el extranjero, siendo españoles, lo mismo pueden acudir á los funcionarios diplomáticos ó consulares de nuestra nación que á los de aquélla en que se hallen.

Pero esa amplitud no puede ser absoluta, porque padecería la soberanía del Estado, y de aquí que, según lo dispuesto en los artículos 10 y 11, las leyes prohibitivas concernientes á las personas,

sus actos ó sus bienes y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes ó sentencias dictadas, ni por disposiciones ó convenciones acordadas en país extranjero; que á tanto obliga, además, ese principio de existencia, uno de los tres sobre los cuales descansa, como hemos dicho, el Derecho internacional privado.

Respecto á la validez de los documentos otorgados en el extranjero, puede consultarse el art. 600 de la ley de Enjuiciamiento civil. En nuestra citada obra, nos hemos ocupado de todo lo referente á traducciones, legalizaciones de documentos, así como á la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Examen del artículo 12

Como muy juiciosamente dice el ilustrado escritor jurídico don Juan Martí y Miralles en su hermoso folleto «Estudio sobre el artículo 12 del Código civil», es impropia la palabra «legislación foral» porque las comarcas en donde rige «la tienen en uso de su legítima é indiscutible independencia ó soberanía y que en manera alguna la deben á liberalidad de la patria común sino al derecho, que á su vida jurídica conservaron al entrar á formar parte integrante de la nacionalidad española».

Inmensa é indecible satisfacción producen en nuestro ánimo las sinceras palabras arriba transcritas. El Sr. Martí, en su justísima protesta contra esa vulgar expresión llevada al Código, «legislación foral», desliza el sentimiento sacrosanto del españolismo, hablándonos de la patria común. Claro que, en estos tiempos de indisciplina social, como dijo en uno de sus hermosos discursos el eminente Cambó, de separatismo teórico vergonzante, más ó menos cauteloso, conforta el corazón de todo buen español el apelamiento al patriotismo, el oír hablar de la patria común, ante cuyo altar todas las regiones deben deponer, no enemigas, porque éstas jamás han existido, ni pueden existir, ni prevalecer, sí que fundados ó gratuitos resquemores.

La ilustre Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona dió años atrás, á la frase «derecho foral» no el sentido y alcance de derecho excepcional, sino el de legislación civil de los territorios, distinta de la de Castilla, y ciertamente que el discernimiento y aclaración de este punto es de capitalísima importancia para la

inteligencia y aplicación del art. 12 del Código, porque, siguiendo el autorizado sentir de tan docta corporación, no deben regir en Cataluña y demás comarcas de derecho propio las modificaciones que dicho cuerpo legal ha introducido en las leyes posteriores al Decreto de Nueva Planta que ya tenían carácter general para toda la Monarquía, por ejemplo, en materia de aguas, minas, propiedad intelectual, registro de la propiedad, pruebas de las obligaciones y registro civil.

Sin propósito de extendernos demasiado en este problema, nuestra opinión coincide con la del Sr. Martí Miralles, en el sentido de que las disposiciones de dichas leyes, que, en parte, ha derogado el Código, no subsisten vigentes en los expresados territorios, debiéndose estar á lo determinado por este cuerpo legal, porque teniendo el carácter de leyes generales, obligan en toda España con las modificaciones que, en uso de su soberanía, ha tenido á bien introducir en ellas el Legislador; éste solo ha respetado «por ahora» el derecho foral, el que es privativo de Cataluña, Aragón, Navarra, Baleares y Vizcaya anterior á los decretos que privaron á sus Cortes de la potestad de legislar, ó mejor, incorporaron esos territorios á la soberanía del Monarca, porque, de no ser así, se daría el contrasentido de qué leyes de carácter general, como la hipotecaria de 1869, la de aguas de 1879 etc., por gracia del Código, al modificarlas se convirtieran en leyes de excepción en esos territorios, al igual que las constitutivas de su régimen civil que les fué respetado por las consideraciones políticas é históricas de que hemos tratado.

Como dice, muy acertadamente, el Sr. Martí Miralles, es impropio llamar Derecho foral, á las leyes que se han sancionado para toda España después que cesaron de darse leyes particulares los distintos estados componentes de la nacionalidad española, y que en ninguna parte ni en ningún tratado se califican de derecho foral la ley Hipotecaria, la de Enjuiciamiento civil ó el Código de Comercio, sin que nadie haya llamado forales á las leyes desvinculadoras, á las de aguas, minas, registro y matrimonio civil, por más que todas hayan tenido aplicación y vigor en los territorios llamados aforados.

La Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona, en demostración de su tesis de que por derecho foral debe entenderse todo el que antes del Código civil regía en los territorios llamados, impropriamente, aforados, dijo que es atribuir al Legislador un error gravísimo el suponer que, con la frase «derecho foral, sólo quiso re-

ferirse á los preceptos jurídicos *exclusivos*, porque se daría el absurdo de suponer que en Cataluña existen dos derechos y dos legislaciones distintas, una foral y otra general, lo cual es inadmisibile en buenos principios científicos, pues un pueblo no ha tenido ni tendrá dos derechos, aunque tenga distintas fuentes de éstos, consistentes en cuerpos legales antiquísimos ó en leyes sueltas ó aisladas más modernas.

Rebatiendo este argumento, Martí Miralles dice textualmente lo que sigue: «Salta á la vista, sin embargo, la *amfibología* á que la Academia se acogió al abroquelarse detrás del principio de la *unidad* legislativa de los pueblos.

Porque es evidente que esa idea de *unidad* debe acompañar á la legislación de todos los pueblos por una razón metafísica, porque, por diversos que sean los componentes de una legislación, por distintas que sean las leyes que la compongan, y aún por muchos y diversos que sean los cuerpos legales que la integren, como sucede precisamente en la legislación de Cataluña, al considerar el *todo* que las partes forman, al mirar el conjunto de esos mismos elementos, forzosamente hemos de afirmar que el conjunto, que el todo es *uno*, pues si no lo fuera, ya no sería el uno ó el todo; lo cual ciertamente habríamos de reconocer también, aunque por distinción de castas ó de razas, hubiese leyes distintas para cada una de ellas en un mismo pueblo; pues en este caso, aunque á la Academia le parezca que cabría afirmar lo de las dos legislaciones, es lo cierto que al conjunto de unas y otras leyes habríamos de reconocerle esa unidad, que para este caso, parece que se niega el dictámen».

El docto Comas, estudiando el art. 12 del Código—que califica de vago—á propósito de las palabras en él empleadas «sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito ó consuetudinario», dice en la pág. 267 del tomo I de su obra «Revisión del Código civil» lo que sigue: «Sin duda se creyó bastante, para atender á este particular, disponer en el párrafo 2.º del art. 12, no solo que las provincias y territorios de Derecho foral lo conservarían en toda su integridad, sino también que esto tendría lugar sin que sufriese alteración su actual régimen jurídico, como si se quisiera dar á entender que á pesar del Código, y salvo los dos títulos á que hace referencia el párrafo primero de dicho art. 12, subsistiría el respectivo régimen jurídico de las provincias ó territorios aforados, tanto en lo referente al Derecho foral, como en lo relativo al Derecho común, que por entonces se hallaba también en ellos vigente.

Mas aunque este criterio, al parecer ajustado á lo dispuesto en el Código, pudiera servir para mantener la eficacia de toda aquella parte del Derecho común que, como de general observancia, se había incorporado ya al Derecho civil vigente en los países forales, sobre todo preceptuando como preceptúa igualmente dicho párrafo segundo que respecto á lo no comprendido en el primero rija el Código tan solo como derecho supletorio, y aún esto en defecto del que lo sea en cada una de dichas provincias ó territorios por sus leyes especiales, es lo cierto que, mediante la referida eficacia, aquella parte del derecho común español vendría á quedar convertida, por las propias disposiciones del Código, en Derecho común especial de las regiones forales».

En evitación de que en materia civil exista un federalismo dentro de la unidad política de la patria, lo cual se produciría con el error de considerar vigentes en los territorios aforados las leyes de carácter general modificadas por el Código civil, Comas apoya el sentir de Martí Miralles—que es á la vez el nuestro—y presenta cinco elementos legislativos para determinar el propio y particular derecho que no sea el de Aragón y Baleares, á saber: 1.º Derecho general por disposición legal expresa (el título preliminar y el título 4.º del Código civil, art. 12 del mismo). 2.º Derecho general por efecto derogatorio (las disposiciones del Código que modifican las leyes generales del Reino anteriores á su publicación, que constituían ya parte del régimen jurídico de dichos territorios ó provincias, art. 1.976). 3.º Derecho especial regional (el derecho foral de cada provincia ó territorio con propia legislación civil). 4.º Derecho supletorio regional (el peculiar á cada región, según su derecho foral ó sus leyes especiales). 5.º Derecho supletorio común ó sea el supletorio de su particular derecho supletorio (Código civil).

No vemos, de acuerdo con Martí Miralles, que las palabras «sin que sufra alteración su actual régimen jurídico» se presten á la conclusión de tenerse que reconocer, quizás por mala redacción del art. 12, que en los territorios aforados no obligue el Código civil respecto de las reformas de leyes generales, teniéndose éstas por subsistentes, no obstante aquel cuerpo legal.

Aparte de las razones expuestas, haciendo un estudio lexicológico de ese art. 12, adviértese que el posesivo «su», referido al «actual régimen jurídico escrito ó consuetudinario» denota, no la legislación vigente en aquellos territorios cuando se publicó el Código

civil, si que su derecho *privativo, exclusivo* que se conserva interinamente, derecho que lo mismo es el escrito que el consuetudinario, anterior el primero de éstos á la fecha en que perdieron aquéllos su facultad de legislarse. Ese posesivo «su» denota, á la vez que posesión, procedencia y claro que respecto á Cataluña, por ejemplo, la ley Hipotecaria, la de Aguas, etc., no procedieron de sus Cortes, sino del Parlamento español, sancionadas por el poder real, en una palabra, por quien tiene y ejerce soberanía.

Teniendo esas leyes y otras por fuente de origen las Cortes de la Monarquía, no las de los territorios aforados y revistiendo carácter general, quien las dió podía reformarlas en el Código, reforma que obliga á los habitantes de éstas, porque de lo contrario daríase el absurdo de claudicar en el mismo Código el principio de generalidad y de atracción que lo informa, así como su ley de Bases; sin que sea parte á destruir este argumento la observación hecha por la Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona de que la interinidad en que fué colocada la vigencia del Derecho foral, suspendido de la palabra «por ahora», autoriza á considerar en ese estado en dichos territorios las leyes generales de la Monarquía, sin sufrir modificación alguna por el Código, pues si esto fuese cierto, se daría el absurdo de que, tratándose, no de una legislación excepcional, si que de leyes generales, se rigieren los españoles por leyes distintas, á pesar de que tienen éstas una misma fuente de origen y de sanción.

El Tribunal Supremo de Justicia ha venido á decir qué se entiende por régimen foral y cual es su extensión, y al efecto podemos citar, entre muchas sentencias, la de 11 de Junio de 1894, según la que: el discernimiento y ejercicio del cargo de tutor en Cataluña tiene que acomodarse á las prescripciones del Código civil, doctrina que se confirmó por la de 12 de Febrero de 1897, habiéndose declarado por la de 6 de Noviembre de 1902, que no puede sostenerse la subsistencia en Navarra de la ley de matrimonio civil por virtud de lo dispuesto en el art. 12 del Código, porque éste mantiene sólo el Derecho foral, pero no el común que antes regía para determinadas materias, siendo conveniente citar, porque explica mejor el punto objeto de estudio, la de 8 de Junio de 1904, declaratoria de que se entiende por régimen foral, según constante jurisprudencia del Supremo, el establecido en las provincias y territorios españoles que no haya sido derogado ó modificado por leyes ó disposiciones de carácter general obligatorio.

Para resolver, sin ningún linaje de apasionamientos y con un criterio de razón, los múltiples problemas que suscita la obscura y vaga redacción del art. 12, fuerza es señalar el verdadero significado de las palabras «régimen jurídico».

De cuantos comentaristas y escritores en estas materias hemos consultado, ninguno nos ha complacido tanto, con su sagacidad de juicio, como Martí Miralles, espíritu abierto á lo controversia que no pone en su pluma ninguna exageración regionalista, aunque no reniega de las instituciones jurídicas de Cataluña, de cuyo territorio es hijo preclaro, antes defiende su consagración y vigencia, por constituir un legado histórico, producto de la libertad de antaño, divorciada de la libertad radicalista, demoledora é igualitaria del presente, que predica, por haberlo tomado de Francia, la unificación del Derecho civil español.

Dice, en tal respecto, dicho escritor, que el régimen jurídico, lo constituye el conjunto ó suma total de las leyes, costumbres, doctrina legal, jurisprudencia etc.: es decir, el estado jurídico en su aspecto positivo, y que éste no es otra cosa que la manera de ser de los pueblos con relación al derecho en su sentido más amplio y lato.

De modo que *estado jurídico* es voz genérica, en tanto que *régimen jurídico*, vocablo específico, distinción ésta de suma importancia que señala el verdadero sentido y alcance del art. 12 del Código. Dijera éste que sus disposiciones no alterarían el estado jurídico de los territorios aforados, y claro que, por respeto al mismo, no prevalecerían en ellos—como en los demás que se rigen por aquel cuerpo legal—entre otras instituciones, el contrato de seguro civil, el testamento ológrafo, retracto legal de aledaños, las cuales, sin entrar á discernir acerca de su bondad y conveniencia, no existirían en aquellas regiones, por lo mismo que se hallan privadas de su potestad legislativa desde que fueron incorporadas á la soberanía jurídica del estado nacional, resultando que, por la obstinación de defender una mal entendida integridad del régimen de derecho escrito y consuetudinario, los habitantes de aquéllas regiones no recibirían los beneficios de tales instituciones.

Esto sería por demás injusto; que al fin y la postre españoles son todos. Ante la vida del derecho, su biología, viendo en éste, no sólo lo esencial y permanente, que es la justicia, sí que lo histórico, accidental y transitorio, troquelado por la utilidad pública, no cabe que los habitantes de los territorios aforados sufran, por su terquedad, una á modo de *CAPITIS DIMINUTIO*, que les achique y deprima

frente á los que obtienen con el Código los beneficios de instituciones que aporta el progreso á la literatura jurídica de la patria común.

Por esto Martí Miralles, fijando al sentido gramatical de las palabras «Derecho supletorio», dice; «que es: aquel que tiene por objeto cumplir, integrar otro derecho, aquél que se pone en lugar de otro para regular todo aquello que el otro no regula» y añade que «un derecho que tenga el carácter de supletorio, como por ejemplo el Código civil, que lo es del Derecho catalán y sus supletorios, no sólo ha de tener aplicación en aquellas instituciones en que sea necesario su concurso para que queden cumplida é íntegramente desarrolladas, sino que también en todos aquellos otros casos en que dicho Código desarrolle lo no desarrollado, regule lo no regulado por el Derecho catalán y sus supletorios».

La legislación indígena puede ser insuficiente para regular las instituciones impuestas por la realidad de la vida, y, en verdad, que no se atenta contra el Derecho tradicional, ni se profana la libertad histórica por cuyos favores y á cuya sombra, surgieron los fueros como cristalizaciones de la conciencia jurídica á través de los siglos, con la aplicación supletoria del Código civil, en defecto del que aquellas tengan, porque tales instituciones son por completo extrañas, introducen novedad en el derecho privativo de ciertos territorios, especialmente el Principado catalán, donde, antes de regir el Código civil no se conocía ni el retracto de colindantes, ni el seguro civil, ni el testamento ológrafo.

¿Qué valor tiene la costumbre en la Legislación foral?

Partamos de este fundamental supuesto: El régimen jurídico de un país queda integrado por el Derecho escrito y el consuetudinario; el primero, reflexivo, que parte del Soberano en forma de leyes; el segundo, espontáneo, que surge de las entrañas del pueblo, el legislador anónimo. El derecho escrito es—como digimos en el Proemio del libro I de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial», presentando la cristalización jurídica—el mineral cristalizado, con regularidad interna y externa, en tanto que la costumbre es el mineral cristalino, con regularidad interna, pero no externa, á diferencia del uso que viene á ser el producto amorfo; símil que hicimos al consignar, dentro de los principios de la escuela histórica, que el Derecho, como conjunto de leyes, costumbres y usos, constituye un derivado de la conciencia social, no reñido con los eternos principios de justicia, ni con las exigencias de la utilidad pública y dirigido siempre é irremisiblemente al bien común.

El art. 12 del Código, respeta el régimen jurídico, tanto escrito como consuetudinario. ¿Cuál es este último? Sin duda, lo mismo el contrario al fuero como el que lo suple, lo aclara ó lo interpreta.

Esas costumbres contra fuero, á más de fuero y con arreglo á fuero, gozan de prelación respecto del articulado del Código civil, en todo lo que no sea lo comprendido en los títulos preliminar y IV de éste, ó no constituya materia regulada por leyes generales de obligatoria observancia en todas las regiones integrantes de la nacionalidad española, siendo de citar, por la poderosa luz que sobre este punto arroja, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 1.º de Abril de 1891, según la que, el estado de derecho constituido por leyes ó por costumbres en territorios forales, debe respetarse íntegramente, y observándose en Navarra la costumbre inmemorial contra el Fuero ó su Amejoramiento de que empiece la mayor edad á los 25 años, debe respetarse tal costumbre, no siendo aplicable el Código civil.

De manera que, según esta doctrina, vale la costumbre contra fuero, pero en cambio no prevalece la que es contraria á ley de carácter general y obligatoria en todas las regiones, ni la contraria al Código civil donde éste rige como fuente directa, dado lo terminante de su art. 5.º, informado en el principio de la soberanía de la ley, como hemos dicho en otro capítulo.

En ese art. 12 se sienta el principio de que las disposiciones de su título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y de las reglas generales para su aplicación, así como también las del título IV, son obligatorias en todas las provincias del Reino. De manera que, en este punto, por lo que á dichos capítulos se refiere, existe la uniformidad en el Derecho civil.

Y cuenta que la aplicación del tít. IV de dicho cuerpo legal en los territorios aforados ha modificado por tabla—y hasta podría decirse, insidiosamente, salvando los debidos respetos al legislador—parte del régimen de éstos, no ya solo por las disposiciones en aquel contenidas, si que por su poder de atracción, que lo vemos desenvuelto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la Dirección general de los Registros, como veremos al estudiar las instituciones forales al ponerlas en íntima relación con las del derecho común, impropriamente llamado castellano.

Como hemos expuesto, el Código respeta, en toda su integridad, el régimen escrito ó consuetudinario propio de los territorios aforados. Además, este cuerpo legal rige como supletorio, en defecto

del que lo sea en cada una de aquellas provincias y territorios por sus leyes especiales.

No terminaremos este comentario sin citar la Sent. de 12 de Enero de 1910, declaratoria de que es inaplicable el art. 12 del Código civil, y con éste la ley PRO DIVERSIS, conocida en Cataluña por ley Anastasiana (según ésta los compradores de pleitos no podrán exigir del deudor más que lo que hubiesen satisfecho para obtener la cesión), tratándose de un crédito no litigioso que, á la vez, es hipotecario, cuya cesión se ajustó á lo dispuesto en el art. 153 de la ley Hipotecaria.

De donde resulta que, tanto por la naturaleza del crédito como por su forma de transmisión, se ajustó á lo prescrito por la ley general, cual es la Hipotecaria; la ley Anastasiana, presidida por un espíritu ético, no podía aplicarse en el caso objeto de litigio.

Examen del artículo 13

Constituye éste una excepción del 12, al disponer que el Código empezará á regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

De manera que, en las regiones aragonesa y balear, no existe otro derecho supletorio que el contenido en el Código civil, al contrario de lo que en Cataluña y Navarra.

En contra de la opinión de algunos escritores jurídicos sostenemos, de acuerdo con Manresa, que el Derecho catalán no es supletorio del balear, pues, dentro de un estado, el régimen foral, habiendo régimen general, no puede suplir á otro del mismo orden.

Como digimos en el Proemio, el derecho supletorio al foral de Vizcaya es el Código civil, no el antiguo derecho de Castilla, porque ha sido derogado por el art. 1.976 de aquél. Lo que no vale como fuente jurídica-directa, mal puede tener aplicación como supletoria.

Estudio del artículo 14

Debido á la claridad con que se halla redactado, su inteligencia apenas si suscita duda alguna.

El contenido de los arts. 9, 10 y 11, que vacían la doctrina estatutaria, aunque perfeccionada por la influencia que ha ejercido la escuela italiana, es aplicable en los conflictos de derecho interprovincial ó inter-regional, como lo llama el notable tratadista D. Juan de Dios Trías, respecto á las personas, los actos y los bienes de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil, y cuenta que la palabra «provincia» está bien aplicada específicamente, pues lo genérico es el territorio, porque aún cuando las provincias son divisiones administrativas, no naturales ni históricas, como los municipios y las regiones, ocurre que Vizcaya no es ningún reino; constituye solo provincia, parte de la cual que forma el infanzonado, tierra llana ó anteiglesias, tiene su legislación foral, por la cual también se rigen otros pueblos de su limítrofe la provincia de Alava. De donde resulta que, si el Código hubiera empleado la palabra «regiones», al respetar su derecho foral, no hubiera estado en lo cierto, dada esa circunstancia de que Vizcaya no tiene esa consideración regional.

Por esto entendemos más apropiadas que las palabras derecho inter-regional y derecho inter-provincial, las de derecho inter-territorial, pues lo mismo comprenden el territorio las regiones que las provincias.

Juicio acerca del artículo 13

Este precepto, que es de una importancia capitalísima, encierra grandes dudas y su inteligencia ha provocado muchas polémicas en el Parlamento, en la Cátedra y en la Prensa.

En el Parlamento, porque, apenas publicada la primera edición del Código, en Octubre del año 1888, vióse la tendencia marcada de reducir la acción de las legislaciones forales, cuya relativa integridad respetó el legislador.

Se decía en ese artículo que el Derecho común se aplicaría á todos los que hubiesen nacido en territorio regido por el mismo, sin que pudiese á tan rotundo ordenamiento excepción alguna; de suerte que el Legislador consagró y dió forma legal al principio del *JUS SOLI*, sobreponiéndolo al *JUS SANGUINIS*; así, el hijo de un catalán nacido en Madrid quedaba sujeto al Derecho común y no al de sus padres.

Había necesidad de poner una excepción á este precepto, tal como se hallaba escrito, para que no existiera la anomalía de que en una misma familia, constituída por padres é hijos hubiesen dos

legislaciones diferentes reguladoras de sus derechos y obligaciones, y por esto, consagrándose el principio llamado del *JUS SANGUINIS*, se dice: que en tanto esos hijos se sujetan al derecho común, en cuanto sus padres, durante la menor edad de aquéllos ó los mismos hijos, dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación, declaren que es su voluntad someterse al Código civil.

De consiguiente, faltando esas declaraciones expresas y formales ora de los padres, ora de los hijos, cuando éstos han salido de la patria potestad por mayoría de edad ó por emancipación, cualquiera que esta sea (pues donde la *ley* no distingue no es lícito distinguir) el hijo de padres sujetos á régimen foral se rige por este último y no por el Código civil, aunque haya nacido en territorio de derecho común, pues el nacimiento es un fenómeno accidental y no puede constituir un supuesto absoluto en que quepa estribar un estado de derecho, cuando no va acompañado de declaraciones voluntarias de sumisión, á lo que se llama *JUS VOLUNTATIS*.

En el párrafo 2.º de dicho art. 15 vemos, también, establecido el principio del *JUS SANGUINIS* sin subordinación al *JUS SOLI*, por declaraciones ni de los padres, ni de los hijos. Con efecto; los derechos y deberes de familia; los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada ó intestada declarados en el Código, son aplicables á los hijos de padre, y, no existiendo éste ó siendo desconocido, de madre pertenecientes á provincias ó territorios de derecho común, aunque hubiesen nacido en provincias ó territorios donde subsista el derecho foral.

De forma que está sujeto al derecho común el nacido en Barcelona de padre que sea madrileño, por ejemplo, sin que puedan hacer ni aquél ni éste esas declaraciones de aceptar el derecho catalán, cosa permitida al hijo de padres barceloneses, nacido en Madrid.

Pero esto lo modifica el último párrafo del art. 15 que establece la reciprocidad.

El Código parte de la base de que los hijos legítimos siguen la condición del padre y los ilegítimos la de la madre, salvo el reconocimiento formal ó legitimación del padre, necesario para que sigan su condición, como hace observar muy juiciosamente Planas y Casals, cuyas son estas escritas palabras:

«Con efecto; puede darse el caso de que el nacido en Barcelona sea de madre castellana; pero de padre catalán desconocido; mientras éste no le reconozca, aquél, por imperio del principio del *JUS SANGUINIS*, se halla sujeto al Derecho común, pero si el padre le

reconoce, por ser éste catalán, entra bajo el régimen foral de Cataluña; de donde resulta que por un acto extraño al hijo éste cambia de régimen de derecho; mientras su padre era desconocido le eran aplicables las disposiciones del Código civil y tan luego se le reconoce en la inscripción del Registro ó por documento notarial, queda sujeto al Derecho catalán, sin que pueda considerarse esto, de todo punto irregular por más que se preste á fraudes, porque también por un acto de los padres, el nacido en territorio de derecho común queda sujeto á éste y no al que tenían los autores de su existencia, produciéndose también un cambio en la aplicación de las leyes á tales hijos».

Si no se hubiese escrito el párrafo último del art. 15, estaría deprimida la legislación foral por el párrafo 3.º del mismo, preceptivo de que sus disposiciones son aplicables á los que, procediendo de provincias ó territorios forales, hubiesen ganado vecindad en otros sujetos al derecho común.

Aquí se consagra el principio del *JUS VOLUNTATIS* en sus dos formas: de voluntad expresa y voluntad presunta. Se gana vecindad por la residencia de diez años en provincias ó territorios de derecho común, á no ser que antes de terminar este plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario.

El Real decreto de 12 de Junio de 1899 vino á corregir una injusticia, dando al último párrafo del art. 15 una extensión muy razonable, al disponer que los artículos en él comprendidos, se entenderán de recíproca aplicación á las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil.

La voluntad presunta aparece consagrada por la residencia de diez años en provincias ó territorios de derecho común, cuando, antes de mediar este plazo, el interesado no manifieste su voluntad en contrario, porque, sabedor de la ley, ha podido manifestar que quería continuar sujeto á su legislación foral; ese plazo, según prescribe dicho Real decreto, se contará, respecto de los que á la publicación de la edición reformada del Código civil se hallasen residiendo en provincias ó en territorios que no sean los de origen ó nacimiento, sin haber ganado en ellos vecindad civil—con arreglo al derecho antiguo desde el 17 de Agosto de 1889—y respecto de los menores de edad no emancipados legalmente, desde el día que cumplan la mayor edad con arreglo á la legislación á que estaban sometidos, al tiempo del fallecimiento de sus padres, y en cuanto á los dementes y pródigos declarados por sentencia firme, desde que, en

virtud de declaración judicial, haya cesado la causa de su incapacidad.

A juzgar por las reglas que traza dicha soberana disposición, resplandece en ella el pensamiento de que la voluntad, bajo cuyo influjo se entra en un régimen distinto del que se tenía, sea completa, sin sombra de restricción por razón de edad, enfermedad ó pena, y no es solo esto, sino que esa voluntad debe expresarse con la mayor solemnidad, nunca dejarla al capricho, ni á la simulación, toda vez que las declaraciones ó manifestaciones que hagan los interesados, deberán estar formuladas por éstos ó por sus mandatarios con poder especial, en acta ante el Juez municipal del pueblo de su residencia y revistiendo la forma de inscripción en el libro denominado de Ciudadanía y de Vecindad civil.

La voluntad expresa, para ganar la vecindad, consiste en la manifestación que, en la forma indicada, debe hacer el interesado que resida dos años en el lugar donde rija el derecho común.

Ciertamente que ese respeto á la voluntad presunta ó expresa, puede ser motivo de difíciles cuestiones, para cuya solución precisa tener sano criterio. Presentaremos algunas:

Prescribiendo el párrafo 3.º del art. 15 que la mujer seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados la de su padre, y á falta de éste la de su madre, supongamos que un matrimonio sujeto á la legislación común, bajo el régimen de gananciales, se traslada á Barcelona en donde el marido, por la residencia de dos años continuos, hace la declaración de que quiere, como tal vecino, sujetarse á la legislación foral, cuyo sistema jurídico-económico familiar es el dotal, y se pregunta: ¿Con ese cambio de derecho, pueden sufrir perjuicio los intereses de la mujer á quien por la ley común le corresponde la mitad de las ganancias ó conquistas á la disolución de la sociedad conyugal? En modo alguno, porque al unirse en vínculo matrimonial, había adquirido un derecho del cual no puede ser despojada por un acto ajeno á su voluntad.

Puede ocurrir, también, que un matrimonio catalán se traslade á Aragón y que el marido haga esa manifestación de vecindad, adquiriendo de este modo, él ó su esposa, á la muerte de uno de éstos, el usufructo que no le concede, salvo capitulación, el Derecho catalán.

Los hijos de padres castellanos pueden considerarse perjudicados en sus legítimas por razón de la cuantía de éstas, si sus padres se hacen catalanes y mucho más si ganan la vecindad en Navarra donde existe la libertad de testar; siendo esto un punto muy discu-

tible, pues se reduce á saber si, viviendo los padres, tienen los hijos derechos sucesorios ó tan solo esperanzas de heredar. Nosotros nos inclinamos á esto último, no sin reconocer la dificultad que entraña este problema, siendo de citar la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1899, por la relación más ó menos mediata que guarda con nuestro sentir, declaratoria de que, habiendo dejado de ser aforada una persona antes de la publicación del Código civil, no pueden aplicarse á la sucesión de la misma otros preceptos que los de la legislación común. De lo cual se sigue que, adquirida la vecindad civil, las leyes que regulan el derecho sucesorio son las del país al cual se halla sometida la persona causante de la herencia, en uso del *JUS VOLUNTATIS* consagrado por el art. 15 del Código.

Decían los romanos *UBI BENE, IBI PATRIA*, para dar á entender que donde se logra el bien, se tiene la patria, y esto es lo que parece haber presidido esa parte del art. 15, de que por la residencia de diez años se gana la vecindad, porque si el interesado no manifiesta oficialmente, en acta ante el juzgado municipal, que quiere continuar sometido á la ley de su país, queda sujeto á la del punto de su residencia, porque allí está su bien, el círculo de sus relaciones sociales, sus bienes y acaso su industria.

Planas y Casals considera, de acuerdo con otros autores, injusta esa pérdida de régimen jurídico por un acto negativo, por el simple no hacer; pero mayor injusticia vemos en el caso de que sean varias las veces en que se cambie de vecindad, tras de lo cual viene el cambio de régimen, no ya del individuo, sino de la familia, salvo el respeto de derechos adquiridos, porque un castellano, por residir diez años en Barcelona se hace catalán y, después, de la misma manera puede hacerse navarro, aragonés, etc.; el Código no lo prohíbe, y claro que, con estas mutaciones de vecindad, hijas del buen deseo de mejorar la suerte el individuo ó de la intención calculada, pueden sobrevenir conflictos al disolverse y liquidarse la sociedad conyugal ó las sociedades de esta clase que hayan existido, así como también cuando se parta la herencia dejada, por quien, en uso de su derecho, hizo esos cambios de vecindad civil.

No terminaremos este punto escabroso, sin citar la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Febrero de 1910, en una de cuyas declaraciones se dice que la ley catalana es aplicable á la sucesión de la mujer nacida en el Principado, viuda de un navarro, sí, de la apreciación del Tribunal á *QUO*, consta que la finada había recobrado, después de enviudar, su primitiva calidad por la residencia en

Cataluña, sin que necesitase, para hallarse en posesión de ella, hacer manifestación alguna especial.

Adviértase que D.^a Andrea Riera, de cuya sucesión se trataba, residió en Barcelona, después de quedar viuda, once años y, de consiguiente, por el transcurso de este plazo y sin necesidad de declaración oficial suya, había recobrado de hecho y de derecho la vecindad que perdió al casar con un navarro.

Prescribe el último párrafo del art. 15, que sus disposiciones son de recíproca aplicación á las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil, lo cual ha merecido la censura del señor Comas, cuyo tratadista dice que el Código ha incurrido en grave error, pues «enhorabuena que se respeten las legislaciones forales, pero no se les debe dar un carácter atrayente, haciendo que pasen á ser legislación general y descendiendo el Derecho común á la condición de regional».

Esta crítica tendría fundamento si el Código no autorizase al interesado para conservar los derechos de su legislación de origen, mediante un acto tan sencillo como el de hacer la manifestación ante el Juzgado municipal, antes de transcurrir los diez años de residencia.

¿Es válida la manifestación que se haga, transcurrido este plazo? Entendemos que no, por cuanto el artículo que estudiamos es preceptivo y no facultativo; de consiguiente, si ese interesado quiere recobrar la condición de derecho que tenía antes de ganar la vecindad, es preciso que se traslade al punto donde rija el derecho que antes tenía y por su residencia de diez años, sin hacer manifestación en contrario, ó por dos, acudiendo al juzgado municipal, deja el régimen que antes había adquirido por mérito del *JUS VOLUNTATIS*.

Además, importa decir que son cosas distintas la vecindad, para los efectos civiles, ganada según los preceptos del Código, ampliados por las disposiciones de dicho Real decreto y la vecindad para los efectos administrativos de que tratan los arts. 12 y 15 de la Ley Municipal, condiciones que bien no pueden concurrir á la vez en una misma persona, en cuyo caso entendemos, de acuerdo con Manresa, que las disposiciones de dicha ley pueden servir para interpretar las concisas del Código (interpretación sistemática), lo cual acontece respecto del plazo de diez años, para cuyo cómputo debe tenerse en cuenta la habitualidad, la residencia fija que exige el Derecho administrativo; en la inteligencia de que, en nuestro sentir, esa habitualidad no es la continúa y absoluta permanencia, día tras

día, en el lugar donde se resida, porque puede ocurrir que, accidentalmente, se salga de él, aparte de que ésto es materia de apreciación por parte de los Tribunales de Justicia, con vista del caso y de los elementos de juicio para su fallo aportados.

Artículo 16

Prescribe que en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código.

Para no pecar de pesados señalando todas las leyes especiales vigentes, nos limitaremos á indicar que el Código civil suple las deficiencias del de Comercio, del Penal en lo que consiente su artículo 2.º y de todas las leyes administrativas. Fúndase esa suplencia en el carácter común que tiene el derecho contenido en el Código.

Y puesto que hemos citado el Código de comercio, importa decir que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1898, por él se rige el afeanzamiento en las regiones forales de las obligaciones mercantiles, al que suple el Código civil, y que no relevándose en éste á la mujer de las obligaciones de fianza libremente pactadas, es evidente que en las contraídas por ella en favor de otra, no puede invocarse el Senado-consulto Velejano.

Por donde la suplencia del Código civil al de comercio, de observancia general, ha producido profunda perturbación en el Derecho catalán en orden á las fianzas que constituyan las mujeres casadas para la seguridad de obligaciones mercantiles.

Es también de citar la sentencia de dicho Tribunal de 7 Diciembre de 1898, según la que: el art. 1.976 del Código no deroga las leyes especiales que no constituyen el Derecho civil común, ni afecta, por lo tanto, á la de Contabilidad del Estado de 25 de Junio de 1870, comprendida entre las que reconoce como subsistentes el art. 16 de dicho cuerpo legal.

Por las Sents. de 29 de Diciembre de 1898 y 28 de Marzo de 1899, se reconoce el carácter supletorio del Código civil al afeanzamiento de obligaciones comerciales y convenios de acreedores en el procedimiento de suspensión de pagos, así como también suple la ley de Accidentes del trabajo, en la materia relativa á la culpa, según declaró el Tribunal Supremo en 21 de Octubre de 1903, no concediendo indemnización alguna al obrero que procedió con imprudencia ó culpa notoria.

Y por último, es de citar la Sent. de 20 de Noviembre de 1908, según la que, si bien las cuestiones referentes á la propiedad minera se rigen por las leyes establecidas en las disposiciones reguladoras de dicha propiedad, no pueden hacerse extensivas á casos no comprendidos en aquéllas, los cuales deben ser resueltos por la legislación común, supletoria de la especial de Minería, según el artículo 16 del Código civil.

Crítica del título preliminar del Código

Los Autores del Código civil se ajustaron estrictamente á lo dispuesto en la ley de Bases para su publicación de 11 de Mayo de 1888, respecto á que el título preliminar del mismo, «en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino».

La mayor parte de ese título preliminar, en orden á la promulgación de las leyes, cumplimiento de éstas, su extensión por razón del tiempo y del espacio, prohibición de ser renunciadas y derogadas por el desuso y por la costumbre ó la práctica en contrario; obligación que tienen los Tribunales de administrar justicia, aunque la ley sea obscura ó insuficiente, aplicación sustitutiva de la costumbre, del lugar y en defecto de ésta, los principios generales del Derecho; cómputo de los meses y de los días, etc., todo esto no es propio del Código civil por tener un carácter marcadamente público y, de consiguiente, debiera ser objeto de una ley especial.

Además, la escuela estatutaria no obstante su gran valor histórico y la aplicación que sus reglas han tenido y aún tienen en el Derecho internacional privado, en orden á la extraterritorialidad de la ley, resulta anticuada, y el mismo Autor del Código lo ha reconocido puesto que no sigue todos los predicados de aquélla, ni la opinión más ó menos conforme de sus esclarecidos secuaces.

Por último; no podemos negar que la redacción de los arts. 12 y 15, particularmente el primero de éstos, no ha resultado todo lo feliz que pudiera haber sido, y produce en la práctica tales confusiones, que no es parte á desvanecerlas la sabia jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya tendencia es llevar la penetración del Código civil á los territorios aforados, como medio de preparación para que pueda

un día llegarse á gran parte de la unificación civil; aspiración muy laudable, pero difícil de satisfacer, pues no así se logra la identificación del régimen jurídico nacional, pasando por encima de instituciones todavía muy arraigadas en la conciencia de los territorios aforados.

CAPÍTULO III

De las personas

De los aforados y no aforados

Llamamos aforados á los que se hallan sujetos á la legislación civil excepcional, y no aforados á los que se rigen por el Código civil, antes «legislación castellana», para distinguirla de la «foral».

De suma importancia es la materia de este capítulo, que trata parte de lo referente al sujeto activo de la relación jurídica, pues, según la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Abril de 1891, es nulo el contrato hecho por individuos sometidos al Derecho foral, con arreglo al Derecho común, precisamente porque las leyes relativas á la capacidad de las personas son las del país á que pertenecen, ó sea al de su ciudadanía civil ó provincialidad, como la llama Sánchez Román, dado lo dispuesto en los arts. 9.º y 15 del Código.

Este último precepto ha venido á modificar, por ser incompatible con su texto, parte de la Legislación foral, en orden á quiénes son aforados en cada uno de los territorios, como Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Baleares.

En muchos de los libros que hemos leído para escribir este capítulo, acerca de quiénes son aforados, no hemos visto que pusieran en relación el derecho foral con el título preliminar del Código civil, y tenemos por seguro que, dado el art. 15 de este último, aquel estado de derecho ha sufrido modificación en lo accidental, relativo al tiempo para ganar la vecindad y forma oficial de adquirirla, según las reglas trazadas por el R. D. del año 1899.

Hecha esta aclaración, entremos en materia, contrayéndonos al Derecho foral.

CATALUÑA

Consagrando el principio *JUS SOLI*, son catalanes:

1.º Los nacidos en el Principado.

2.º También lo son, por el principio *JUS SANGUINIS*, los que, á falta de esa cualidad, reúnan las condiciones de ser su padre ó abuelo paterno nacido ó domiciliado en dicho territorio, siempre que el interesado se domicilie en Cataluña.

Ambas prescripciones constan, respectivamente, en las leyes 8.ª y 12.ª, tít. LXVIII, lib. I de las Constituciones.

3.º Prescribe la ley 15.ª de dichas Constituciones que es catalán quien, sin reunir las anteriores condiciones, lleve diez años de residencia en el territorio; así como también lo dispone la ley 2.ª, tít. XXXIX, lib. X del Código de Justiniano.

4.º Estatuye el cap. LIII del *RECOGNOVERUNT PROCERES*, tít. XIII, lib. I, vol. II de las Constituciones, que son ciudadanos de Barcelona, Gerona, etc., los que lleven en estas poblaciones un año y un día de residencia. Los escritores catalanes, entre ellos Fontanella, distinguen entre privilegios privados, para cuyo goce basta la residencia de año y día y los cargos públicos y administrativos, para cuyo ejercicio se requerían diez años; distinción que hoy no vemos sea de gran importancia ante lo terminante del Código civil y lo dispuesto en las leyes administrativas de general observancia.

Por eso creemos que todo lo arriba copiado no está vigente; si lo estuviese, un no aforado, por ejemplo, un castellano, por el hecho de residir año y día en la Ciudad Condal, se haría barcelonés, cosa que no la consiente dicho art. 15, cuyas disposiciones son aplicables á las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil, y de consiguiente, se requiere la residencia de dos años y la manifestación que haga el interesado de la manera prescrita por el citado Real decreto.

Asimismo, puede ocurrir que el nacido en territorio de Derecho común tenga por abuelo paterno á un catalán domiciliado en el Principado, y si nos ajustásemos á la citada ley 12 de las Constituciones, ese interesado, al domiciliarse en el Principado, tendría la condición de aforado, lo cual, en nuestro entender, no cabe, porque

la circunstancia de ser nieto de aquél, podía influir si subsistiese la agnación con todos sus efectos, que atribuía al ascendiente la patria potestad, bien que se estableció en Cataluña el caso de emancipación por matrimonio, no autorizado por el Derecho romano.

Por todo lo cual, si ese interesado quiere hacerse catalán, cuya cualidad no tengan sus padres (porque entonces regiría el principio *JUS SANGUINIS*) es preciso que gane la vecindad, ora por el transcurso de los diez años, ora por el de dos, con la manifestación oficial de que se ha hecho mérito, en acta ante el Juez municipal, como prescribe dicho Real decreto.

De no aceptarse nuestra opinión, dejaría de tener objeto el citado art. 15 del Código.

TORTOSA

Según la Cost. 14, rúbrica 4.^a, lib. I, se consideran ciudadanos de Tortosa todos los hombres libres y cristianos nacidos en dicha ciudad ó en su término; al que habite en los mismos durante diez ó más años, al extraño que presta el juramento determinado y al que se casa con hijo de ciudadana ó ciudadano y fija su residencia en Tortosa ó en su término.

Para que el extranjero alcanzase la naturalización había de mediar entre éste y la ciudad ó señoría que le ofrecía la ciudadanía, cierto contrato, con una serie de solemnidades que hoy solo tienen valor histórico.

BALEARES

Son mallorquines los nacidos en las islas Baleares, y según una Ordenación de Pedro III, los que, casando con mallorquines, habitasen en el reino; esto se dispuso, porque, con motivo de las guerras, disminuyó la población mallorquina y había necesidad de fomentarla atrayendo á los forasteros, como se hizo, también, concediendo el *GRAN CONSELL*, los Privilegios á los extranjeros, considerándoles ciudadanos ó *AFILLATS*, de lo cual se abusó, habiendo necesidad de que se exigiese para ello, en el siglo XVII, la votación unánime de todos los *CONSELLERS*.

ARAGÓN

Son aragoneses:

- 1.º Los nacidos en Aragón de padres aragoneses.
- 2.º Los nacidos fuera de Aragón de padre aragonés que se hallase accidentalmente ausente, con tal que regrese á su patria con sus hijos ó que éstos, durante la vida ó después de muertos sus padres, se trasladen á Aragón con su familia.

Contiene estas prescripciones el Fuero 1.º de Aragón, tít. I, capítulo I, art. 8.º

- 3.º Los nacidos en Aragón de padres extranjeros, con tal que éstos no salgan del reino en toda su vida. (Fuero único, ACTOS CURIA SUPER FILIIS REGNICOLORUM EXTRA REGIUM NATIS ET SUPER FILIIS NON REGNICOLORUM INTRA REGNUM NATIS).

(Véase Sent. de 14 de Diciembre de 1901, así como también la de 28 de Enero de 1892 que confirmó la de Zaragoza de 29 de Mayo de 1891 en el sentido de que son aragoneses los hijos que residan en aquel reino, de un modo permanente y constante, al cual se hubiesen trasladado).

NAVARRA

Son navarros:

- 1.º Los hijos de padre ó madre navarros habitantes en el territorio. (Ley 6.ª, tít. VIII, lib. I de la Novísima Recopilación).
- 2.º Los que obtuvieren carta de naturaleza de los tres Estados, ó de su Diputación, en los casos en que ésta pueda otorgarla (Leyes 1.ª y 3.ª, tít. VIII, lib. IV, id).

VIZCAYA

Son vizcainos ó vecinos, los hijos de vizcainos, los naturales del país y los establecidos en él con ánimo de ganar domicilio; los demás residentes se reputan forasteros (Ley 13, tít. I del Fuero).

Como hemos dicho, las disposiciones forales se hallan subordinadas á lo dispuesto en el art. 15 del Código civil, obligatorio en todas las regiones.

Vecindad forana

No terminaremos este capítulo sin dedicar unas palabras á la vecindad forana que, según Sánchez Román, en opinión general no existe.

Esta institución fué regulada por la ley 17, tít. II, lib. I del Fuero de Navarra, en virtud del cual, tratándose de tierras comunales, los hijosdalgo tenían en ellas un privilegio de doble parte que los ciudadanos, así como en los pastos y aprovechamientos. Esa vecindad, por su carácter privilegiado, es incompatible con el régimen constitucional y fué abolida por el Decreto-ley de 24 de Mayo de 1821; éste quedó derogado por el del año 1823, por consecuencia de la reacción, y cuando se creía que el de 1.836, restablecedor del derecho creado á la sombra del régimen constitucional, había restaurado aquella abolición de la vecindad forana, el Tribunal Supremo de Justicia no lo entendió así en Sent. de 24 de Mayo de 1867, que no dió lugar á la casación de la dictada por la Audiencia de Pamplona. De donde resulta que, á pesar de la opinión general en contrario—de la que participa Sánchez Román—el privilegio que trae aparejado la vecindad forana se halla subsistente. Tal es la opinión del Sr. Alonso Martínez, de la cual participamos.

En dicho Fuero de Navarra se expresan tres clases de vecindad: la que es producto de la residencia personal; la fundada en el título de herencia y de carácter territorial que corresponde á cada uno de los hijos cuando hay suficientes bienes, para que todos perciban una casa ó *casal* y varias tierras, á cuya vecindad se llama entera, y la que se produce á base de la propiedad de una casa del pueblo, cercada de seto.

Las vecindades foranas eran de origen nobiliario, según todos los escritores y podían adquirirse otras por título oneroso, lo cual fué objeto de contienda en los Tribunales de Justicia.

El sentir general es que esas vecindades tenían un carácter señorial ó de privilegio en favor de los fijosdalgo; no obstante, los villanos podían adquirirlas, teniendo vecindad en varias villas; esto lo comprueba el capítulo II, libro IV del Fuero que estableció la *costeria* que debía pagar el villano que fuese vecino en dos ó tres villas, consistente en un cuartal de trigo ó una cuarta de vino; pero si el villano fuese vecino en dos ó tres villas—añadía dicha ley—vuelva al *cuartal* de trigo otro *dordio* ó de *faba*.

Andando el tiempo, fué falseándose este precepto del Fuero, y como se acentuase en Navarra el espíritu nobiliario, tratóse de conseguir que las vecindades foranas revistiesen mayor carácter de privilegio en beneficio de los fijosdalgo, para que estos participasen de la doble porción de los aprovechamientos, habiendo resuelto este punto las Cortes de Pamplona de 1586 y, posteriormente, las de 1780 y 1781, de las que omitimos tratar para no dar mayor extensión á este trabajo.



CAPÍTULO IV

Del nacimiento y extinción de la personalidad civil

De las personas naturales

Preceptúa el art. 29 del Código que el nacimiento determina la personalidad.

Desde el momento de la concepción, cuando empieza la vida intrauterina, existe un germen de personalidad humana, un ser en embrión, como dice Manresa, cuyo tratadista añade, que el Derecho se fija en el hombre, colocado en ese estado, con tres objetos: «1.º Para asegurarse de su existencia. 2.º Para condicionar y proteger su libre desenvolvimiento, y 3.º Para reconocerle ciertos derechos en el orden civil».

Acerca de qué condiciones debía tener el nacido para que se le considerase por tal, ante el Derecho, dividiéronse en Roma las opiniones entre Proculyanos y Sabinianos; mientras los primeros exigían algunas señales externas reveladoras de la vida, como es el llanto, los segundos afirmaban que no era necesario ese signo, ni otro alguno, con tal de que el individuo naciera vivo, á cuya opinión se inclinó Justiniano, en la ley 1.ª, tít. XXIX, lib. VI del Código, con estas palabras: «SI VIVUS PERFECTUS NATUS EST».

La ley 9.ª, tít. II, lib. IV del Fuero Juzgo—que durante mucho tiempo rigió en toda España, dado el carácter general de este cuerpo de leyes—dice así: «El padre muerto, si el fío ó la fía vivier diez días ó fuese bautizado, quanto á aquél pertenecía de la bona del padre, todo lo debe haber la madre», y claro que, no habiendo sur-

gido en aquel entonces las legislaciones forales, esta disposición regía en Cataluña.

El Fuero Real, en su ley 3.^a, tít. VII, lib. III, dice: E si después naciere fijo ó fija ó fuere baptizado, haya todos los bienes del padre», disposición que no exigía días de vida al nacido y que no tuvo aplicación en Cataluña, por lo mismo que dicho Código no obligó en el Principado.

Prescribió la ley 5.^a, tít. VI, Part. IV, influenciada por el espíritu romanista, que: «Non deben ser contados por fijos los que nascen de la mujer et non son figurados como omes, así como si hoviesen cabeza ó otros miembros de bestia. Mas si la criatura que nasce ha figura de ome, magüer haya miembros sobejanos ó men-guados, non empece para poder heredar los bienes de su padre, et de su madre, et de otros parientes».

Aún cuando dicho Código Alfonsino—espinas dorsal de nuestro derecho, como lo llama Alonso Martínez—tuvo carácter supletorio en Cataluña, el Derecho romano se había impuesto allí, prevaleciendo sobre él, y, de consiguiente, perdida la influencia del Fuero Juzgo, había de acudir al Código de Justiniano, sin que obligase tampoco en dicho territorio la ley 13 de Toro, dada para evitar dudas sobre si son nacidos ó abortivos naturalmente los hijos, disponiendo, á este respecto, que al nacido *vivo todo* y que á lo menos viviese veinticuatro horas naturales y fuese bautizado antes de morir, se le tuviese por tal.

Y decimos que en Cataluña no llegó á imperar la ley de Toro, porque cuando ésta se dió, el Principado tenía ya su régimen foral directo y supletorio, que fué respetado, mucho tiempo después, por el Decreto de Nueva Planta.

Navarra también se regía, en este punto, por el Derecho Romano hasta que en 1705 se dictó una ley exigiendo doce horas y además el que fuese bautizado para que al ser humano se le tuviese por nacido, y como hubiese desigualdad en las legislaciones, dentro del estado nacional español, hubo de dictarse el art. 68 de la ley de Matrimonio civil, dispositivo de que, para los efectos civiles, «no se reputará nacido al que no hubiere nacido con figura humana (esto tomado de la ley de Partidas) y que no viviese veinticuatro horas (requisito exigido por la ley de Toro) enteramente desprendido del seno materno», porque si no lo está, carece de individualidad y de las condiciones propias de la vida extrauterina.

Y como la ley de Matrimonio civil—por una extensión harto

discutible, dados sus términos—tuvo carácter general en toda España en el punto á que nos referimos, constituyó la legalidad en las regiones forales.

Como quiera que el Código civil, en su art. 30, reproduce lo dispuesto en dicha ley, es evidente que á sus términos hay que atenerse.

Prescribe el art. 31 que la prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito.

El Legislador no ha establecido la presunción *JURIS ET DE JURE*, consignada en la ley 12, tít. XXXIII, Part. VII, supletoria de la legislación foral, relativa á que en caso de duda en el parto de dos criaturas, varón una, hembra la otra, debía entenderse que nació primero aquél, á quien por tanto le corresponderían los derechos de primogenitura.

Como quiera que el Código Alfonsino ha dejado de ser Derecho supletorio, tanto en el régimen jurídico común, como en el excepcional, hay que atenerse á dicho art. 31, despojado de semejante presunción, y aún cuando notables comentaristas digan que, en nuestra época, no reviste gran interés el conocer quién es el primogénito, motivo á que han quedado extinguidos los vínculos y mayorazgos, no puede tomarse esto tan en absoluto, ante lo dispuesto en el artículo 220, determinativo de que, tratándose de los hijos y de los hermanos, excluye el mayor al menor, y lo prescrito en el 227, de que la tutela de los pródigos corresponde, en su caso, al mayor de los hijos varones no emancipados, y lo ordenado en el 225, que, en igualdad de grado, declara preferido para el consejo de familia al pariente de más edad, aparte de que puede ocurrir el caso de concederse derechos hereditarios, por testamento, al hijo mayor de los que tenga una mujer cuando dé á luz.

Entre los dos principios, el de primogenitura ó hebráico (que, en el caso de partos dobles, consideraba mayor al segundo que nacía, por haber sido el primero engendrado) y el de nascitura, el Código ha optado por este segundo, al preceptuar que la prioridad del nacimiento da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito.

Pero no sólo al que goza de vida extrauterina, con las condiciones que determina el art. 30, se le tiene por nacido, sino que también se halla en este caso el póstumo, pues aunque el nacimiento determine la personalidad (art. 29), al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. 30.

De consiguiente, los derechos del póstumo, del engendrado pero no nacido, se hallan sujetos á la condición suspensiva de que viva veinticuatro horas, que tenga figura humana y que se halle desprendido del seno materno.

La ley de Matrimonio civil no dió prescripciones relativas á la postumidad, y como en Cataluña y Navarra está vigente el Derecho romano con prelación, como supletorio, al Código civil, debe acudirse á aquél para integrar el estudio de este punto, citando al efecto la ley 7.^a DE STATU OM, ley 2.^a, párr. 6.^o DE EXCUSA y ley 39 DE PŒNIS, según las que, á los que estén en el vientre de su madre se les tiene por nacidos para lo que les sea favorable, así como la ley 9.^a, párr. 1.^o DE DE INJ. RUPT. que define los póstumos diciendo que son los que nacen con posterioridad á la muerte de su padre. Los derechos del póstumo no surtirán efecto si no llegare á nacer vivo (he aquí la condición suspensiva) como prescribe la ley 30, DIG. DE ADQUIS. VEL OMIT. HERED.

Y puesto que el Código penal obliga en toda España, importa citar el art. 105 del mismo, según el que, no se notificará ni se ejecutará la pena capital en mujer embarazada, hasta cuarenta días después del alumbramiento.

Extinción y restricciones de la personalidad

Prescribe el art. 32 que la personalidad civil se extingue por la muerte.

En el Derecho romano la muerte no se presume, por regla general, (Novela CXVII, cap. XI), aún cuando en algunos de sus pasajes se indica la edad de cien años como la más larga que el hombre puede alcanzar; mas nunca declaró la presunción de muerte á los cien años, aunque fijó este tiempo para la duración del usufructo concedido á una corporación y la prescripción contra las iglesias, motivo á ser el plazo más largo de la vida humana (Dig. 7.^o, 1, 56, XXIII, 2, 8, c. I, 2, 23.—Nov. IX).

Prescribe dicho artículo que la menor edad, la demencia ó imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son mas que restricciones de la personalidad jurídica, y añade, que «los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aún de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos ó de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.

Habiendo desaparecido, con el progreso de los tiempos, la muerte civil y, no existiendo otra manera de extinguirse la personalidad que la muerte natural ó violenta, á base de la existencia del individuo, la ley señala los casos restrictivos de la personalidad jurídica por razón de edad, enfermedad y pena, sin que haya incluido el legislador, en ese art. 32, la que proviene por razón del sexo, no notándose la ausencia de la que dice á la profesión religiosa, dada la reforma radical que, en este punto, se ha introducido.

Estas causas restrictivas de la personalidad (nosotros diríamos de la capacidad legal) son: unas absolutas como las provenientes de demencia, imbecilidad ó sordomudez, que pueden cesar habiendo curación, y otras relativas, como la menor edad (ésta puede ser absoluta) y la prodigalidad é interdicción, que tienen carácter de temporalidad.

El hombre, en estas situaciones restrictivas de su FACULTAS AGENDI, no puede desenvolverse jurídicamente, cuya capacidad hay que completar dentro de instituciones protectoras de la persona y bienes, como la patria potestad y la tutela.

El colocado en esa condición ó estado puede adquirir derechos por los distintos títulos que las leyes reconocen y, aún, responder de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos ó de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero, siendo de aplicación, á este respecto, los arts. 1.902, 1.903 del Código civil y 19 del penal, en lo referente á las obligaciones por actos y omisiones, pudiendo además citar, como caso de las que se derivan de las relaciones entre el incapacitado y un tercero, la que proviene de las servidumbres prediales.

Régimen foral

Al tratar de la capacidad jurídica de la mujer casada, nos ocuparemos de las restricciones que á la misma imponen el Derecho foral y el Código civil; baste por ahora decir que, siempre que las leyes usan de locución en masculino comprenden, en general, los dos sexos (Dig. 5, 3, § I; 26, 29, 3 § I, 3 § I, etc.) La locución en femenino excluye á los varones (Dig. 31, 45). Los hermafroditas pertenecen al sexo que en ellos predomina.

Respecto de la edad, el Derecho catalán admite la división del Derecho romano, estableciendo diferencias dentro de la vida del

hombre por razón de su impubertad, que dura hasta los 14 años en los varones y 12 en las hembras; la pubertad, desde estas edades hasta la mayor edad, y esta última que es la de veinticinco años.

Para marcar esos periodos se atiende, no al fenómeno físico, si que al intelectual de los menores.

La impubertad tiene tres fases, á saber: la infancia—palabra tomada del latín: QUI FARE NON POTEST—que significa no poder hablar *jurídicamente*, porque la forma verbal era la que debían revestir los contratos en Roma, no pudiendo otorgarlos, en absoluto, el menor de siete años. Después de esta edad empezaba á vislumbrarse la capacidad, y aunque el individuo no podía obligarse, le era permitido aceptar lo favorable. Ese estado, entre los siete y los catorce ó doce años, según fuese el sexo, tenía dos fases, una de próxima á la infancia y otra de próxima á la pubertad. La regla general era la incapacidad del individuo.

La pubertad comprende desde los doce á catorce años hasta los veinticinco, con dos fases: la primera, respecto de las hembras, hasta los catorce años, y hasta los diez y ocho respecto de los varones; y la plena pubertad, desde estas edades; siendo la regla general de este último periodo, la capacidad, pero sometida á restricciones, distinguiéndose si el menor tenía padre ó curador; en el primer caso, como hijo de familia, era ALIENI JURIS, en tanto que tenía la condición de SUI JURIS en el segundo, sin olvidar que las leyes dieron á los menores medios reintegradores en los contratos de enajenación, como el conocido beneficio de restitución IN INTEGRUM.

En la época de Justiniano se apreciaron las siguientes edades: hasta los siete años, el varón y la hembra eran infantes, y como carecían de inteligencia y de voluntad no podían ejecutar ningún acto jurídico (NULLUM INTELLECTUM HABENT). Desde los siete hasta los doce la mujer y catorce el hombre eran impúberos, pudiendo realizar actos en que no resultasen obligados, necesitando, para los otros, el concurso del tutor (ALIQUEN INTELLECTUM HABENT, SED NON ANIMI JUDITIUM). Desde los doce ó catorce hasta los veinticinco son menores de edad; pueden casarse, otorgar testamentos y tienen, en general, capacidad para todos los negocios, pero no para seguir un pleito, ni para darse en arrogación, recibir un pago y libertar de una deuda, pues necesitaban valerse de un curador. Dentro de esa capacidad general (PLENUM ANIMI JUDITIUM HABENT) podían invalidar los contratos, usando del beneficio de restitución IN INTEGRUM, dentro del cuatrienio legal.

Desde los veinticinco años en adelante son mayores de edad. Á los setenta años la ley les exime del cargo tutelar.

Pues bien; como el Derecho romano rige en Cataluña, son aplicables en ésta las disposiciones arriba citadas, dentro de esa división de edades. En Navarra, la mayoría de edad se tiene también á los veinticinco años, pero no es por Derecho romano, sino por costumbre contra el Fuero y su Amejoramiento, como declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 1.º de Abril de 1891. De manera que no están vigentes en aquel territorio ni el Fuero de Teobaldo I, que consideró mayor de edad al individuo salido de la infancia, ó sea á los siete años, ni el Amejoramiento del Fuero, publicado por Felipe III, que estableció la mayoría de edad á los catorce años.

En Aragón, la menor edad concluye á los catorce años; pero la plenitud de la mayoría de edad se tiene á los veinte, de una manera perfecta y definitiva, como trataremos por más extenso en el capítulo correspondiente.

La ley 2.ª, tít. XXII del Fuero de Vizcaya autoriza una especie de mayoría de edad á los que hayan cumplido diez y ocho años si, hallándose sometidos á tutela, demuestran aptitud para la administración de sus bienes.

De otras restricciones de la capacidad

Según el Derecho romano, supletorio en Cataluña y Navarra, las enfermedades modificativas de la FACULTAS AGENDI son de dos clases: corporales y mentales; las primeras se subdividen en accidentales, denominadas MORBUS, cuya definición es: TEMPORALIS CORPORIS IMBECILLITAS, y en permanentes, llamadas VICIUM, que se definen diciendo: PERPETUM CORPORIS IMPEDIMENTUM (Dig. 4, 16, 101, § II). La enfermedad pasajera ó accidental no afecta á la capacidad jurídica, pero impide que corran los términos legales contra el enfermo, el cual goza del beneficio de la restitución. La enfermedad permanente puede dar lugar al nombramiento de curador (hoy tutor), á que se prive al paciente de ciertos derechos, como el de adoptar y á la nulidad del matrimonio por causa de impotencia.

Las enfermedades mentales son las de demencia, mentecatez, locura, (FURIOSI) y fatuidad; esta última es la de aquellos que, por

debilidad de espíritu, no pueden cuidar sus negocios. También se comprenden dentro de las palabras «enfermos mentales» los pródigos ó *desgastadores*, que son los que dilapidan sus bienes de una manera insensata. A todos estos enfermos se les sujeta á guarda; los furiosos pueden ejecutar actos jurídicos, válidamente, en sus intervalos lúcidos. Y, por último, tales incapacitados pueden adquirir, siempre que la adquisición no exija un acto personal de los mismos, bien que, respecto á los pródigos, la restricción de su capacidad es la que se exprese en la sentencia que tal situación declare.

Se comprenden, también, en la palabra enfermos, el sordo, el mudo y el incapaz de procrear (Instituta § 4, DE CURATOR., § 9, DE ADOPTIO.)

El Código penal, obligatorio en toda España, determina, en su art. 43, que la interdicción civil privará al penado, mientras la sufre, de la patria potestad, tutela, curaduría, participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios en actos intervivos, exceptuándose en los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos. Al interdicto se le sujeta á tutela.

Presunción de muerte

Prescribe el art. 33 del Código, que si se duda entre dos ó más personas llamadas á sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una ó de otra, debe probarla, y que, á falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos del uno al otro.

Este precepto, que aparece establecido para aplicarse á la materia de sucesiones, no comprende la presunción JURIS TANTUM, establecida en la ley 12, tít. XXXIII de la Part. VII, trasunto del Derecho romano, y como éste es supletorio del de Cataluña y Navarra, importa decir: que si los fallecidos son ascendientes y descendientes, siendo impúberos estos últimos, se presume que han muerto primero y después, si son púberos (Dig. XXIII, 4, 26; XXIV, 1, 32, § 14, y XXXIV, 5, 9 §§ 1 y 2; 16, 22 y 23). Esa regla tiene por excepción el caso en que perecen á un mismo tiempo el padre y el hijo, y pide la herencia la madre; reputándose que murió antes el

hijo para que la herencia vaya á la autora de su vida. Si los fallecidos no son ascendientes ni descendientes se entiende que todos han muerto á un mismo tiempo.

De las personas jurídicas

Entiéndese por persona jurídica, moral, abstracta, ficticia, civil y mística (todos estos nombres han tenido y además se les suele llamar corporativas, colectivas, etc.) toda entidad que, sin tener existencia material ó física, es, sin embargo, capaz de derechos y obligaciones, y, por tanto, de ser sujeto de una relación jurídica. Así las define Planas y Casals. Cimbali dice que son corporaciones ó instituciones jurídicas, mediante las que se persiguen fines, se satisfacen necesidades ó se aseguran condiciones que exceden de las condiciones, necesidades y fines meramente individuales. En esta definición se encierra el fundamento de tales personas, que no son, como algunos entienden, creaciones de la ley, antes, al contrario, ésta las reconoce en cuanto persigan fines racionales, dado que el individuo no puede, por sí, realizar, en muchas ocasiones, lo que se propone, por lo limitado é imperfecto de su acción y lo deficiente de los medios que pueda emplear, en cuyo caso busca la asociación con otros seres de igual naturaleza, aunando esfuerzos y sumando actividades dirigidas á una finalidad.

Además, el hombre, ser sociable por naturaleza, jamás misántropo, á despecho de Hobbes, no puede sustraerse al influjo social desde el nacimiento hasta su muerte. La sociedad le acompaña, representada por el municipio, la provincia, el Estado y otras entidades de carácter legal y convencional, hallándose sujeto á protecciones tutelares para que pueda desenvolverse dentro de la convivencia social, aparte de que, como ser religioso, pues su espíritu lo relaciona con Dios, tiene también los auxilios y consuelos de la Iglesia, que es una sociedad perfecta, con fines, con medios y con poder.

Tres condiciones se exigen para la existencia de las personas jurídicas: un fin común que han de cumplir dentro del régimen general del Derecho, con medios para la consecución del mismo; reconocimiento por parte del Estado, en el cual se personifica la nación y encarna el Poder público, y la desaparición del individuo en el seno

de esas entidades, adquiriendo éstas personalidad propia, con sujeción á la ley que las reconoce, al contrato porque se rigen, á los estatutos de su creación y á las reglas de su institución, aprobadas estas últimas por disposición administrativa, cuando ese requisito fuere necesario.

Esas personas jurídicas, llámense corporaciones, asociaciones ó fundaciones de interés público, cuya personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo á derecho, hubieren quedado validamente constituidas; llámense asociaciones de interés particular, civiles, mercantiles é industriales; así como las fundaciones, pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles ó criminales conforme á las reglas de su constitución, rigiéndose la Iglesia, en este punto, por lo concordado entre ambas potestades (Convenio de 25 de Agosto de 1859, publicado como ley del Reino en 4 de Abril de 1860) y los establecimientos de Instrucción y Beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales, que son, respecto de los de Enseñanza, la ley de 1857 y las de 21 de Diciembre de 1876 y 26 de Julio de 1878 que se refieren á los establecimientos dirigidos por religiosos, y en cuanto á los de Beneficencia, la de 20 de Junio de 1849 é Instrucciones de 1875 y 1885.

Las Diputaciones provinciales pueden adquirir bienes, en virtud de lo dispuesto en los arts. 35, 37, 38 y 746 de la Ley provincial, y lo declarado por el Tribunal Contencioso-administrativo, en sentencia de 10 de Enero de 1901.

Los Ayuntamientos también tienen personalidad jurídica por la ley Municipal, ya que son corporaciones económico-administrativas, pudiendo consultarse la resolución de la Dirección general de los Registros de 5 de Abril de 1902.

También tienen capacidad jurídica los Sindicatos agrícolas, por la ley de 28 de Enero de 1906.

Respecto de la capacidad de la Iglesia para adquirir, importa citar las Res. de 16 de Febrero de 1883 y 9 de Mayo de 1906 y muy especialmente la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1882, según la que: todos los bienes raíces que poseía la Iglesia, como los que adquiriera en adelante, deben convertirse en títulos de la Deuda, de cuya doctrina se separó el Centro Directivo en resolución de 16 de Febrero de 1883, resolviendo que el art. 4.º de dicho convenio no hablaba más que de los bienes anteriores, pero no de los posteriores al año 1859, los cuales no habían de ser con-

vertidos en títulos de la Deuda, porque se hallaban al amparo del art. 3.º, preceptivo de que la Iglesia los poseería sin trabas ni limitación alguna.

Y respecto á los bienes de los establecimientos de Beneficencia, excluyendo los destinados á la prestación del servicio, los cuales no se pusieron en estado de venta, si se adquieren para conservarlos perpetuamente y amortizarlos, la adquisición está prohibida; pero si es para venderlos pueden adquirirse, aplicando su producto á los fines de su instituto ó á la compra de títulos de la Deuda.

En materia de Asociaciones puede citarse la ley de 30 de Junio de 1887.

El Real Patrimonio es también considerado como persona jurídica. Lo constituyen los bienes que posee el Monarca y que se transfieren con la Corona.

Las Comunidades religiosas tienen capacidad jurídica para contratar y para adquirir bienes, debiéndolos convertir en títulos intransferibles de la Deuda pública, según declaró el Tribunal Supremo en Sents. de 20 de Octubre de 1870 y 28 de Febrero de 1871, sin distinguir entre concordadas y no concordadas, según opina Planas y Casals.

De la extinción de las personas jurídicas

Se extinguen por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente ó por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, ó por ser ya imposible aplicar á éste la actividad y los medios de que disponían, en cuyo caso, dejando de funcionar las Corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará á sus bienes la aplicación que las leyes ó los estatutos ó las cláusulas fundacionales hubiesen, en esta previsión, asignado; en otro caso, se aplicarán á la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia ó municipio que, principalmente, debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.

En esta prescripción no se comprende el estado nacional, y debe relacionarse con lo dispuesto en el cap. III, tít. VIII del lib. IV, que determina los modos de extinguirse la sociedad, así como también precisa tener en cuenta lo dispuesto en el tít. I, del lib. II, del Código de comercio.

Las asociaciones constituídas por la ley especial del año 1887,

pueden ser disueltas por la autoridad judicial, cuando sean ilícitas, lo cual equivale á su muerte, considerándolas como sujetos activos de delito, destinando las ganancias á los establecimientos de Beneficencia del domicilio de la sociedad y, en su defecto, á los de la provincia, según preceptúa el art. 1.666 del Código civil.



CAPÍTULO V

Del domicilio

Dejamos de tratar lo contenido en el tít. III del Código, cuyo epígrafe es «Del domicilio», porque esta materia la vemos regulada por los arts. 11 y siguientes de la Ley municipal vigente; 64, 65, 67 y siguientes de la de Enjuiciamiento civil y 3.º y 4.º del R. D. de 17 de Noviembre de 1852, disposiciones obligatorias en toda España, como lo son, por fundarse en ellas, los arts. 40 y 41 del Código, determinativos, el primero, de cuál es el domicilio de las personas naturales, y prescriptivo el segundo del que lo es para las personas jurídicas, unas y otras, respecto del ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones civiles; pero importa citar, por su gran importancia, las Sents. de 13, 23 y 28 de Octubre de 1899, declaratorias de que, cuando las mujeres casadas ó los hijos sujetos á su potestad, vivan con la aquiescencia de sus maridos ó padres, en lugar distinto que éstos, tienen domicilio propio é independiente, al cual debe atenderse para determinar la competencia en los casos de alimientos provisionales, depósito de persona, etc.

En el Cap. III nos hemos ya ocupado de la VECINDAD FORANA de Navarra.

Es Juez competente para entender de una acción relativa al estado civil de una persona el del domicilio del demandado. (Sent. 1.º Julio 1897). No puede negarse en España, y es Juez competente para atender la petición de protección presentada por una mujer casada extranjera residente en nuestro país, el de la residencia habitual del marido. (Sent. 1.º Julio 1897).

No debe reputarse como residencia habitual de una persona el lugar donde fallece, aunque en él pase algunas temporadas, sino aquél donde tiene su familia y bienes. (Sent. 16 Octubre 1900).

De conformidad con lo prevenido por el art. 40 del Código civil, el domicilio de las personas naturales para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles es el lugar de su residencia habitual, sin que para ello obsten las prescripciones de la ley Municipal, porque éstas obedecen á distinta finalidad, y en dicho sentido se informa el núm. 3.º del art. 681 del expresado cuerpo legal para determinar la calidad de vecino ó domiciliado, exigida para los testigos que han de intervenir en los testamentos, según tiene declarado la jurisprudencia.

No puede menos de estimarse residencia habitual de una persona, y por ello su domicilio, la población á donde la misma traslada su casa y familia para ejercer en aquélla su profesión ú oficio por tiempo indeterminado, dejando su domicilio anterior, aún cuando posteriormente, con motivo de haber variado las causas que originaron su traslación, ó por su propia voluntad, le cambie de nuevo. (Sent. 20 Noviembre 1906).



CAPÍTULO VI

Del matrimonio

Idea general

La marcada y persistente tendencia, más ó menos encubierta, de nuestros legisladores hacia la unificación del Derecho civil en toda España, ha llevado á la legislación general un espíritu absorbente, sin reparar que, en ciertas materias de orden privado, algunas regiones, como Aragón y Cataluña y especialmente esta última, tienen fisonomía propia y leyes y costumbres indígenas: unas, prohijadas y otras, que constituyen un régimen directo cuya desaparición no puede llevarse á cabo de una plumada, sino que ha de ser labor de muchos años, mediante transacciones patrióticas, por imperio de justicia y por exigencias de la pública utilidad.

La organización de las familias catalana y aragonesa, entre éstas especialmente la primera, ha producido un régimen patrimonial propio, que el Código civil, reincidiendo en aquella directiva absorbente, ha venido á proscribir, por tabla, llevando á las legislaciones forales su título cuarto.

El Derecho navarro carece, en este respecto, de peculiar fisonomía, pues se halla influído por las legislaciones castellana, romana y catalana.

Decimos que se ha reincidido en esa tendencia de atracción del Derecho Foral al común y cúmplenos el deber de demostrarlo.

El mismo día en que se dió la ley de Matrimonio civil, su fecha 18 de Junio de 1870, informada en un espíritu revolucionario, dióse la que, con tonos de circunspección, prescribía que dicha ley regiría

sin perjuicio de lo que el Derecho foral regulaba tocante á los efectos del matrimonio en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges y de los hijos.

Era, por modo, evidente, que el Legislador veía en la institución matrimonial dos aspectos: uno, público; otro, privado; el derecho en cuanto al primero, por su carácter general, debía obligar en todas las regiones; no así el del segundo, porque las relaciones económico-familiares no tienen carácter público y deben ser reguladas, lo mismo por el Derecho común, que por el excepcional, respetado éste por los decretos de los reyes y las leyes que hemos citado en el cap. I.

No obstante esa ley circunspecta que acompañó á la de Matrimonio civil, se dió á ésta carácter extensivo y obligatorio en las regiones aforadas, y sino, dígalo la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1874, en la que se declara que el derecho de la mujer á contratar libremente, en lo que á los parafernales respecta, había sido modificado por dicha ley de 18 de Julio de 1870, aplicable á Cataluña y á todos los territorios de España; criterio aceptado por la Dirección general de los Registros en la Res. de 4 de Julio de 1879, que consideró nulo el contrato otorgado por mujer casada sin licencia de su marido, referente á tales bienes.

La mutilación, en este punto, del régimen foral se había consumado, y cuando se creía que la injusticia estaba reparada por el art. 5.º de la ley de Bases en relación con la 3.ª de éstas y preceptivo de que solo las disposiciones referentes á la celebración del matrimonio y formas de éste, así como la manera de intervenir el Estado en el celebrado por la Iglesia católica, obligarían en las regiones aforadas, vino el art. 12 de dicho cuerpo legal é hizo extensivo á éstas el título IV, introduciendo un cambio total en su régimen económico-familiar, especialmente en el de Cataluña, como veremos al estudiar el art. 61. Y por si se dudaba acerca del alcance de ese artículo 12, la Dirección general de los Registros, no obstante que la materia de parafernales se halla regulada en el tít. III del lib. IV, que nada tiene que ver con el art. 12, resolvió en 6 de Diciembre de 1898, que las leyes romanas, inspiradas en un criterio de libertad é incompatibles con el estado actual del Derecho vinieron á quedar derogadas por el art. 61 del Código, debiendo aplicarse, en los contratos que otorgue la mujer casada respecto de sus parafernales, el artículo 1.458 de aquél, cuyo Centro, en Res. de 26 de Abril de 1901, de conformidad con el art. 1.458 del citado cuerpo legal, declaró nulo un contrato sobre bienes parafernales entre los esposos.

Resultado de todo esto es que, por prescripción del art. 12, obliga en las regiones aforadas el tít. IV en su integridad, sin distinguir entre si se trata de las formas del matrimonio ó de los efectos que éste produce, tanto respecto de las personas, como de los bienes de los cónyuges, no debiendo tenerse en cuenta lo prescrito en la citada ley de Bases, que no puede invocarse como infringida en las cuestiones litigiosas, porque lo vigente es el Código y no aquélla que fué su molde.

De las formas de matrimonio

La ley reconoce dos formas de matrimonio (palabra que, según el Código Alfonsino, significa «oficio de madre»): el canónico y el civil. Respecto á la celebración del primero, en lo que dice á la intervención del Estado, la Santa Sede y el Gobierno español llegaron á un acuerdo, y ciertamente que la inteligencia del art. 42 del Código ha producido interpretaciones encontradas en la esfera oficial; díganlo, sino, la O. de la Dirección general de los Registros de 28 de Diciembre de 1900, que exigió para la celebración del matrimonio civil el requisito de que los contrayentes asegurasen, bajo su palabra, que no profesaban la religión católica, porque, caso contrario, debían unirse canonicamente; la R. O. de 27 de Agosto de 1906 proclamadora de una doctrina radicalmente opuesta, en respeto á la libertad de conciencia, fundado este criterio en las declaraciones hechas por el Sr. Gamazo en la sesión del Congreso de los Diputados de 16 de Abril de 1889, al discutirse la publicación del Código y, por último, la R. O. de 28 de Febrero de 1907, dada durante el gobierno conservador, donde, apartando el fondo de la cuestión, considera una extralimitación ministerial la antes citada disposición que atribuye al oficio gubernativo los derechos de la familia y tal vez la firmeza misma del vínculo conyugal, siendo así que solo á los Tribunales de Justicia incumbe la interpretación de las leyes.

En nuestro sentir, el art. 42, antes citado, no autoriza á que se hagan declaraciones que violenten la libertad de conciencia, consagrada por el art. 11 de la Constitución del Estado; y si bien á los Tribunales de Justicia corresponde la interpretación de las leyes, el Gobierno debe velar por la pureza de éstas y para que los preceptos constitucionales no sean, en manera alguna, infringidos. Y cuenta que nos acompaña en esta opinión la muy autorizada y nada sospe-

chosa del comentarista Sr. Manresa, afiliado, durante muchos años, al partido conservador é individuo que fué de la Comisión de Códigos.

Con verdadera delectación hemos visto el meritísimo discurso que acaba de leer en el solemne acto de Apertura de Tribunales el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Excmo. Sr. D. José de Aldecoa y Villasante. Este ilustre jurisconsulto, tratando tan palpitante problema, se decide francamente en favor de la opinión dada por Manresa y seguida por nosotros, tocante á que no puede darse al art. 42 esa interpretación tan estrecha, que prohíbe á los Jueces municipales cursar los expedientes y autorizar los matrimonios civiles de quienes lo pretendan, porque semejante sentir es abiertamente opuesto «al espíritu de concordia con que ambos poderes procedieron para establecer en el Código el matrimonio civil, sin los radicalismos de la ley de 1870».

No ya solo un valor docente, si que de un peso decisivo en la balanza de la discusión, tienen las palabras del Sr. Aldecoa, expuestas en acto tan solemne, y abillantadas con la elevación del cargo que ejerce y la autoridad que les da su ilustración y experiencia; de fijo que reflejan la opinión de la Magistratura española.

Disposiciones comunes á las dos formas de matrimonio

La familia natural, la verdadera familia, puede ser hija de la generación legítima ó de la ilegítima; el punto de arranque de la primera es el matrimonio.

La familia civil, hija de la ley, tiene por origen artificial la adopción. Y puesto que el matrimonio es unión perpétua é indisoluble del varón y la mujer, conforme á las leyes de cada país, para el auxilio mútuo de los cónyuges, la procreación y educación de la familia, sin que tenga el concepto civil y religioso dado por Modestino en su definición, al señalar que por ese consorcio se comunica el Derecho divino y humano, por ser hoy muy distintas las costumbres y el ambiente social en que viven los pueblos, el Legislador está en el deber de regular, en sus aspectos público y privado, tan importante institución, que es, sin disputa, la más culminante del Derecho civil y de mayor trascendencia que la de la propiedad, aún cuando esta última sea, para el eminente escritor Sr. Dorado, la que caracteriza el régimen jurídico civil.

De los esponsales

En la sección 2.^a del tít. IV, se ha tenido en cuenta la ley del Disenso paterno de 20 de Junio de 1862 que, por su índole general, obligó en todos los territorios españoles.

El Fuero Juzgo, con su carácter nacional y el Fuero Real, después, sin esa cualidad (aunque sobre esto último se ha discutido largo y tendido por notables jurisconsultos, entre ellos D. Eduardo Pérez Pujol y D. Eugenio Montero Ríos, sobre si era ó no de los llamados usados y guardados), consideraron los esponsales como verdadero matrimonio y castigaron, como reo de adulterio, al que no guardaba la fe prometida, porque así se borraban, sino los odios, cuando menos los resquemores de las familias cuyos eran los contrayentes.

La ley de Partidas no dió tal relieve obligatorio á los esponsales, que producían mayor ó menor efecto según que el incumplimiento de la promesa se debiese á causa ajena á la voluntad de los contrayentes ó fuere de su albedrío; vínculo que podían contraer los mayores de siete años, de palabra ó por escrito, en documento público ó privado y puramente ó bajo condición.

D. Jaime I dió valor y eficacia á los esponsales en el año 1218, disponiendo que cayese en cierta pena el que faltare á la palabra de casamiento.

Al influjo de las nuevas corrientes se fueron suavizando los rigores de las leyes en materia de esponsales, con motivo de los abusos que, por razón de los mismos, se cometían; por esto, D. Fernando I, en las Cortes de Barcelona de 1413, prohibió los esponsales secretos, y por si las reglas que trazara fueran dudosas, D. Carlos, en las terceras Cortes de Monzón, confirmó el texto anterior y aclaró sus preceptos, resplandeciendo siempre en la curia eclesiástica del Obispado de Cataluña el espíritu favorable á la libertad de los cónyuges en los pleitos llevados en apelación, referentes á esponsales.

De manera, que cuando Carlos IV en 1803 dispuso que los esponsales, para ser válidos, tenían que contraerse por persona capaz de unirse en matrimonio, concurriendo, en su defecto, las personas llamadas á dar la licencia y que habían de constar en escritura pública, so pena de que ningún tribunal eclesiástico admitiera demanda dirigida al cumplimiento de aquéllos, se tenía por delante un provechoso precedente en la legislación foral, habiendo, por fin, cristalizado esa tendencia de condicionar la materia de esponsales en el

Código civil, en sus arts. 43 y 44, declarando que tales promesas no producen obligación de contraer matrimonio; que ningún Tribunal (lo mismo eclesiástico que civil) admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento; que si se hubiera hecho en documento público ó privado por un mayor de edad ó por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio ó si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado á resarcir á la otra parte de los gastos que hubiere hecho por razón del matrimonio prometido.

No deben confundirse los esponsales con las donaciones esponsalicias; los primeros, ya se contraigan en documento público ó privado ó se hubiesen publicado las proclamas—pues no es preciso que consten en escritura pública como exigía la ley 18, tit. II, lib. X de la Novísima Recopilación—producen los efectos civiles antes señalados, en tanto que las segundas son larguezas ó liberalidades que, á base de los esponsales (por eso se llaman donaciones causales), se hacen los esposos, en términos que no producen efecto y cada uno recobra lo que hubiese dado, si el matrimonio no llegara á celebrarse.

Al año de la negativa á la celebración del matrimonio prescribe la acción para pedir el resarcimiento de dichos gastos.

Importa decir que los esponsales constituyen un impedimento impediente y que la Vicaría eclesiástica del Arzobispado de Santiago prohibió que se admitieran y tramitaran demandas de esponsales, si no constasen éstos en escritura pública, de cuyo carácter no participa el expediente matrimonial, ni el documento otorgado ante el párroco y testigos, conforme á lo declarado por la sagrada congregación del Concilio.

Prohibiciones para contraer matrimonio

El art. 45 prohíbe el matrimonio al menor de edad que no haya obtenido la licencia y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas á quienes corresponda otorgar una y otro en los casos determinados por la ley.

Ahora bien; la mayoría de edad en Cataluña, Navarra y Vizcaya se tiene á los veinticinco años, en las Baleares á los veintitres y en Aragón á los veinte, aunque á los catorce puedan otorgarse capítulos matrimoniales, cosa distinta de la celebración del matrimonio,

tanto que éste puede contraerse sin necesidad de que aquéllos se celebren.

Además, la ley del Disenso paterno, al exigir el consentimiento ó consejo para contraer matrimonio, dando reglas y señalando edades, según que los contrayentes fuesen varones ó hembras, tuvo carácter general, y el Código civil, al prohibir el matrimonio á los menores de edad, se refiere á la que cada legislación establece, pues, en otro caso, si hubiera querido referirse á la de veintitres años, ó sea á la fijada en el Derecho común, lo hubiera dicho. Y respecto á la determinada por el Fuero aragonés, creemos que no puede ser la de catorce años, pues esta mayoría de edad es excepcional para determinados casos, y es regla de Hermenéutica que la excepción tiene que tomarse en sentido estricto, nunca para hacerla extensiva á casos y cosas no comprendidos en la misma; resultando de esto que la mayoría de edad, en lo que al punto que estudiamos se refiere, es la que en Aragón se llama entera ó plena, que se tiene á los veinte años.

En las págs. 314 y 316 del tomo III de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» hemos planteado y resuelto los problemas relacionados con la inteligencia que debe darse al art. 45 del Código civil.

Asimismo, se prohíbe el matrimonio á la viuda durante los 301 días siguientes á la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento si hubiese quedado en cinta, y á la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo en los mismos casos y término, á contar desde su separación legal, disposición que, teniendo por precedentes la ley 2.^a tít. IX, lib. V del Código de Justiniano y la 3.^a tít. VI, Part. VII, tiende á evitar la confusión de prole; siendo una excepción lamentable, en este punto, siquiera la autorizase el interés de fomentar la población, la ley atribuída á D. Enrique III, dada en el año 1400, que es la 4.^a tít. II, lib. X de la Novísima Recopilación, que autorizaba á las mujeres viudas para casar libremente dentro del año de ocurrida la muerte de sus maridos, sin pena ni infamia alguna. Esto, que constituye una verdadera licencia y como tal, repñida con la moral y la justicia, no podía quedar sin prohibición, como la estableció el art. 5.^o de la ley de Matrimonio civil, á no ser que la viuda obtuviese dispensa, y sin el debido castigo, como el señalado por el art. 490 del Código penal; sanciones ambas que están vigentes y á las cuales se añade la del art. 50 del Código civil.

Aún cuando la Teratología registra casos de embarazos que han durado dos años, esto es una excepción singularísima, y por más

que lo común de la preñez en las mujeres es que dure nueve meses y unos días, la ley, al permitir á la viuda contraer matrimonio después de los 301 días, se ha colocado en un buen criterio de razón, porque lo anómalo no puede ser parte á destruir lo que debe ser regla general, fundada en los dictados de la Ciencia.

También se prohíbe el matrimonio al tutor y á sus descendientes con las personas que tenga ó haya tenido en guarda hasta que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta á tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento ó en escritura pública.

Esta prohibición, enderezada á prevenir fraudes que comprometan la fortuna de los huérfanos, se halla inspirada en un principio moral y es de índole civil, y si la Iglesia no la incluye taxativamente entre los impedimentos impedientes, puede suponerse que la aprueba, aunque sea la autoridad secular quien la establece, en uso de sus atribuciones y por lo que respecta al carácter especial de contrato que, aparte del de Sacramento, reviste el matrimonio católico.

Esa prohibición, que aparecía en el Digesto y en el Código de Justiniano, fuente supletoria del Derecho catalán y del navarro, no figuró en el Derecho tradicional de Castilla hasta que obtuvo forma sancitiva en el art. 392 del Código penal de 1848, reproducida en el 392 del vigente, figurando también en el art. 6.º de la ley de Matrimonio civil, aunque limitada al tutor y á sus descendientes.

La contradicción que aparecía, comparando dicha ley con el Código penal, se ha borrado con el texto del art. 45 en su caso 3.º, bien que éste, por su letra, préstase á dudas en lo tocante á que solo el padre del menor puede autorizar en testamento ó en escritura pública el casamiento de éste con el tutor ó sus descendientes, facultad que, en buenos principios, debe tener también la madre si á la sazón ejerce la patria potestad, toda vez que no hay razón alguna abonadora de semejante distinción, porque si el Legislador, al establecer tal dispensa del impedimento civil, consagra el respeto á la voluntad del padre, el cual puede apreciar la honorabilidad del guardador y de sus descendientes, lo mismo ocurre con la madre, que no menos celosa es del bien de sus hijos.

Puede decirse que esa dispensa es una de las prerrogativas de la patria potestad, al igual que la establecida en el art. 260 en relación con el 207 del Código, que exime de la obligación de afianzar la tutela al tutor testamentario que hubiese sido relevado de ella por el padre ó la madre.

En el art. 46, prescribe el Código que la licencia debe ser concedida á los hijos legítimos (no «debe ser pedida por los hijos legítimos») por el padre; faltando éste ó hallándose impedido, corresponde otorgarla, por su orden, á la madre, á los abuelos paterno y materno y, en defecto de todos, al consejo de familia.

Este precepto no brilla por su claridad y préstase á no pocas dudas. Lo indiscutible es que la licencia para contraer matrimonio no constituye atributo de la patria potestad, por cuanto pueden otorgarla los abuelos, tanto varones como hembras, pues donde la ley emplea la locución masculina se entiende incluida la femenina, en buena Hermenéutica, como hemos dicho, bien que los abuelos paternos gozan, en este respecto, de preferencia sobre los maternos.

Si pues semejante requisito no es una prerrogativa de la patria potestad, su único fundamento estriba en que, por un capricho del momento, al impulso de los deseos naturales y frecuentes en la juventud, cuando la vida se presenta dorada de ilusiones, se contenga la irreflexión y la inexperiencia del menor, por quien tiene el deber de guiarle, para que no caiga en la infelicidad; y ningún guía mejor que los padres, los abuelos y los individuos que constituyen el consejo de familia, si el solicitante de la licencia se halla bajo tutela.

Hemos dicho que ese artículo provoca dudas. ¿Qué significan las palabras «faltando» ó «hallándose impedido el padre»? Seguramente que con la de *faltar* se significa la de muerte. ¿Pero, qué alcance tiene la de *impedido*? El impedimento puede ser físico ó legal, tenga ó no el padre esa patria potestad, puesto que la licencia no es, como acabamos de sentar, prerrogativa de ella.

Aunque el padre esté ausente, mientras su ausencia no se declare se le tiene por presente y solo cuando recaiga resolución judicial declaratoria de ese estado, es cuando podrá decirse que existe tal impedimento; de lo contrario resultaría que el hijo, aprovechándose de la ausencia transitoria, accidental, de por días, con ocasión de un viaje que hiciese su padre refractario al matrimonio concertado, acudiese á su madre, propicia á otorgarle el consentimiento, con lo que quedaría relajada la disciplina familiar. ¿Y si el padre se halla sufriendo la pena de interdicción? Consecuente con la tesis de que dicha licencia no es atributo de la patria potestad, de la cual se priva al interdicto, podría concluirse que á éste no se le puede despojar de semejante derecho; pero adviértase que, en el fondo, la interdicción relaja los vínculos de la familia y á quien se le priva

de la autoridad paterna y de la marital sería absurdo reconocerle un derecho que solo se tiene dentro de la familia y que la ley, al concederlo á las personas que expresa, es porque supone que concen, de cerca, no ya las condiciones y grado de experiencia del solicitante, si que las de aquel ó aquélla con quien se ha de unir en vínculo conyugal.

Claro está que si el padre se halla constituído en tutela (que no sea la de por razón de prodigalidad), ya por motivo de enfermedad ó de pena, es un contrasentido que, en esta situación, sea él quien dé la licencia; lo más razonable es que la preste la madre y, estando colocada en esa misma condición de guarda, corresponda otorgarla á los abuelos, etc., como hemos dicho.

Ni la nulidad del matrimonio, ni el divorcio pueden impedir que se siga el orden establecido en el precepto, á menos de que este caso de separación de cuerpos provenga de causa relacionada con los hijos, pues el fundamento de la licencia es el vínculo natural, de una parte, y el deber de respeto y sumisión que el solicitante debe tener para con ciertas personas, de otra.

Opinamos, con Manresa, que el primer párrafo del art. 46 es aplicable á los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.

Tratándose de hijos naturales, reconocidos ó legitimados por concesión real, el consentimiento deberá ser pedido (el texto promiscúa las palabras licencia y consentimiento, que para el caso son lo mismo) á los que los reconocieren y legitimaren, á sus ascendientes y al consejo de familia.

Fijémonos en que el texto no dice «abuelos», sino «ascendientes», bajo cuya acepción se comprenden los bisabuelos.

Si al primer párrafo del art. 46 se le diese interpretacion literal, respecto de la palabra «abuelos», no incluyendo en éstos á los bisabuelos, resultaría con menor extension que el párrafo segundo, donde se emplea, con mayor propiedad, la frase «ascendientes», cosa que no puede admitirse por estar reñida con el espíritu que informa el precepto, contrario á tal distinción en este punto.

Donde resplandece el pensamiento del Legislador de que la licencia debe otorgarla quien tiene de cerca al solicitante y lo guía por el sendero de la vida, es en el párrafo 3.º, preceptivo de que, tratándose de hijos adoptivos, deberá pedirse el consentimiento al padre adoptante y, en su defecto, á las personas de la familia natural á quienes corresponda; prescripción no comprendida en la ley de 1862 y muy puesta en razón, porque, quien echa sobre sus hombros el

peso de la paternidad civil, entre las satisfacciones de tener un hijo que la Naturaleza le niega, debe ejercer esa prerrogativa de cariño y protección; pero cuando ese adoptante no existe, la licencia debe pedirse á la familia natural del menor, siguiendo el orden establecido, según sea legítimo ó natural, en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 42.

Y si el adoptante estuviese sujeto á tutela ó se hallase ausente, ó, más claro, si estuviese impedido ¿quién deberá dar la licencia? La ley no prevé este caso, pero, por paridad de razón, creemos que corresponde otorgarla á la familia natural por el orden señalado, pues los artículos de la ley deben interpretarse unos con otros para que se completen y resulte de esta operación lógica su más recto sentido.

Los demás hijos ilegítimos obtendrán el consentimiento de su madre, cuando fuere legalmente conocida; el de los abuelos maternos en el mismo caso y, á falta de unos y otros, el del consejo de familia.

Se ha separado este precepto del art. 13 de la ley de 1862, el padre no es quien puede dar el consentimiento, ni los abuelos paternos, y vaya una anomalía: Si la paternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal ó civil, ó resulta de un documento indubitado en el que el padre reconozca la filiación, éste viene obligado á alimentar á su hijo, por así prescribirlo el art. 140 en relación con el 139 del Código y, á pesar de esto, ese padre no tiene la prerrogativa de dar la licencia, atribuída á la madre cuando es conocida.

Si tiene la obligación de alimentar á su hijo reconocido voluntariamente ó cuando la paternidad se infiera de sentencia judicial, y si la licencia no se funda en la patria potestad, sí que en los vínculos naturales y en el deseo de procurar por la suerte del hijo ¿porqué, no teniendo éste madre conocida, no se ha de otorgar á ese padre el derecho á dar el consentimiento, por lo mismo que pesa sobre él esa obligación ineludible de alimentar?

A los jefes de las Casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los educados en ellas.

Y si estos expósitos tienen padre ó madre ú otro ascendiente, en el caso de reunir la condición de naturales reconocidos ¿quién deberá darles la licencia? Entendemos que éstos últimos, puesto que esos jefes á modo de curadores, como los consideró la ley de 1862, obran, en tal respecto, subsidiariamente. El último párrafo del art. 46 tiende á suplir las omisiones que, en este punto, encierran los que le prece-

den; y como los hijos naturales reconocidos deben pedir la licencia á sus padres, á esto hay que atenerse, en primer lugar.

Acabamos de estudiar la materia de licencia para contraer matrimonio; entremos en la de

Consejo paterno

Prescribe el art. 47 del Código que los hijos mayores de edad están obligados á pedir consejo al padre y en su defecto á la madre.

Fúndase esta prescripción en el cariño, respeto y reverencia que los hijos deben á sus padres. Ninguno con más interés y solicitud que éstos para aconsejarles en un acto tan trascendental como lo es el de tomar estado de matrimonio.

García Goyena, el más autorizado comentarista que tuvo el proyecto de Código civil de 1851, dando matices á su docta pluma, escribe lo siguiente: «El matrimonio es entre todas las acciones humanas, la más interesante y casi decisiva de la felicidad ó desdicha de la vida; debe, pues, rodeársele de todas las precauciones posibles, puesto que el error ó desacierto, una vez cometido, es irreparable. Para tener derecho á contraer obligaciones conviene antes conocerlas. Ninguna legislación abandonó á los hijos á sí mismos en la primera edad de las pasiones, para dar este paso resbaladizo sobre una alfombra de flores que cubre, muchas veces, un abismo de miserias; y, naturalmente, hubo de apelar á la intervención de los padres, tanto por la ternura con que aman á sus hijos, como por ser ellos mismos interesados, NI IPSIS IN LITIS AGNASEATUR SUUS HERES (Ley 2.^a, tít. II, lib. XII del Digesto) el nieto ha de llevar el apellido y puede ser su heredero forzoso».

El Derecho romano, siguiendo la influencia jurídica de los pueblos de Oriente, exigió el consentimiento paterno para la validez del matrimonio; pero habida cuenta á que había padres tan tercios que, caprichosamente, lo negaban, se dispuso que podían los hijos recurrir á los procónsules contra el disenso inmotivado.

El Fuero Juzgo, el Fuero Real, los Fueros municipales y la legislación catalana—como veremos—también contenían semejante prohibición: el que la infringía podía ser desheredado, castigo que se fué suavizando, pues la Pragmática de 1776 introdujo un recurso de alzada, contra el disenso paterno, para ante la justicia real ordinaria, y más tarde para ante los jefes políticos, según lo dispuesto en el

R. D. de 30 de Agosto de 1836, y, claro quien usando de su derecho, alcanzaba justicia no podía salir perjudicado, con lo cual, virtualmente, quedaba proscrita tan dura sanción civil.

La ley de Disenso paterno de 1862, siguiendo otra directiva, no atribuyó al Poder público aquella facultad resolutive contra el disenso paterno y sólo dió un plazo de tres meses entre la petición de consejo y la celebración del matrimonio, para que, enfriadas las pasiones, padres ó abuelos é hijos resolviesen lo que estimaran más conveniente.

El Código ha venido á excluir á los abuelos de esa prerrogativa, unicamente atribuída á los padres, fundada en el deber de reverencia que para con éstos tienen y deben tener siempre sus hijos.

No distingue entre hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos é ilegítimos; cualquiera que sea su condición en la familia, siendo mayores de edad según la ley común ó foral á que se hallen sujetos, tienen el deber de pedir el consejo.

La cuestión se presenta, tratándose de viudos. ¿Tienen obligación de solicitarlo? Así lo entiende Manresa, fundándose en la letra de la ley, y aún cuando el deber de reverencia se tiene siempre, porque entra en el orden moral de la familia, no es parte, á nuestro ver, para condicionar un derecho que estuvo ya satisfecho: el hijo, siendo soltero cuando casó y fundó una familia cumplió esa obligación de pedir el consejo; sus padres, al dárselo, vieron en él el grado de experiencia necesario para tomar estado y, de consiguiente, huelga pedir de nuevo el consejo, cuya petición supone que ese hijo necesita otra vez lo que ya se le había dado.

Prueba de la obtención de licencia ó del consejo

La palabra vuela, el escrito perpetúa y no es cosa de que, en un requisito tan importante como es la licencia ó el consejo, se deje su prueba á la palabra hablada y acaso á la presunción; de aquí que deba acreditarse la solicitud de los mismos por medio de documento que autorice un Notario civil ó eclesiástico ó el juez municipal del domicilio del solicitante, según prescribe el art. 48; en el bien entendido que, según reza el art. 47 del mismo, el hijo que no obtuviere el consejo ó le fuere desfavorable, no podrá casar hasta tres meses después de hecha la petición de la manera formal antes expresada.

El Código penal no castiga al que se case sin solicitar el consejo

paterno, como tampoco al párroco que celebre el matrimonio, pero sí, en el art. 493, al Juez municipal que lo autorice, quien incurre en la pena de suspensión y multa. La Pragmática de 10 de Abril de 1803, castigaba con expatriación y pérdida de temporalidades al Vicario que autorizara el matrimonio sin los requisitos prevenidos, y la ley de 20 de Junio de 1862, castigaba al párroco con arresto mayor.

Precisa reformar en este punto el Código penal, poniéndolo en armonía con la ley civil.

El art. 49, respetando los motivos que los padres tengan para negar la licencia ó el consejo ó para concederlo, prescribe que aquéllos no vienen obligados á manifestar las razones en que funden su resolución y que contra su disenso no se da recurso alguno. Esto último es contrario á lo que dispuso la citada pragmática de 1776, que autorizaba el recurso dealzada, y, en cambio, concuerda con la de 10 de Abril de 1803, que relevaba á los padres de la obligación de expresar la causa en que fundasen su negativa.

Tratándose de licencia, los padres no vienen obligados á concurrir ni ante Notario público, ni eclesiástico, ni ante el Juez municipal, como tampoco la tienen los abuelos ni el consejo de familia si el solicitante es menor de edad.

Refiriéndose al consejo, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 1.936 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el cual se faculta al mayor de veintitres años, si es varón y á la de veinte años, si es mujer, para acudir al Juez municipal solicitando que requiera al padre para dar el consejo, pudiéndose presentar estos tres casos; que el requerido comparezca, que se niegue á comparecer y que no pueda hacerlo por enfermedad ú otro impedimento legítimo.

En el primero, se extenderá la comparecencia por medio de acta, que deberá expresar la petición del hijo, el requerimiento que el juzgado haga al padre y la contestación favorable ó adversa al matrimonio que dé sin admitirle evasivas ni excusas de ninguna clase, bajo la prevención de que, en otro caso, se entenderá dado el consejo favorable; en el segundo, esto es, si no compareciere, se le citará de nuevo y si persistiere en su desobediencia, después de la tercera citación se tendrá por dado el consejo favorable al matrimonio, y en el tercer caso, mediando enfermedad ó imposibilidad legítima, el Juez se trasladará al local donde esté el padre (no precisa que el hijo concurra, como tampoco es preciso que asista al Juzgado) al objeto de recibir su declaración. En todos estos casos se entregará al hijo copia certificada para el uso de su derecho, según

que haya obtenido licencia, voluntariamente dada, consejo ó negativa de aquél, debiendo significar que los tres meses, á que se refiere el art. 48 del Código, deben contarse desde la comparecencia del padre.

Adviértase que el art. 1.936 de la ley procesal, refiriéndose á la edad que deben tener los hijos para pedir el consejo, señala la de 23 años si es varón y la de 20 si es mujer y que el Código dice mayor de edad, sin distinguir sexos. Ahora bien; como la ley de Enjuiciamiento civil obligó en toda España, las regiones forales, aún cuando la mayoría de edad en unas es de veinticinco y en otras de veinte, tenían que ajustarse á dicha ley, y como el Código no determina años, sino que el solicitante sea mayor de edad, surge la duda de si debe ser la de 23. A nuestro ver, el Código respeta, en este punto, la mayor edad establecida en el Derecho foral, porque si hubiera querido señalar la de veintitres años, lo hubiera hecho, como lo hizo el art. 15 de la ley de Disenso paterno, desarrollado por el art. 1.936 de la de Enjuiciamiento civil.

Sanciones

Y llegamos á uno de los artículos más importantes de este título IV, cual es el 50, dispositivo de que, si á pesar de la prohibición del art. 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal (art. 489), quedarán sometidos á las siguientes reglas: Se entenderá contraído el matrimonio con absoluta separación de bienes y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Varios sistemas económico-familiares reconoce nuestro derecho patrio; el de separación completa de patrimonios que existe en las Islas Baleares, pues allí no ha sido costumbre constituir dote, teniendo los bienes de la mujer el carácter de parafernales, cuya administración se encomienda al marido, si es mayor de 18 años, para atender, con sus frutos, á levantar las cargas del matrimonio; el dotal, general en Cataluña, tomado del Derecho romano; el mismo dotal en Navarra, combinado con el llamado de conquistas ó sean los bienes aumentados durante el consorcio legal; el aragonés, que reconoce

la dote, distinguiendo los bienes de ésta en sitios y muebles, así como establece el régimen de gananciales, pero que no admite los parafernales; el de Vizcaya, que reconoce la dote, admite los gananciales y llega á extender la sociedad legal hasta los capitales de los esposos, tomando la forma de comunidad si quedan hijos ó descendientes legítimos vivos del matrimonio, aunque haya diferencia en las aportaciones de los cónyuges, surgiendo, con esto, la hermandad ó compañía; y, por último, la de comunidad de bienes que reconoce el fuero de Baylío incluido en la ley 12, tít. IV, lib. X de la Novísima Recopilación.

Si estos sistemas no fueran bastantes, el Código civil, en su artículo 1.315, teniendo por precedentes el Derecho catalán y el aragonés y exaltando el principio de libertad de contratación, prescribe que los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en el mismo.

La separación de bienes, que unicamente en Baleares constituye régimen económico-familiar, y que en capitulaciones puede establecerse en Cataluña y en Aragón ó que puede pactarse dada la libertad de estipulación consagrada por el art. 1.315 del Código, por el art. 50 de éste se convierte en régimen de castigo, á modo de pena civil impuesta á quien contraiga matrimonio sin haber obtenido la licencia ó no pedido el consejo prevenidos. Y ocurre que, por el párrafo 2.º del art. 489 del Código penal, se indulta de la pena de prisión correccional, en sus grados mínimo y medio, al menor que contraiga matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó de las personas que, para el efecto, hagan sus veces, tan luego como éstas lo aprueben, indulto que no vemos establecido en el Código civil, pues aquel ó aquellos infractores de su art. 45, quieran ó no quieran, han de estar sujetos á ese régimen de separación de bienes, y el marido no tendrá, como en las Baleares, á pesar de este sistema, la administración de los parafernales de su mujer; ésta la conservará haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio; no podrá darse la comunidad de bienes del fuero de Baylío, ni la hermandad ó compañía de Vizcaya, ni los esposos podrán, dentro del consorcio, establecer capítulos como en Aragón y en Cataluña, ni, en fin, habrán conquistas como en Navarra, ni gananciales como en Castilla; el único régimen, pues, será el de castigo, no indultado por la

ley, aunque los padres ó las personas á quienes debió pedirse la licencia ó consejo aprueben, después, el matrimonio contraído.

En nuestra obra inédita «Los grandes problemas jurídicos», estudiamos ampliamente lo dispuesto en el art. 50 del Código y los fundamentos en que se apoya.

Siguiendo en el examen de tan importante precepto, es de consignar que otra de las sanciones consiste en que ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ni testamento.

Si el fundamento de la sanción á que se refiere la regla 1.^a del art. 50 es, como dice Manresa, evitar «que un hábil seductor se apodere, por medio del matrimonio, del caudal de su víctima, lo malbarate y destroce, pagando con el capital de la mujer el menosprecio y deshonor de la misma», (aún cuando puede haber casos en que el hombre sea realmente el seducido), el legislador tenía que cerrar el portillo al burlado fraude de su ordenamiento, prohibiendo las donaciones entre cónyuges por actos intervivos y por testamento, puesto que con estas liberalidades podría suavizarse y acaso dejar sin efecto, sobrepticiamente, el castigo de la separación de bienes; pero, adviértase que esas donaciones son las que se hagan los cónyuges como tales, constante el matrimonio, no las que se hubieran hecho antes de unirse, y, además, no dando interpretación dura y estricta á la letra de la ley, no deben comprenderse entre las mismas, ni las de joyas otorgadas á la mujer con el fin de que se presente más adornada durante el consorcio, como se acostumbra á hacer en Cataluña, ni las de regalos módicos que los esposos se hagan en ocasión de regocijo para la familia; porque, en las primeras, la mujer no adquiere el dominio, y sí solo el derecho á reclamar una de aquellas alhajas de oro ó de plata, y en los segundos, tales obsequios son de poco valor, en tributo á las alegrías del hogar, y, claro, que, ni por unas ni por otros, hay verdadero enriquecimiento por parte de los donatarios y solo se descubre, en el fondo moral de esas larguezas, la satisfacción que el marido siente de ver á su mujer bien presentada en sociedad y la complacencia de ambos al celebrar días venturosos para el hogar doméstico.

Añade el art. 50—como otra sanción—que si uno de los cónyuges fuese menor de edad no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue á la mayor edad. Entre tanto, sólo tendrá derecho á alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes.

Algunos comentaristas, juzgando el art. 50, ponen de relieve su injusticia, al suponer que, en el caso de infringir la mujer la prohibición legal, el marido resulta ser el castigado, porque pierde los derechos de administrador de la sociedad conyugal que le atribuye el art. 59.

No vemos esa injusticia, porque, siendo la mujer administradora de los bienes parafernales, por el derecho común y por el foral de Cataluña y Navarra, al ser menor de edad, según la respectiva legislación, no puede administrar su patrimonio extra-dotul, cosa que corresponde á sus padres ó al consejo de familia si estuviese bajo la protección tutelar.

Aún cuando uno de los cónyuges haya cumplido, pidiendo la licencia ó solicitando el consejo, si el otro no lo hubiere hecho, no por ésto se zafa de las sanciones penales y civiles de que nos venimos ocupando, porque toma parte directa en la comisión de un hecho prohibido por la ley, aunque ésta no lo declare nulo.

Y adviértase, que, si esos esposos estuvieran emancipados, no se les privará de la administración, porque ésta constituye un derecho por ellos adquirido, cuando, voluntariamente, salieron de la patria potestad ú obtuvieron la habilitación de edad; otra cosa sería palmaria injusticia.

Pero, aún privados de esa administración, esos esposos contraventores tienen derecho á alimentos. ¿Cuáles? Los del art. 142, que es el normal en dicha materia; pero nunca podrán exceder de la renta líquida de los bienes, pues si fuesen superiores á ésta se mermaría el patrimonio de los cónyuges.

Por último; en los casos del núm. 3.º del art. 45 (refiérese al matrimonio del tutor ó de sus descendientes con la persona que tengan ó hayan tenido en guarda, etc.), ese guardador perderá, además, la administración de los bienes de la pupila.

¿Y si el tutelado fuese varón y se hubiera casado con él la descendiente del tutor? El Código habla de pupila, así, en femenino, y no prevé el caso que presentamos, pero, en buena hermenéutica y puesto que el fundamento de esa prohibición es evitar fraudes, no debe continuar éste en la administración, pues, como la mujer de César, no basta que sea hourado, sino que ha de parecerlo.

Holgaba se dijese, en la segunda parte de la regla 2.ª del art. 50, que lo dispuesto en ella y en la anterior no es aplicable á la viuda que contraiga matrimonio durante los trescientos y un días siguientes á la muerte de su marido... etc., (núm. 2.º del art. 45), si ha

obtenido dispensa, pues, habiéndola, queda de hecho y de derecho eximida de semejante prohibición; pero como, después de esa excepción colocada en el lugar que se ha dicho, aparece la regla tercera, resulta incompleto el pensamiento del legislador que, unicamente puede interpretarse en favor de la extensión de su ordenamiento, favorable á la viuda, teniendo en cuenta que ésta, por razón de su matrimonio anterior, legalmente celebrado, fué emancipada por ministerio de la ley y, con tal carácter, conserva la administración de sus bienes parafernales, porque, aún cuando los confiara á su marido, por la muerte de éste la recobró, así como la de los dotales y de los gananciales, en el caso de corresponderle en la liquidación de la sociedad conyugal, practicada por causa de tal óbito ó por la nulidad del matrimonio.

Inexistencia y disolución del matrimonio

Castigando el art. 486 del Código penal el delito de bigamia, no puede la ley civil autorizar esta doble é inmoral unión, por ser contraria, en sus formas de poligamia ó de poliandria, á la esencia del matrimonio. Uno de los impedimentos dirimentes del mismo es el llamado *LIGAMEN*, por el Derecho canónico.

Considérase, pues, como matrimonio inexistente, aquél en que cualquiera de los cónyuges se halle unido legítimamente.

Sostiene Manresa que este matrimonio producirá efectos civiles (art. 69), siempre que se contraiga de buena fé, y si la ha habido mala por parte de ambos cónyuges, efectos circunscritos á los hijos.

En nuestra citada obra «Los grandes problemas jurídicos» tratamos con extensión este punto.

Han cesado las presunciones de muerte, en orden á la disolución del matrimonio.

Prescribió el art. 90 de la ley de Matrimonio civil, que la ausencia prolongada de uno de los cónyuges, con ignorancia de su paradero, no sería causa de presunción de su muerte, á no ser que durase hasta que tuviera cien años de edad el ausente, en cuyo caso se le tendría por fallecido; pero como pudiera llegar á esa longevidad de más de un siglo, no el que está presente—porque puede ser joven—sino el que se halla en ausencia, resultaría que, por semejante pre-

sunción, daría lugar la ley á que se cometiese el delito de bigamia; por esto el art. 52 del Código, más circunspecto que el 90 de la ley de Matrimonio civil, dice, en redondo, que se disuelve el vínculo conyugal por la muerte de uno de los cónyuges, quedando, de este modo, derogadas también las leyes 8.^a, tít. IX, Part. IV y la 5.^a, título XVII, Part. VII, en las que, parece, se basó la ley de 1870.

De la prueba del matrimonio

Se dice en las escuelas que se entiende por prueba el medio de averiguar en juicio la verdad de una cosa negada ó dudosa. La prueba no siempre incumbe al demandante, sino al que afirma, nunca al que niega, á menos que la afirmación se base en presunción de ley, y, claro, el que sostenga la existencia de un matrimonio habrá de justificarla. ¿De qué modo? Pues como preceptúa la sección 3.^a, que es la que vamos á estudiar.

Si el matrimonio se celebró antes de 1.^o de Mayo de 1889, que empezó á regir el Código civil, su prueba directa, regular, normal y ordinaria es la establecida por la ley de 18 de Junio de 1870 (que empezó á regir en 1.^o de Septiembre del propio año respecto de los matrimonios celebrados posteriormente á la vigencia de dicha ley) cuya prueba consiste en el acta del Registro civil, ya se trate de matrimonio canónico, ya de matrimonio civil, de la que no puede excusarse, pues, como prescribió el Real Decreto de 17 de Febrero de 1879, no deben admitirse en las oficinas públicas, de cualquier orden que sean, las partidas de Matrimonio canónico que carezcan del requisito de la transcripción al Registro, exigida por el famoso R. D. de 9 de Febrero de 1875, restablecedor de la eficacia civil del matrimonio canónico.

Tratándose de matrimonios anteriores á la vigencia de la ley de 1.^o de Septiembre de 1870, consiste su prueba en las partidas sacramentales sacadas de los libros que los párrocos deben llevar, por haberlo así dispuesto el Concilio de Trento, pues antes de celebrarse éste, lo general en las abadías, respecto de las personas, era llevar notas relativas á la administración de los Sacramentos.

Los matrimonios posteriores al 1.^o de Mayo de 1889, sean canónicos ó civiles, solo se prueban por la certificación del acta del Registro civil; pero pudiera ocurrir que no se halle en los libros de éste, ó que hayan desaparecido, ó que, aún existiendo, se suscite contienda

ante los Tribunales, por presumir que es apócrifa la inscripción, y, en todos estos casos, puesto que se trata de averiguar la verdad negada ó dudosa, serán admisibles, como especies de prueba, cualesquiera de los medios establecidos por el art. 1.215 del Código civil, condicionando su presentación y práctica por las reglas de la Ley procesal.

Un hecho tan importante como el matrimonio, punto de arranque de la familia legítima, no puede quedar sin medios de justificación supletorios, cuando falte el directo ú ordinario constituido por la certificación del Registro ó la partida sacramental; y el Legislador, comprendiéndolo así, incluye, en el art. 54, otro medio de probanza, cual es, no la simple posesión de estado de los padres, sino este hecho cuando va unido á las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, á no constar que alguno de aquéllos estaba unido por otro matrimonio anterior, cosa muy razonable, toda vez que la ley castiga el delito de bigamia.

De manera, que un matrimonio sin hijos no puede probarse por la posesión de estado, como tampoco el que los tenga y no figuren inscritos en concepto de legítimos; y, aún, cuando esto ocurra, tampoco podrá admitirse esa prueba si el padre ó madre ó ambos están unidos por un matrimonio anterior; garantías éstas para asegurar la suerte y condición de la familia legítima, que el Código protege, y para evitar, en su daño, con trascendencia al orden social, los peligros y consecuencias del fraude á que se prestaba, quizás por mala redacción, el Código civil antes de ser revisado.

Si la garantía tomada por el Legislador, al condicionar esa posesión de estado, es que no pasen por familias regularmente constituidas las fundadas por casados que viven en amancebamiento, tampoco ha podido, ni debido prescindir de esa prueba, cuando, sin culpa, los padres no puedan proveerse de la certificación y partida sacramental, en crédito de la existencia de su matrimonio, á cuyo estado la sociedad asiente y reconoce, juzgando por hechos ostensibles, al igual que se aprecia la posesión de las cosas por la sucesión de actos que atribuyen, á quien las tiene, el carácter de dueño, aunque no le sea dable presentar su título de dominio.

Y como la posesión, lo mismo la de las cosas que la de estado, es una situación legal constituida por hechos, debe acreditarse en caso de contienda; siendo la justicia restablecedora la llamada á apreciarla por el resultado del pleito, combinando y aquilatando, con procedimiento lógico, los elementos de convicción aportados.

Si el matrimonio en el extranjero se halla sujeto á un registro regular ó auténtico, deberá acreditarse por las certificaciones de éste, pues reza en ello, el principio de Derecho internacional *LOCUS REGIT ACTUM*. En otro caso puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, entre éstos, el de posesión de estado.

Es de citar la Sent. de 21 de Junio de 1901, declaratoria de que la filiación legítima debe justificarse con las certificaciones del acta de nacimiento, sin que pueda alegarse en contrario, ni el primer párrafo del art. 53, ni el art. 54.

Por Reales Ordenes de 23 de Febrero y 4 de Marzo de 1903, que tuvieron en cuenta lo dispuesto en los arts. 53, 77 y 108 al 118 del Código civil, tratándose de matrimonios anteriores al mismo, la falta de transcripción de la partida sacramental no alcanza á destruir la legitimidad de la prole, si ésta se justifica con la partida de nacimiento, expresiva de que se trata de hijos legítimos, y si se prueba la posesión constante de estado de los padres.

De los derechos y obligaciones entre marido y mujer

Hemos dicho que el matrimonio es el punto de arranque, no de la familia en general, si que de la familia legítima; es la célula social, entidad total de primer grado, y puesto que constituye una verdadera sociedad con fines, con medios y con poder, en la cual se establecen, por el amor y por el deber, relaciones conyugales, paternofiliales y parentales, exige una cabeza, una individualidad que la gobierne y represente, no como el *PATER FAMILIAS* de Roma, armado de prerrogativas tiránicas, oficiando de dueño, de tutor, de legislador con mandatos inapelables y de juez con fallos durísimos, sino como la entiende el progreso científico, dentro del régimen general del Derecho, influido por otras ideas espiritualistas, muy distintas de las que presidieron la legislación antigua de la Ciudad Eterna.

La familia se establece y vive dentro de un régimen constituido por deberes perfectos é imperfectos que, combinados, forman los llamados ético-jurídicos que tienen sus reglas y sanciones y se corresponden con los derechos de las personas de aquélla, mediante relaciones naturales, morales y jurídicas que dan á la vida conyugal una nueva personalidad.

Ese régimen ¿á qué principios debe obedecer? Según unos, á la

tradición, á la *IN MANU MARITI* y á la *PATRIAM POTESTAS* romana, afirmándose en la primera la inferioridad de la mujer respecto del hombre; según otros, proclamadores del sentimentalismo, debe establecerse la igualdad de los esposos, puesto que éstos son carne de la misma carne y hueso del mismo hueso, como dijo San Pablo; y según los últimos, defensores de la teoría científica, cuyo pensamiento ni es llevado á la tiranía de la tradición, ni á los radicalismos, por ahora, utópicos, aunque no admiten el predominio del varón sobre la hembra, tampoco están conformes con la total igualdad de los sexos, dado que, por naturaleza, en el primero predomina la fuerza, la reflexión y el cálculo y en el segundo la debilidad, la fantasía y el sentimiento.

Y entrando en el estudio de los arts. 56, 57 y 58 del Código, es de consignar, que la obligación impuesta á los cónyuges de vivir juntos, de vivir siempre en uno—como dice la ley 1.^a, tít. II de la Part. IV—es consecuencia de ese carácter del matrimonio como sociedad y de los deberes ético-jurídicos que su celebración impone, en términos, que es ineficaz el pacto contrario á esa obligación, y aún cuando el marido tiene el recurso de impetrar el apoyo de la autoridad (si bien el Código no lo expresa) para que su mujer viva con él y le siga, se sustrae esto á la coacción y no tiene otras garantías que la moral y la de discreción en los cónyuges, aún cuando puede la mujer ser castigada por el delito de desobediencia, si se declara rebelde á la sentencia que la haya condenado á vivir con su esposo.

El domicilio de la mujer es el de su marido, al cual debe seguir á donde fije su residencia, aunque los Tribunales pueden, con justa causa, eximirla de ello, cuando su marido se traslade á Ultramar ó á países extranjeros, disposición tomada del art. 48 de la ley de Matrimonio civil, por más que ésta solo se refería al caso de ese traslado á otra nación y no á lo que fueron colonias españolas, antes de perderlas en 1898. En nuestra obra «Los grandes problemas jurídicos» tratamos con extensión este punto.

El deber de guardarse fidelidad los esposos, para que no se dé de ellos la familia ilegítima, fué reconocido por dicha ley de Partidas y se halla sancionado por los arts. 448 y 452 del Código penal, aparte de que su infracción constituye la causa de divorcio comprendida en el núm. 1.^o del art. 105 del Código civil.

El deber de socorrerse mutuamente, que es de los llamados ético-jurídicos, tiene forma de hacerse efectivo; siendo de citar la senten-

cia de 16 de Octubre de 1903, declaratoria de que la naturaleza del deber de socorrerse los esposos es compatible y exigible en todas las obligaciones, mientras no provengan de causa ilícita, así como la de 3 de Noviembre de 1905, cuya doctrina es, que la prescripción del art. 53 núm. 1.º de que los cónyuges están obligados, recíprocamente, á darse alimentos, no puede menos de hallarse subordinada á las demás disposiciones del mismo cuerpo legal que regulan la administración de la familia y los deberes de los esposos no separados legalmente, entre los que se hallan los de vivir juntos y socorrerse mutuamente, y que la obligación de suministrar alimentos el cónyuge que tenga bienes al que carezca de ellos y los necesite para subsistir, se ha de entender limitada al caso en que, con arreglo á derecho, se hubiese decretado la separación interina ó definitiva de los mismos; á lo cual solo puede llegarse, respecto del marido, cuando, en virtud de sentencia de divorcio, se le prive de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, pues, de prevalecer la doctrina contraria, se vendría á sancionar que los unidos por el vínculo conyugal podrían prescindir de él, separándose por su propia voluntad y estableciendo, en contra del art. 56, un estado de derecho completamente incompatible con la naturaleza y efectos del matrimonio, prescindiendo de los deberes inherentes al mismo y perturbando la unidad de la familia, en oposición á lo que la ley ha establecido de acuerdo con la moral.

De manera, que ni el marido ni la mujer pueden pedirse alimentos, si voluntariamente viven separados.

Es consecuencia del deber de protección que tiene el marido para con su mujer, su facultad de examinar los actos y contratos en que ésta tenga interés, así como otorgarle ó negarle la licencia prevenida por el Código, como veremos.

Exámen del artículo 59

En Derecho romano no se salía de la patria potestad por el matrimonio, pues el poder paterno sobre las personas de los hijos correspondía al descendiente del grado mayor.

Siglo y medio antes de dictarse la ley 47 de Toro declaratoria de que al hijo casado y velado se le tuviese para siempre por emancipado correspondiéndole la administración de sus bienes y los de su mujer, dióse la Constitución única, tít. VIII, lib. VII, vol. I de

las Constituciones de Cataluña, que forma el cap. XVII de las Cortes de Perpiñán celebradas en 1351 bajo el reinado de Pedro III, en la cual se dispuso, que el hijo, al contraer matrimonio con consentimiento de su madre ó de la persona bajo cuya potestad se hallase, quedaba emancipado, aunque siguiese viviendo en compañía de éstas. A dicha Constitución diósele interpretación extensiva al caso de que fuese la madre la que ejerciere esta patria potestad.

Parangonando la referida ley de Toro con la expresada Constitución catalana, échase de ver que, mientras por la primera, por el matrimonio se salía del poder paterno, mediara ó no aquel consentimiento de quien ejercía la patria potestad, por la segunda, exigíase necesariamente dicho requisito, sin duda porque, en Cataluña, se atendió al principio de unidad de la familia y, como consecuencia de éste, á estrechar los vínculos de respeto de los hijos para con sus padres, impuesto por una saludable disciplina doméstica.

Así las cosas, dictóse la ley de Matrimonio civil, cuyas prescripciones se extendieron á todas las regiones de España, por jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del Centro directivo; y como el Código la ha modificado en algunos puntos, á éste hay que atenerse, máxime, ante lo preceptuado en su art. 12, no avenido con su ley de Bases, como se ha dicho.

No solo el marido, si que la mujer, salen por el matrimonio de la patria potestad. Y si se hallan sometidos á tutela ¿continuarán bajo su protección? Para contestar á esta pregunta, digamos al paso —porque el razonamiento lo exige y sin perjuicio de tratarlo más ampliamente— que en Cataluña existía la curatela, debida á la influencia del Derecho romano, cuyo objeto era, en primer lugar, la administración de los bienes de los púberos y de los demás incapacitados y, en segundo término, la defensa de las personas de éstos.

Ahora bien; si la institución tutelar ha penetrado totalmente en el Derecho catalán, como creen algunos autores—y nosotros así lo entendemos, por más que no debiera ser,—es evidente que ha desaparecido en aquel Principado la curatela; pero si nos atenemos á la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1894, que dió al Código civil una muy discutible penetración en aquel Derecho foral, habrá de reconocerse que lo único aplicable en aquel Principado es lo que llamaríamos lo externo y formal de dicha institución cuasi-familiar, trimembre ó triparta, ó sea lo relativo al nombramiento, fianza, toma de posesión y registro del cargo de tutor, sin que esto signifique la desaparición del curador, aún cuando éste tenga que

ajustarse, en el ejercicio del cargo, á las prescripciones del Código, desenvolviéndose dentro del consejo de familia y bajo la inspección del protutor, etc.

Pero ocurre que, siendo aplicable á Cataluña el art. 59 del Código, objeto de este estudio, á la palabra tutor debiera sustituirla la de curador, en el supuesto de que continúe allí la curatela después del Código y de que el menor, al contraer matrimonio, esté constituido en ella.

Y volviendo á la pregunta, anteriormente hecha, acerca de si por razón del matrimonio se sale de la tutela, es de consignar que este punto ha sido muy discutido, pero que la opinión general, visto lo dispuesto en el art. 278 del Código, es que la tutela continúa de derecho aunque no de hecho, cuando el casado tenga más de dieciocho años, hasta que llegue á la mayor edad fijada en el Código civil ó en las legislaciones forales, según que los esposos se hallen ó no sujetos al derecho común; tutela que continúa en estado de *IN POTENTIA*, compatible con los derechos administrativos y de representación que corresponden al marido emancipado por razón de matrimonio, pero que subsiste para suplir ó integrar la capacidad legal del menor no respecto á la comparecencia en juicio, pues puede hacerlo según la doctrina establecida en sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1906, sino para tomar dinero á préstamo y enajenar ó gravar bienes raíces, no necesitando tampoco, en este último caso, ni autorización judicial, ni la formalidad de pública subasta.

Ilustrando más este punto, es de consignar que, según resoluciones de la Dirección general de los Registros de 14 de Noviembre de 1896, 21 Septiembre y 19 de Noviembre de 1898, 20 de Diciembre de 1899 y 4 de Enero de 1901, la capacidad del menor casado, mayor de 18 años, no se rige por el art. 317 del Código, referido á la emancipación voluntaria que hacen el padre ó la madre, sino por el art. 59 del mismo, obligatorio en toda España; pero ocurre que este último precepto habla del marido, no de la mujer, y algunos creían, apoyándose en la doctrina del Centro directivo establecida en Res. de 14 de Diciembre 1896 y 24 de Enero de 1901, que el art. 51 del Código no era aplicable, tratándose de contratos otorgados por mujer casada, por referirse unicamente al marido mayor de 18 años, doctrina rectificada por el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de Junio de 1904, relativa á la comparecencia de la mujer en juicio, y de 19 de Junio de 1906, de acuerdo con las cuales recaye-

ron las resoluciones de 5 y 8 de Julio de 1907, que tenían, además, por precedente, la de 3 de Junio de 1890.

Las restricciones que el art. 59 opone á la facultad de obrar del marido son aplicables también á la mujer casada, la cual, además del consentimiento de su padre ó de su madre y, á falta de ambos, del de su tutor, necesita la licencia de aquél, tienen por fundamento la conveniencia de proveer de garantías los contratos de enajenación; y las otras, las establece el precepto, para que esos cónyuges menores de edad, aunque mayores de 18 años, (pues si no llegan á tener este tiempo, habrá de acudirse á la autorización judicial, forzosamente, teniendo padres, ó al consejo de familia, en caso de tutela), faltos de experiencia, no comprometan su patrimonio y quizás la tranquilidad del hogar y el porvenir de la familia.

Al marido corresponde, según dicho art. 59, la administración de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario, y lo dispuesto en el art. 1.384. De manera que puede establecerse en las capitulaciones matrimoniales, que sea la mujer la administradora de los bienes de la sociedad conyugal; lo que no cabe es que, esa administración se confiera á otro, porque sería depresiva para la autoridad que el esposo debe ejercer en la familia, aparte de que ello, resultaría muy poco edificante. La mujer, no entregando á su marido la administración de sus bienes parafernales, ante Notario, como previene el art. 1.384, ejerce este derecho, con las limitaciones que, seguidamente, trataremos.

Capacidad legal de la mujer casada

Hemos dicho que, por razón del matrimonio, la mujer sale de la patria potestad al igual que el marido, porque la independencia, siquiera sea graduada y circunspecta de quienes se unen para fundar una familia, sustraídos á todo poder extraño, aunque se apoye en el cariño, en los padres, es condición absolutamente necesaria para la vida del hogar y el cumplimiento de los deberes ético-jurídicos que el consorcio indisoluble impone.

Pero la mujer, emancipada *IPSO FACTO* por el matrimonio, aunque no entra en la potestad del marido, en la *IN MANU MARITI* que remembra lo absoluto del *JUS QUIRITARIUM*, no goza de completa independencia en la familia, pues la debilidad de su sexo y los deberes que el marido tiene que cumplir en el matrimonio hacen que su

FACULTAS AGENDI sufra restricciones, que son, á la vez, facultades directivas, conservativas, administrativas y representativas del esposo, tanto más cuanto que debe procurarse, en lo posible, la unidad en la sociedad conyugal.

Si la razón que se tuvo para introducir en el Derecho romano la institución de los parafernales fué que la mujer repudiada por su marido, no cayese en la indigencia, subviniendo á sus necesidades con los bienes extradotales, fué lógico que las leyes 8 y 11, tít. XIV, DE PACTIS CONVENTIS, del lib. V del Código, le atribuyesen entera capacidad respecto á tales bienes, pudiendo contratar sobre ellos y aún gravarlos y enajenarlos como dueña absoluta, con libertad omnimoda y sin que el marido pudiese impedirlo. Por eso, en Cataluña, se le ha llamado *señora* de su patrimonio, y, según una Constitución propia, recopilada por Pedro Albert, que lleva el núm. 22, tít. XXX, lib. IV, vol. I, relativa á los feudos, rendía homenaje cuando poseía el feudo, sin distinguir si era casada ó no, ya directamente, ya nombrando procurador, sin necesidad del concurso del marido.

Si, pues, la mujer podía contraer, sin licencia marital, las obligaciones inherentes al vasallaje, y si, además, en Cataluña obligaba el Derecho romano como supletorio en segundo grado, lógico fué que conservase esa entera capacidad de obrar respecto de los parafernales, á menos que hubiese confiado al marido su administración.

Dicho esto, en bloque, estudiemos los arts. 60 al 66, ambos inclusive, del Código.

El marido es el representante de su mujer, así como el gerente de la sociedad conyugal, sin distinguir si es mayor ó menor de edad, que á tanto obliga el principio de unidad en la familia. La mujer no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí ó por medio de procurador.

Esa facultad representativa del marido, respecto de su consorte, es secuela de lo preceptuado en el art. 57, que impone al primero la obligación de proteger á la segunda; protección que se ejerce en el orden judicial y en el extrajudicial.

Pero la facultad representativa no es totalmente absoluta; tiene sus excepciones, determinadas en el mismo art. 60, cuyos precedentes los vemos en la ley 55 de Toro y en el art. 49 de la de Matrimonio civil, excepciones consagradas en las leyes 5.^a, tít. II, Part. III, 2.^a y 13, tít. IX de la Part. IV y 29, tít. II de la misma Partida, pues la ley no puede dejar indefensa á la mujer en juicio criminal,

ni coartarle el derecho, que, como demandante ó como demandada, tenga en los pleitos con su marido, ó cuando haya obtenido habilitación judicial, conforme á lo dispuesto en el art. 1.994 de la ley de Enjuiciamiento civil, ora por ausencia de su esposo, ora por negarse éste á representarla, ya por ser demandada, ya por seguirsele gran perjuicio de no promover la demanda, en cuyos casos, la autoridad judicial, ejerciendo la suprema función tutelar, integra su capacidad de obrar.

Adviértase que, entre las causas que restringen la personalidad jurídica señaladas en el art. 32, no figura la de por razón de sexo y, una de dos, ó el legislador ha cometido en este punto un descuido al escribir ese artículo, ó la condición femenina del individuo no modifica tal personalidad. ¿Cómo explicarnos esta aparente anomalía? Teniendo en cuenta que las causas incluidas en dicho art. 32 no son las que permiten autorización por parte del representante del incapaz en favor de éste, para que pueda, por sí y dentro de su situación de patria potestad ó de tutela, desenvolverse libremente, como si no estuviese sujeto á tales protecciones, lo cual no ocurre con la mujer; su estado de casada produce una relación de dependencia, no de incapacidad y, de consiguiente, puede accionar en todo aquello que determinan las excepciones del art. 60, como si no debiese tal subordinación á su marido, necesitando en todo lo demás, la licencia obligada por el deber de protección de éste.

Pero ese art. 60, en su primera parte, no puede tomarse en absoluto; hay que relacionarlo con el 1.383 del Código civil, que prohíbe al marido ejercitar acciones de ninguna clase, respecto á los bienes parafernales, sin intervención ó consentimiento de la mujer.

Las palabras «acciones de ninguna clase» contraídas, precisamente, á los parafernales, no á los dotales, ni á los gananciales ó conquistas, son generales y absolutas, cualesquiera que sean esos medios de pedir en juicio la efectividad de un derecho; pero, á nuestro ver, no pueden referirse al percibo de rentas ó frutos de los mismos, puesto que forman parte de la sociedad conyugal de gananciales, donde exista esta institución, y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, en Sent. de 16 de Mayo de 1905, declaratoria de que el marido, como representante legítimo de su mujer, tiene personalidad para entablar el deshaucio de fincas de la pertenencia de ésta.

En Cataluña se presenta con más relieve esta duda, pues no mediando capitulaciones matrimoniales, no existen gananciales y

tiene la mujer la propiedad, el usufructo y la administración de los parafernales; y como al marido no le corresponden los frutos de éstos para atender á las cargas del matrimonio, ella es la que debe comparecer en juicio con licencia marital y, en su defecto, con autorización del Juez, para reclamar las rentas á los deudores y deshauciarles, cosa que no cabe, cuando el régimen de gananciales se pacte con tal nombre, como asociación á compras y mejoras, conocida en el campo de Tarragona, ó como matrimonio de *mitj per mitj ó agermanament* que suele establecerse en Tortosa, por ser el marido el gerente de la sociedad conyugal y correspondér á ésta los frutos de los bienes.

No tratándose, pues, del cobro de frutos ni de deshaucio, sino de otras acciones respecto de los bienes parafernales, el marido no puede ejercitarlas sin intervención y consentimiento de su mujer, con el fin de que no corra riesgo el patrimonio de ésta; pero una cosa es la falta de acción, que reviste la forma de la excepción perentoria *SINE ACTIONE AGIS*, y otra muy distinta la de falta de personalidad del marido para accionar en juicio en nombre de su mujer, no pudiendo prosperar esta última y sí aquélla, pero, ninguna, cuando la mujer ha firmado la demanda con el marido, expresando en un *otrosí* su conformidad, como declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 23 de Noviembre de 1895.

Es de citar, también, la de 12 de Diciembre de 1903, declaratoria de que, no constando el carácter de ciertos bienes, por ser litigiosos, el marido, puesto que es el representante legal de su mujer, puede, sin autorización ni consentimiento de ésta, ejercitar las acciones que estime procedentes; doctrina muy sabia, porque el artículo 60 atribuye al marido la facultad representativa de su cónyuge, y como lo dispuesto en el art. 1.383 es una excepción limitada á las acciones referentes á bienes parafernales, cuando se desconoce el carácter de las cosas reclamadas en juicio, no es posible restringir el derecho de representación del esposo.

Como el derecho á intentar el juicio de testamentaria con relación á bienes parafernales afecta á éstos, el marido no puede, por sí, promoverlo, como declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 5 de Junio de 1894.

Pidiéndose en juicio la nulidad de un contrato simulado ó sin causa, no puede negarse al marido su acción á tal fin, para conseguir la restauración de las cosas al ser y estado que tuvieran antes de celebrarse aquél, sin que pueda entenderse que el ejercicio de tal acción implique nada de lo que significa el derecho reservado á la

mujer, por tratarse de bienes parafernales, sino el reconocimiento de un estado aparentemente alterado, no pudiendo limitarse el derecho del marido, en tal supuesto, que no hace más que defender sus propios derechos; doctrina que aún, por más extenso, se estableció en Sent. de 15 de Febrero de 1908.

No es válida la confesión de crédito prestada por la mujer sin conocimiento de su marido, en diligencias preparatorias de ejecución. (Sent. de 5 de Octubre de 1901). De manera que, para que sea eficaz esa confesión, deberá citarse á la vez al marido, por cuanto éste y sus herederos pueden impugnar el contrato, acogándose á lo dispuesto en el art. 65 del Código civil.

La mujer casada tiene personalidad para accionar en juicio con licencia de su marido, aún cuando la reclamación se refiera á actos de mera administración, y más si afectan á sus bienes parafernales (Sent. 27 Junio de 1903). De forma que, pudiendo el marido sin necesidad del consentimiento de su mujer demandar en juicio el pago de frutos, rentas y aún deshauciar á los arrendatarios, etc., dando licencia á su consorte puede ésta, en tales asuntos, accionar.

Autorizada la mujer por el marido para celebrar toda clase de contratos, administrar y disponer de sus bienes y conferir poderes generales y especiales, está facultada, desde luego, para comparecer en juicio y puede ser demandada, citada y requerida de pago por falta de cumplimiento de un contrato, sin intervención de su esposo (Sents. de 21 y 27 de Junio de 1894).

Es válida y eficaz la licencia concedida á la mujer por su marido, sin ella solicitarla, y aún contra su voluntad para comparecer en juicio y defenderse (Sent. de 4 de Abril de 1900).

El marido es el representante de la mujer y quien puede concederle licencia para comparecer en juicio, por sí ó por medio de procurador, siempre que aquéllos sean mayores de 18 años de edad, cumplida la cual, no necesitan la asistencia de otra persona para dicha licencia y comparecencia respectivas, conforme á los arts. 59 y 60 del Código civil, porque el matrimonio produce, de derecho, la emancipación, así del varón como de la mujer, según el art. 315, con el cual debe armonizarse el 317, que sólo se refiere á los efectos de la emancipación concedida por quien ejerce la patria potestad, y porque las limitaciones consignadas en el párrafo 2.º del art. 59, entre éstas, la de no poder el menor comparecer en juicio sin la asistencia de las personas que enumera, sólo subsisten mientras el marido no cumpla los diez y ocho años (Sent. de 18 Junio 1906).

La mujer no necesita licencia de su marido para demandar ó defenderse en los pleitos con éste, ni cuando haya obtenido la habilitación judicial; y como todo pleito supone gastos, necesita recursos con que subvenirlos, dando lugar esto á llamada LITIS SPENSAS de que trataron las leyes 3.^a y 5.^a, tít. IV, lib. X de la Novísima Recopilación, considerándola como carga de la sociedad conyugal que, aún cuando, de una manera expresa el Código no la regula, no por esto puede negarse su procedencia, y tan es así, que de ella hablan las Sents. de 15 de Abril y 4 de Julio de 1896 y 14 de Octubre de 1905, obligación que virtualmente impone el deber de protección que el marido tiene respecto de su mujer, pues ésta no podría accionar, ni defenderse si su consorte no le diese medios con que satisfacer los gastos y costas de los pleitos sostenidos contra el mismo; siendo de citar, además, la Sent. de 26 de Enero de 1897, declaratoria de que, la circunstancia de ser ó no ser catalán un individuo, no puede influir en nada en la resolución de un recurso sobre LITIS SPENSAS, pues rigiendo el tít. IV, lib. I del Código civil en Cataluña, autorizando el art. 60 á la mujer para comparecer en juicio en ciertos casos sin licencia del marido, y no permitiendo la ley de Enjuiciamiento civil, que obliga á todos los españoles, litigar como pobre á la mujer, no siéndolo el marido, claro es que éste se halla obligado á pagar las costas con los bienes de la sociedad conyugal.

Hay que distinguir entre LITIS SPENSAS, que presupone pleitos entre mujer y marido y la condena de costas que hubiere sido impuesta á aquélla en juicio y sus incidencias.

Decimos esto porque donde rige el sistema de gananciales es de aplicación el párrafo 3.^o del art. 1.410 del Código civil, con carácter directo ó supletorio, según el que, para el pago de las multas y condenas que se impongan al marido ó á la mujer, puede repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el art. 408, si el cónyuge deudor no tuviese capital propio ó fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados; más esta prescripción no es aplicable, á nuestro ver, dentro del régimen dotal, excluyente, por su propia naturaleza, de semejantes conquistas.

Lo arriba dicho nos recuerda un caso que nos refirió un compañero nuestro, de cierta mujer casada que, con licencia de su marido, dedujo en uno de los juzgados de 1.^a instancia de Cataluña, demanda contra su hermano *el hereu*, sobre suplemento de legítima, habiendo pedido se le declarara pobre, en sentido legal, para litigar.

Tramitada esta cuestión incidental, la actora fué condenada en costas y como no las satisficiese y fuera insolvente, solicitó la parte contraria que se embargaran bienes particulares del marido, pretensión que fué desestimada por el Juzgado y que después confirmó la Audiencia de aquel territorio.

Como en ese pleito, el marido no iba ganando nada, pues vendiendo su mujer, ésta, por título de parafernial, haría suyo exclusivamente el suplemento de legítima, no era cosa de que cargase con el pago de las costas, pues, si bien él le dió licencia para litigar, esto no significa que se asociara á las consecuencias favorables ó adversas, tanto de la cuestión principal, como de sus incidencias, ni menos podía correr los riesgos, ni medir el resultado de un litigio que depende, en la mayoría de los casos del resultado de las pruebas y de la apreciación que de éstas hagan los tribunales. Si él no le hubiera dado la licencia, el Juzgado la habría proveído de habilitación y en modo alguno puede imponerse al Juez, por este hecho, semejante responsabilidad.

Actos y contratos prohibidos á la mujer casada

Prescribe el art. 61 que tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley.

Estas restricciones de la facultad de obrar de la mujer casada, con precedentes en el art. 49 de la ley de Matrimonio civil, no tienen por fundamento el que la mujer, por el hecho de casar, pierda las condiciones intelectuales y el cálculo en los negocios que tuviese siendo soltera ó viuda, sino en el deber de protección que para con ella tiene su marido, traducido en facultad conservativa, tanto para que el capital de ella no se quebrante ó sufra riesgo, cuanto para atender con los frutos de sus bienes al levantamiento de las cargas del consorcio conyugal.

Es, pues, esa limitación de la FACULTAS AGENDI, no una tiránica dependencia de la mujer á su marido, ni una absorción, por parte de éste, en los derechos de ella, como estableció dicho art. 49, si que una fórmula protectora, señalada por la ley, en respeto á la unidad que debe existir en la familia para que pueda cumplir sus fines.

No se explica, cómo, á base del razonamiento anterior, se prohiba á la mujer casada aceptar herencias ni aún á beneficio de inventario, sin obtener la licencia marital, facultad que le reconoció la ley 54 de Toro, toda vez que, mediando ese procedimiento, no pueden correr perjuicio, ni sus intereses, ni los del matrimonio. En Aragón se entiende recibida la herencia á beneficio de inventario, porque no puede ser gravosa para el heredero. Siendo esto así ¿por qué, en esas condiciones, ha de solicitar la mujer la licencia marital y, en defecto, la autorización del Juez, como prescribe el art. 995 del Código civil? No puede ser otro el motivo de ese requisito que la consideración de la mujer á su esposo para que, sabedor éste de que ella es heredera, pueda aconsejarle la aceptación, renuncia ó repudiación de herencia, y con su asistencia al acto ó contrato, defender los intereses de la misma, que, á la vez, lo son del matrimonio respecto de los frutos ó rentas de los bienes destinados, por prescripción de la ley, á satisfacer las necesidades del mismo.

Ese art. 61 ha derogado el cap. VI, tít. I, lib. IV del Fuero de Navarra, que autoriza á la mujer para adquirir á título lucrativo bienes muebles é inmuebles y aceptar herencias, como también ha derogado, en este punto, el Derecho romano y el tradicional de Cataluña, que la facultaban para adquirir por testamento ó abintestato y comparecer en juicio sin licencia de su marido, según advierte, en su Memoria (pág. 40), el Sr. Durán y Bas.

La autorización judicial, dada en acto de jurisdicción voluntaria, aunque debe recaer dentro del incidente, se concede en términos absolutos y no para cada operación testamentaria (Sent. de 18 de Enero de 1909).

Tampoco puede adquirir la mujer por título oneroso, por cuanto la naturaleza de éste presupone cosas que se entregan, cargas que se aceptan y obligaciones que se contraen, y claro que en tales condiciones, aquélla, colocada dentro de la familia y bajo la protección de su marido, no debe desenvolverse en completa independencia.

Sin la venia marital tampoco puede enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley.

Esta última parte del art. 61 merece alguna explicación.

El patrimonio de la mujer, según la legislación general y la especial de Cataluña, lo constituyen los bienes dotales inestimados y los parafernales; estos últimos no existen en Aragón; en cambio se conocen los dotales, teniendo los bienes, ya la consideración de

muebles ya la de sitios por lo que respecta á los derechos que en ellos tienen los cónyuges, como en su lugar veremos.

Pues bien; ninguno de los bienes, lo mismo los dotales que los parafernales los puede la mujer enajenar sin licencia de su esposo, cualquiera que sea la legislación á que los cónyuges se hallen sujetos, pues el art. 61 es obligatorio en toda España; pero hay que relacionarlo con el 1.384 y éste, á su vez, con el 51, todos de dicho cuerpo legal.

La prohibición de enajenar se refiere á toda clase de bienes de la mujer casada, lo mismo muebles que inmuebles, cualquiera que sea su procedencia y el título por el cual hayan entrado en la sociedad conyugal, si ella conserva su dominio, pues el marido tiene respecto á ellos, la facultad conservativa inherente al deber de protección para con su consorte.

La enajenación de bienes es distinta de su administración, en el punto á que se contrae nuestro estudio. Decimos esto, porque si bien la mujer casada no puede hacer actos de enajenación, está facultada por el art. 1.384 del Código civil y por la ley 8.ª del Código DE PACT. ET CONSENT., vigente en Cataluña, para administrar sus bienes parafernales, si no hubiese confiado su administración á su marido, ante Notario. Teniendo esa administración, puede celebrar contratos que con la misma hagan referencia, siempre que no constituyan un derecho real, como lo es la inscripción arrendaticia en los casos establecidos por el núm. 5.º, art. 2.º de la Ley Hipotecaria, siendo de citar, para la mayor ilustración de este punto, la sentencia de 8 de Noviembre de 1898, declaratoria de que la administración que á la mujer confiere el art 1.384, respecto de sus bienes parafernales, implica la facultad de contratar sobre ellos, con la sola limitación contenida en el 1.387, sufragando consiguientemente, por sí, los gastos de aquélla, sin perjuicio de las responsabilidades á que están afectos, según el art. 1.385; y por tanto, el Tribunal que desestimó las pretensiones del marido para que declarara que su mujer necesitaba su intervención y licencia para contratar arrendamientos, recaudar rentas ó nombrar administradores, y que á él correspondía hacer la distribución de éstos, debiendo aquél entregarle mensualmente su importe, no infringe las disposiciones citadas.

De manera que la mujer casada puede celebrar, sin licencia marital, contratos de arrendamiento de sus bienes parafernales que no sean de los inscribibles en el Registro de la propiedad, porque con éstos se constituye un derecho real, y se hallan comprendidos dentro

de la palabra genérica *enajenar*; contratos que, no revistiendo este carácter y á base de que no sean nulos, el marido tiene la obligación de respetar, siendo aquélla y no éste la que debe recaudar las rentas y nombrar administradores; pero si los arrendatarios ó colonos no pagan la merced convenida, no es la mujer la que, prescindiendo de la venia marital, puede comparecer en juicio, pues esto compete al marido (art. 51) y, sólo cuando éste no lo haga, puede solicitar la habilitación judicial, pues son cosas distintas el derecho de administrar y el de comparecer en juicio. Por algo hemos dicho que los arts. 61, 1.384 y el 51, todos del Código civil, se han de combinar racionalmente, para derivar de esta operación la regla aplicable, en orden á lo que estamos estudiando.

Y si el marido tiene que respetar los arrendamientos que de los bienes parafernales haga su consorte, siempre que no impliquen la constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de un derecho real, así como el nombramiento de administradores, podrá ocurrir que tales contratos sean perjudiciales, no solo á ella, si que al matrimonio, como, por ejemplo, si la renta ó merced convenida fuese menor de la que ordinariamente correspondería obtener, según la costumbre del país y el valor real de los bienes arrendados, no obstante lo cual, esos contratos serían inatacables, no sólo por el marido, sino por ella, toda vez que no le es lícito volver contra sus propios actos.

Claro está que si en esos arrendamientos ha mediado simulación ó carecen de causa, el marido puede impugnarlos, como veremos, apoyándose en lo que dispone el art. 65.

Prescribe dicho art. 61, que la mujer no puede obligarse sin la licencia marital, y habiendo demostrado que le es permitido contratar respecto de la administración de sus parafernales, aunque con las limitaciones establecidas en el art. 1.387, pregúntase si puede salir fiadora de su esposo, y aún cuando esta pregunta debe contestarse afirmativamente, dentro de la legislación general, importa consignar que no puede hacerlo en Cataluña, á menos de que renuncie al Senado-consulta Velezano, en el acto del otorgamiento del contrato, renuncia que adquiere mayor fuerza si se corrobora con juramento; pero si éste se presta por fuerza, si recae sobre actos ilícitos ó si se perjudica ó tiende á perjudicar á tercero, no es obligatorio, y, de consiguiente, aquella renuncia del privilegio es como si no se hubiera verificado, pues, en este punto, las prescripciones del Derecho canónico, exigente en todo juramento de libertad, discerni-

miento, verdad y justa causa, están por encima del Derecho romano, supletorio en segundo grado en aquel Principado.

¿Puede la mujer obligarse con su marido? El Código no lo prohíbe, imponiéndose por lo tanto la contestación afirmativa á esta pregunta, como también la autoriza el Derecho aragonés; éste, en la Observancia 1.^a DE JURE DOTIUM, permite, además, á la mujer casada, que pueda enajenar la dote á su esposo, concurriendo al acto dos parientes más cercanos de aquélla, así como, por el Fuero 2.^o DE CONTRACTIBUS CONJUGUM y Observancia 35 DE JURE DOTIUM, puede obligar y afanzar sus bienes al pago de las deudas de su marido; gozando por lo tanto, en este punto, de entera capacidad de obrar; pero, por las Observancias 20 y 32, no puede cobrar, ni condonar sus créditos dotales en perjuicio del marido, aunque procedan de fecha anterior al matrimonio, y, aunque la Observancia 39 le le atribuyó entera libertad para disponer de los dotales, esto fué interpretado restrictivamente por el Tribunal Supremo en Sent. de 20 de Mayo de 1863.

En Cataluña, según el Privilegio RECOGNOVERUNT PROCERES la mujer que se obliga juntamente con su marido en los contratos de mútuo y depósito, no está tenuta á pagar, mientras basten los bienes de éste; pero en falta de su marido, viene obligada á satisfacer la mitad y no el todo, aunque hubiese renunciado, con juramento, al beneficio del Senado-consulta Veleyano y al derecho de su hipoteca.

De manera que, mediando la licencia marital, puede la mujer contraer esa obligación conjuntamente con su esposo; pero si ella, siendo menor de edad, constituye hipoteca sobre sus bienes en garantía de los contratos que celebre, necesita el consentimiento de las personas á que se refiere el art. 59, como digimos al comentarlo.

Por el Cap. VIII, de la Novela CXXXIV de Justiniano ó sea la Auténtica SI QUA MULIER, la mujer no puede obligarse en favor de su marido, y así lo declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 8 de Mayo de 1873.

Aunque el matrimonio canónico no se haya inserito oportunamente en el Registro civil, produce el efecto de quedar la mujer sometida á lo dispuesto en el art. 61 (Res. de 23 de Marzo de 1892). No se halla extendida con arreglo á las formalidades y prescripciones legales la venta otorgada por mujer casada sin licencia marital (Res. de 21 Abril de 1908).

Para terminar el estudio del art. 61, importa decir que sus dis-

posiciones, como quiera que son limitativas de la capacidad de obrar, se han de interpretar restrictivamente y, además, que la autoridad judicial, á falta de licencia del marido capaz, no puede suplir la capacidad de la mujer, en los actos y contratos á que se refiere el art. 61, á excepción de lo establecido en el 995 sobre aceptación de herencias; pues si el Legislador hubiera querido establecer ese medio supletorio, lo habría dicho en el referido precepto, al igual que lo consigna en el anterior ó sea en el 60.

Forma de la licencia

Antes de tratar este punto, es de preguntar si puede el marido declinar en un extraño la facultad de dar licencia á su esposa. El Centro Directivo, en resolución de 24 de Enero de 1898 dijo lo contrario, considerando que esa facultad es personalísima del marido, como jefe de la familia, para mantener el buen orden en ella, mediante una subordinación que solo debe la mujer á su esposo y de ningún modo á otra persona, siendo nulo el poder conferido á tercero para este fin.

Si el contrato es de los inscribibles en el Registro de la Propiedad, la licencia debe otorgarse en escritura pública, aún cuando la mujer asegure que le ha sido concedida, toda vez que, á tenor del art. 1.280 del Código,—n.º 5.º—el poder ó licencia debe constar en documento público (Res. de 22 de Agosto de 1894).

Asimismo, debe constar la licencia en escritura pública, tratándose de actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles y demás que expresa el art. 1.280 del Código, por cuanto, en el fondo, la licencia es un poder, mediante el cual, la ausencia física se convierte en presencia jurídica. En los otros contratos, basta la licencia verbal del marido á su esposa, sin perjuicio de poderlos impugnar de nulidad en tiempo, si no la hubiera dado; materia esta de apreciación judicial, si mediare contienda.

La mujer puede dar poder á su marido para que, en su nombre, adquiera bienes y contrate; pero éste no puede por sí hacer esos actos, llevando la representación de aquélla sin estar debidamente autorizado; siendo de citar la Res. de 10 de Agosto de 1902, según la que, no es válida en Aragón, dado el art. 61 del Código, la adqui-

sición de fincas hecha por el marido para su mujer, siendo ésta la que debe adquirirlas para ella con licencia de aquél.

El Legislador emplea, como sinónimas, en el art 61, las palabras *licencia* y *poder*; para Sánchez Román, la primera es un vocablo genérico y el segundo una locución específica; nosotros creemos lo contrario; el término *poder* tiene mayor alcance que el de *licencia*, pues significa facultad que se transmite; en tanto que la primera supone capacidad en quien obra, pero no completa, por razón de su dependencia ó situación.

Ya sea *licencia*, ya sea *poder*, puesto que son expresiones de confianza, pueden revocarse por quien los otorga, tengan el carácter de generales ó especiales. Creemos, con Manresa, que basta el *poder* ó *licencia* general, puesto que si el Legislador hubiera querido que fuese especial, lo habría dicho; con esto nos separamos de la opinión de Mucius Scævola.

Actos y contratos que no puede la mujer otorgar sin licencia de su esposo

Son los siguientes: 1.º Otorgar testamento; 2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales, que hubiere tenido de otro y respecto á los bienes de los mismos; 3.º Adquirir las cosas que, por su naturaleza, estén destinadas al consumo ordinario de la familia; pero no comprar joyas, muebles y objetos preciosos, cuya adquisición solo se convalida cuando el marido hubiese consentido á su mujer el uso y disfrute de ellos; 4.º Publicar escritos originales y traducciones, y 5.º Ejercer el comercio.

Aunque el testamento es un acto personalísimo, según el Código civil, se respeta el mancomunado que se otorgue con arreglo á las legislaciones forales. Tanto en aquél como en éstas, la mujer, teniendo capacidad legal, puede disponer de sus bienes por ese título

MORTIS CAUSA.

Asimismo puede ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiere tenido de otro, porque, si ejerce la patria potestad respecto de los primeros por haberle autorizado su esposo en testamento, y correspondiéndole respecto de los segundos, á no ser que el padre de éstos la tuviese, viene obligada á cumplir todo cuanto

impone esa magistratura de amor y de deber, en forma de protección, sin que sea óbice á ello su dependencia ó subordinación jurídica en el matrimonio, toda vez que sería mayúsculo contrasentido, que, por un acto voluntario de ella quedaran dimitidos los altos deberes que se tienen para con los hijos, ni que se le privara de derechos cuyo ejercicio sea compatible con su situación en la nueva familia.

Tocante á que puede hacer compras de cosas, que, por su naturaleza, estén destinadas al consumo ordinario de la familia, son de citar los caps. V y XIV, lib. III del Fuero de Navarra, que la facultan para destinar á los gastos de la casa un equivalente al importe de dos *rocos de harina ó de trigo* y hacer contratos por valor inferior á un *roco de salvado*.

Estas disposiciones no están hoy vigentes, pues el tít. IV del Código civil es obligatorio en todas las regiones de España. (Sentencia de 24 de Mayo de 1905 y Res. de 18 de Noviembre y 6 de Diciembre de 1898 y 10 de Agosto de 1902).

El art. 51 de la ley de Matrimonio civil declaró válida la compra que, al contado, hiciere la mujer de cosas muebles y la que efectuase, al fiado, de las que por su naturaleza, están destinadas al consumo ordinario de la familia y no consistan en joyas, vestidos y muebles preciosos, por más que no hubieren sido hechas con licencia expresa del marido; sin embargo, se consolidaba la compra hecha por la mujer, al fiado, de joyas, vestidos y muebles preciosos, desde el momento en que hubieren sido empleados en uso de ella ó de la familia, con conocimiento y sin reclamación del marido.

Comparando los arts. 51 de la ley de Matrimonio civil y 62 del Código, vemos que este último es más restrictivo de la capacidad de obrar de la mujer casada, porque, no consistiendo las compras en joyas, vestidos y muebles preciosos (con cuya adquisición, por un afán de lujo, puede menoscabarse el patrimonio de la familia) eran válidas las que hacía, siempre que fuesen al contado y consistieran en cosas muebles, y aún las que hiciera al fiado obligaban al marido, si eran de cosas que, por su naturaleza, estaban destinadas al consumo ordinario de la casa. El Código no distingue entre compras al fiado y compras al contado; únicamente son válidas las de cosas que, por su naturaleza, se destinan al consumo ordinario de la familia; de manera, que han de ser de cosas fungibles ó vestidos de uso ordinario, pues, tratándose de las no fungibles, así como de joyas y objetos preciosos, solamente las de aquellos que la mujer use y disfrute con consentimiento del marido son válidas por esa

tácita aprobación, siendo objeto esto de difícil prueba, que incumbe al vendedor, para que pueda prosperar su acción. Esto sin perjuicio de esa convalidación del contrato, por efecto de la prescripción del mismo, si el marido ó sus herederos dejan transcurrir los cuatro años, sin usar del derecho que les atribuye el art. 65 del Código.

No puede negarse que la ley de Matrimonio civil dió más amplitud que el Código á la capacidad de la mujer casada en este punto, porque, no consistiendo las compras en joyas, vestidos y muebles, eran válidas si se hacían al contado, tratándose de cosas muebles, así como las que hiciese al fiado de las destinadas al consumo ordinario de la familia.

Según dicho art. 62, la compra, aunque sea al contado, no es válida, á menos de que las cosas se destinen á ese uso ordinario; pero esto hay que relacionarlo con lo dispuesto en el art. 86 del Código de comercio, dispositivo de que la moneda en que se verifique el pago de las mercaderías, compradas al contado en las tiendas ó establecimientos públicos, no será reivindicable, disposición muy justa, porque, de otra suerte, el comercio sería imposible.

La mayor parte de los códigos extranjeros dejan ancho campo al discreto arbitrio del Juez,—para que, pesando toda circunstancia del caso y las de las personas ó familias, declare válida ó nula la obligación, pues, como advierte Goyena, parece que las mujeres obran por delegación ó autorización, expresa ó tácita, de sus maridos, que no pueden ó no quieren correr, por sí mismos, con el gobierno doméstico.

El Legislador ha debido dejar esto á la apreciación judicial para que se tenga en cuenta, además de las circunstancias del caso y la posición económica de las familias, la costumbre del país, ese derecho vivo que surge espontáneamente de la entraña social.

La ley de Matrimonio civil, en su art. 51, prohibió á la mujer casada publicar escritos ú obras científicas y literarias de que fuese autora ó traductora, si no obtenía licencia de su marido ó, en defecto, autorización del Juez competente. El Código no lo prohíbe; pero una cosa es la publicación de escritos en periódicos, revistas, etcétera, en los cuales el autor no corre con los gastos de dar á la publicidad las producciones de su inteligencia, y otra el contrato de edición y el coste de los gastos que se ocasionen con la tirada de obras y en su propaganda. Con lo primero, siendo la mujer autora ó traductora de los escritos no se menoscaba el patrimonio familiar; no así ocurre con lo segundo, y puesto que ella se obliga, los contratos

que verifique son nulos, ante lo dispuesto en el art. 61, si no hubiese obtenido licencia marital, sin que pueda proveerse de autorización del Juez, toda vez que no lo consiente el art. 61, que respeta la unidad directiva de la familia.

Esta distinción que hacemos entre unos actos y otros nos parece la más justa, para conciliar, razonablemente, los fueros de la inteligencia y acaso las prerrogativas del genio con las restricciones que á la capacidad de obrar de la mujer casada pone el Código civil, dentro del sistema de cohibición en que se inspiró el Legislador.

Y por lo que respecta al derecho de la mujer para dedicarse á la industria mercantil, son de citar los art. 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del Código de comercio.

Consideración social de la mujer casada

Prescribe el art. 64 que la mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras no contraiga nuevo matrimonio.

Apenas si merece comentario este precepto, que tiene por precedente la ley 7.^a, tít. II de la Part. IV, dispositiva de que «la mujer casada con Rey débenla llamar Reina y si con Conde, Condesa; é aún después que fuere muerto su marido la llamarán así, si non casare con otro de menor guisa. Ca las honras y dignidades de los maridos han las mujeres por razón dellos».

El Código Alfonsino elevó el rango de la mujer casada que, aún repitiendo nupcias con hombre de mejor condición, no de menor guisa que el difunto, seguía llamándose Reina ó Condesa, lo cual no ocurre ahora, pues, repitiendo matrimonio deja de gozar del título que tuviera durante el consorcio y que continuó disfrutando por toda su viudez.

Pero de los honores que son estricta y exclusivamente personales del marido no participa la mujer, ni durante el matrimonio, ni mucho menos en la viudez.

Impugnación de los actos y contratos otorgados por la mujer casada

El Código establece un sistema mixto, en orden á las relaciones jurídico-económicas entre los cónyuges. La intervención del marido

en los actos y contratos que otorgue su mujer puede revestir las formas de licencia ó poder y de ratificación ó confirmación.

Los únicos perjudicados con los actos y contratos de la mujer son el marido y los herederos de éste; de consiguiente, á ellos debe corresponder el ejercicio de la acción de nulidad, cuando se hubieren celebrado sin la licencia prevenida ó, en defecto de ésta, sin la autorización judicial caso de que la ley permita este medio supletorio.

Conceder esa acción á otras personas sería alterar la paz de las familias; otorgarla á la misma mujer que había faltado, no proveyéndose de ese requisito, equivaldría á barrenar el principio de derecho, consagrado en repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, de que á nadie le es lícito volver contra sus propios actos, en el supuesto de que se hayan producido sin violencia, miedo, error ó dolo que vician el consentimiento según el art. 1.265 del Código civil.

El punto á discutir es si son nulos ó si son anulables los contratos otorgados por la mujer casada sin dicha licencia ó autorización.

El Tribunal Supremo, aplicando el derecho tradicional de Castilla, declaró, en Sents. de 27 de Junio de 1866 y 30 de Enero de 1872, entre otras, que los actos celebrados por la mujer, sin licencia de su marido no son nulos, aunque sí de posible anulación, para evitar los perjuicios y daños que pudieran irrogarse á la sociedad conyugal.

La Dirección general de los Registros, en Res. de 23 de Mayo de 1892, dijo que el contrato otorgado por la mujer, sin tal licencia, no es necesariamente nulo, sino que queda pendiente de que el marido ó los herederos promuevan contra él la acción de nulidad, mereciendo aquél defecto el calificativo de subsanable á los efectos del art. 66 de la ley Hipotecaria. Por otra Res. de 22 de Agosto de 1894, se dijo que es inscribible la escritura otorgada con tal defecto, si bien cuidando que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital, á fin de prevenir á tercero que hay pendiente una acción de nulidad.

Esta era la doctrina, hasta que recayó en 21 de Abril de 1908, otra resolución en el sentido de que no se halla extendida con arreglo á las formalidades y prescripciones legales, una escritura de venta, otorgada por mujer casada, sin la competente licencia marital, exigida por el art. 61 del Código civil. De donde resulta que tales contratos no tienen la consideración de anulables, sino de

nulos, nulidad que no puede pedir la mujer autora personal de ese vicio, por causa de dolo (Sent. 1.º de Mayo de 1906), sino el marido ó sus herederos, esto es, aquellos á quienes pueda perjudicar.

Dicha resolución de 1908 nos parece acertada, porque nulo es, según preceptúa el art. 4.º del Código, todo acto que se ejecute contra lo dispuesto en la ley, de cuyo vicio participan los contratos otorgados por la mujer casada que le están prohibidos por el artículo 61. Lo que hay es que esos actos y contratos nulos son revalidables de dos maneras: expresamente, si el marido declara su conformidad con ellos, pasando por sus consecuencias, y tácitamente, si tanto él como sus herederos dejan transcurrir los cuatro años que dura la acción de nulidad, sin hacer uso de ella; pero, de todas suertes, en el Registro de la propiedad, por imperio del principio de legalidad, no debe inscribirse ningún contrato que esté prohibido por la ley y, en este caso se encuentran los que otorga la mujer sin proveerse de la licencia marital ó en defecto, de la autorización del Juez; y no es cosa de que, informado nuestro Derecho hipotecario en el pensamiento de dar certidumbre al dominio y garantías al crédito territorial, quede pendiente, por la inscripción registral, á modo de espada de Damocles, una amenaza contra los derechos de tercero por el ejercicio de la acción de nulidad que el marido ó sus herederos deduzcan contra el contrato otorgado por mujer casada.

Manresa sostiene que no cabe la ratificación ó confirmación de los contratos nulos celebrados por la mujer sin la licencia marital, sino en cuanto se celebren otros nuevos con todos los requisitos y solemnidades legales que sustituyen á los nulos. No participamos de este sentir y suscribimos en un todo la opinión de Sánchez Román.

El art. 50 de la ley de Matrimonio civil, autorizaba la convalidación de tales contratos, y como quiera que no se halla prescrita en el Código, Mucius Scævola sostiene que no está permitida, pero termina su comentario, consignando la conclusión contraria.

Si el marido y sus herederos son los únicos que pueden impugnar los contratos otorgados por la mujer casada, es visto que constituye un derecho en favor de los mismos, de carácter renunciabile, según prescribe el párrafo 2.º del art. 4.º, ya que con la renuncia no se atenta al interés ó al orden público, ni recae en perjuicio de tercero, antes al contrario, cobrando validez aquel fenómeno jurídico, falto del requisito de licencia ó poder, se consolida un estado de derecho en favor de los interesados en el mismo.

Además, si el marido ó los herederos dejan transcurrir el plazo, sin impugnar de nulidad los actos ó contratos otorgados por mujer casada ¿no es cierto que éstos adquieren eficacia legal, por mérito á ese consentimiento presunto, que implica la prescripción de las acciones en favor de aquello que podía invalidarse en tiempo y forma?

Luego tenemos que el tiempo tendría más poder que la voluntad, ó en otros términos, que el consentimiento presunto, ó aún si se quiere, la dejación de un derecho, alcanzaría mayor eficiencia que el consentimiento expreso en forma de ratificación ó confirmación, lo cual no puede admitirse en buena interpretación de la ley, que no debe negar al STATUS INDIVIDUI—como diría Costa—los fueros y prerrogativas que le son inherentes en cuanto no se opongan al interés social.

Ratificado el acto ó contrato surte efecto desde que se produjo, porque la condición del sexo no es causa restrictiva de la personalidad jurídica de las comprendidas en el art. 32; el marido ó sus herederos, únicos que pueden oponerse á aquellos contratos, al confirmarlos, pasan por sus consecuencias, como si al otorgarse hubiese tenido la mujer la licencia prevenida.

Lo que hay es que, como la ley Notarial es de carácter público, puesto que el Notario obra como delegado del Estado, el contrato que pase ante él ha de tener en su formación todos los requisitos que el derecho señale para que pueda inscribirse, y como la mujer no puede contratar sin licencia ó poder de su marido, ora concedida en el acto del otorgamiento, ora dada en otra escritura, el Notario debe abstenerse de formalizar el instrumento, porque únicamente con arreglo á las leyes ejerce su ministerio. Habiendo, pues, un vicio de nulidad en el título, pues la licencia únicamente puede ser coetánea ó anterior al acto que otorgue la mujer casada, no cabe que por un acto posterior, como es la confirmación, se purgue un vicio cometido que invalida el documento público y como éste, por tal razón no es inscribible, habrá necesidad de otorgar otro concurriendo las partes y obteniendo la mujer la licencia prevenida, á menos de que presente documento notarial de su confirmación, dada por el marido ó sus herederos.

Efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad del matrimonio y sobre divorcio

Estos solo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios; así lo prescribe el art. 67 del Código, que tiene por precedente mediato la ley 20, tít. I, lib. II de la Novísima Recopilación, que, en este respecto, se separó de las Decretales, y por precedentes inmediatos el art. 84 de la ley de Matrimonio civil y el R. D. de 9 de Febrero de 1875.

Ese precepto del Código tiene por fundamento que el matrimonio, aún cuando, en su origen es una convención jurídica, consensual, aparte su condición de sacramento, si es canónico, constituye, como dice Sánchez Román, una gran institución social, base de la familia, desde cuyo punto de vista, es evidente que la importancia de ésta, la legitimidad de la prole, su condición y derechos, las relaciones personales y patrimoniales de cónyuges é hijos y tantas otras aplicaciones que, respecto del orden jurídico ofrece, son asuntos todos de la legítima competencia de la ley social, que al Estado corresponde tan solo determinar y sancionar en su propia y exclusiva esfera de acción.

Consecuencia indeclinable del supuesto anterior es que á los Tribunales ordinarios, como órganos del Poder público, corresponde conceder los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad del matrimonio y sobre divorcio, lo mismo canónico que laico, sin que los cónyuges puedan separarse por sí mismos, rompiendo, por voluntad, el estado jurídico social del consorcio y así lo prescribieron las leyes 7.^a y 8.^a, tít. X de la Part. IV, que atribuyeron á la Iglesia su intervención para decretar esa separación.

Prescribe el art. 68 que, interpuestas y admitidas las demandas de nulidad ó de divorcio, se adoptarán, mientras dure el juicio, las disposiciones que luego diremos. Y cuenta que las palabras «interpuestas» y «admitidas» aparecen unidas en el texto por la copulativa *y*, dando, con esto, á entender que no basta la interposición de la demanda, sino que es preciso que le subsiga la admisión para que pueda adoptarse, durante el juicio, la separación de los cónyuges en todo caso, el depósito de la mujer en los casos y forma prevenidos en la ley de Enjuiciamiento civil, poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, ó de los dos, según proceda, señalar alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre y dictar las

medidas necesarias para evitar que el marido hubiese dado causa al divorcio ó contra quien se dedujere la demanda de nulidad del matrimonio perjudique á la mujer en la administración de sus bienes.

Esa interpretación literal y seca á que se presta la circunstancia de haberse empleado semejante copulativa, se separaba de lo prescrito en el art. 1.880 de la ley de Enjuiciamiento civil, prescriptivo de que la mujer puede pedir el depósito de su persona por el hecho de proponerse intentar demanda de divorcio ó la acción de nulidad del matrimonio y, además, conducía á la crueldad de que bajo un mismo techado continuasen viviendo, entre disgustos y luchas, la mujer que todavía no había podido presentar su demanda ante el Tribunal competente y el marido de ella, sabedor quizás de la determinación de su compañera, ó lo que es lo mismo: que la ley, volviendo la espalda á los deberes de protección á los seres débiles, los entregaba, acaso, á las ferocidades del fuerte.

No obstante estas consideraciones de los órdenes jurídico y ético, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sent. de 26 de Diciembre de 1903, dió esa interpretación restrictiva, censurada por Manresa, bien que, por otra de 18 de Diciembre de 1908 ha rectificado ese criterio, declarando que es suficiente para mantener el depósito de la mujer casada el que ésta acredite haber intentado demanda de divorcio.

¿Puede el marido solicitar el depósito de su mujer? Lo tenemos por innegable. El que se ve deshonrado por su compañera, entregado su nombre á la maledicencia pública, presa de dignidad y para cobrar sosiego en la casa, auyentando quizás malas intenciones, debe tener ese derecho para no compartir su vida, mientras dure el juicio, con la que no es digna de su aprecio y consideración; es más, según opinión de los Sres. Laserna y Montalbán, aunque la mujer fuese la demandante, procedería el depósito pedido por el marido para no dar ocasión á que se entablaran demandas sin otra finalidad, por parte de la mujer, que librarse de la sujeción á la autoridad marital y vivir en libertad, como si no hubiera contraído matrimonio.

Esas demandas de divorcio no producen el efecto de quitar el carácter de domicilio legal á aquel en que siga viviendo el marido (Véase lo que hemos dicho en la pág. 80) y por esto es por lo que la mujer sale del mismo en calidad de depositada, sin que el ser la casa habitación propiedad de ésta, altere en nada las condiciones legales de ese domicilio, ni autorice el deshucio intentado por ella contra su marido (Sent. 4 de Julio de 1901).

Las disposiciones del art. 68 no son obligatorias sino simplemente protectoras para los que quieran utilizarlas, pero como, si durante el juicio de divorcio ó de nulidad del matrimonio continuasen los cónyuges viviendo juntos, esto pudiera dar lugar á disensiones poco edificantes que presenciaran sus hijos, proponen algunos que á éstos se les constituya en depósito.

Una de esas medidas provisionales es el señalamiento de alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre. Si ésta quebranta el depósito, ¿tendrá derecho á percibirlos? Por sentencia de 10 de Junio de 1873, que aplicó lo dispuesto en la ley de Matrimonio civil, cuyo texto, en este punto, concuerda con el del Código, se resolvió negativamente la petición. ¿Y si hubiere hijos? Siguiendo el sentir de Mucius Scaevola, creemos que la mujer perderá los alimentos, pero no los perderán sus hijos.

El deber de alimentar impuesto al marido, presupone que éste sea el administrador de la sociedad conyugal durante el seguimiento del respectivo juicio.

Para terminar este punto, importa citar la siguiente jurisprudencia:

En la cantidad concedida por sentencia á la demandante para atender á las *LITIS SPENSAS* en una demanda de divorcio, están comprendidas las de las incidencias que se promuevan en el pleito (Sent. de 13 de Febrero de 1899).

La obligación del marido de prestar alimentos en el caso de este artículo, no puede exigir que se cumpla en su propia casa, pues con ello se quebrantaría el depósito de la mujer (Sent. de 31 de Enero de 1902).

Dado el sentido y espíritu de las disposiciones que regulan el depósito de las mujeres casadas, es manifiesto que sería ilógico aplicarlas al caso en que, por causa en que aparezca ser imputable á la mujer, existiera un estado de hecho en virtud del que los cónyuges vivan durante años separados, haciendo vida independiente, porque entonces falta la razón de la ley, y los derechos que sobre esta base y supuesto pudieran alegar una y otro no exigen la constitución del depósito de la mujer, que implica una seguridad y garantía que por causa de tal estado resulta innecesaria. (Sent. 2 de Marzo de 1907).

El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles aunque sea declarado nulo. La buena fe se presume mientras no conste lo contrario. Esta presunción es de las llamadas *JURIS TANTUM*; pero hay casos en que no es preciso probar la mala fe:

ésta por si se acredita, como la del ordenado *IN SACRIS*, la monja profesas, el casado con otra y la casada con otro, personas estas que, acreditada la existencia del voto ó el vínculo anterior, no pueden escudarse en la buena fe, porque la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. La mala fe ha de existir en el momento preciso de la celebración del matrimonio que es cuando queda viciado el nexo por virtud de la presencia jurídica de ciertas causas.

Aún cuando el matrimonio se declare nulo, produce, en el entretanto, efectos civiles, dando lugar á relaciones conyugales y paternofiliales; de manera que la mujer necesita, para producir válidamente actos jurídicos, de la licencia de su marido y éste continúa ejerciendo la patria potestad en la persona y bienes de sus hijos, pues, no puede prejuzgarse el resultado favorable ó adverso que haya de tener el juicio de nulidad del matrimonio, lo mismo canónico que civil, pues á ambos se refiere cuanto venimos hablando.

Interviniendo buena fe, lo que, en sentido amplio, diríamos pureza de motivos, moralidad y licitud en la acción por parte de uno solo de los cónyuges, respecto á este y á sus hijos, produce sus efectos el matrimonio anulado. De manera que los hijos tendrán la consideración de legítimos lo mismo que si hubiese intervenido mala fe por parte de sus padres, porque ellos no deben pagar las culpas de éstos, sufriendo el estigma de la ilegitimidad, prescripción que, si se calificó de atrevida cuando, recién publicado el Código se le juzgaba con apasionamiento, con un espíritu misoneista, no puede negarse que es soberanamente humana y justa por añadidura.

Ejecutada la sentencia de nulidad del matrimonio (art. 71) los padres, de común acuerdo, pueden proveer del modo que tengan por conveniente al cuidado de los hijos, porque así lo dicta el Derecho natural; no ocurriendo esto, es cuando, por prescripción del artículo 70, quedarán los hijos varones mayores de tres años, al cuidado del padre, y las hijas, al de la madre, si de parte de ambos hubiera habido buena fe, pero si esta hubiere estado de parte de uno de los cónyuges, bajo su poder y cuidado quedarán aquellos sin distinción de sexos.

Adviértase que el precepto emplea las palabras *cuidado* y *poder*; de modo que esto último solo cabe, cuando la buena fe hubiese estado de parte de solo uno de los cónyuges; de suerte que si el culpable es el marido, como quiera que pierde la patria potestad por virtud de tal sentencia, esta magistratura de protección pasa á la madre, ó no tiene sentido la palabra «poder» colocada en el párrafo

2.º del art. 70, al lado de la de «cuidado», como significando que tienen sentido y alcance distintos, prescripción cuyos precedentes están en la ley de Partidas.

Si la mala fe fuere de ambos esposos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos, en la forma que dispone el párrafo 2.º del artículo 73, esto es, se les nombrará tutor; pero el Legislador, atendiendo á que los hijos é hijas menores de tres años necesitan el calor de la madre, prescribe que estarán con ésta hasta que cumplan esa edad, á no ser que, por motivos especiales dispusiere otra cosa la sentencia.

Por la nulidad de matrimonio se rompe el vínculo, y lógico es que lleve consigo la disolución de la sociedad conyugal, lo mismo que por causa de muerte, pero el art. 72 solo señala los efectos de esa nulidad, en cuanto á los bienes del matrimonio, con el aditamento de que perderá todo derecho á gananciales el cónyuge que hubiera obrado de buena fe, y, en verdad, que el texto es deficiente é importa completarlo con los arts. 73, 1.333, 1.365 y 1.440 del propio cuerpo legal.

El matrimonio celebrado mediando mala fe por parte de ambos cónyuges, es como si no hubiera existido, y, de consiguiente, no produce ningún efecto civil entre ellos solamente, no con respeto á los hijos ni á tercero, por lo mismo que no tienen culpa de semejante vicio; pero no ocurre lo propio con el contraído existiendo buena fe por parte de uno de aquellos; en cuanto á él hubo matrimonio en lo que á tales efectos civiles se refiere, y en este supuesto, siguiendo la opinión de Manresa, expuesta en su edición del año 1907, entendemos que si antes de celebrado el vínculo conyugal se pactó en capitulaciones que los gananciales habían de pertenecer al cónyuge que resultó inocente, éste conserva su derecho á ellos, y si habían de pertenecer al que resultó haber procedido de mala fe, pierde cuanto se hubiere prometido por razón de matrimonio —cosa que aquel, no pierde y puede exigir se le entregue lo que se le prometió—y, además, los gananciales pactados, pues para él no existió legalmente el consorcio.

Y esto que, con las anteriores explicaciones parece llano, reviste alguna complejidad si lo llevamos á la legislación de los territorios aforados, donde existen otros sistemas económico-matrimoniales, distintos del de gananciales, como el dotal en la mayor parte de Cataluña, y el de comunidad de bienes, regulado por el Fuero de Baylio, pero toda dificultad queda resuelta por los términos absolutos del

art. 72 en su primera parte, dispositivo de que la ejecutoria de nulidad (no dice sentencia de nulidad, como dando á entender el legislador que puede haber recaído aquélla, pero que todavía no se ha pedido su ejecución) produce los mismos efectos que la disolución por muerte ó sea que la sentencia desata lo formal del vínculo conyugal, su caricatura, pues su fondo ó substancia no tuvo verdadera existencia.

Habiendo estudiado anteriormente, los efectos de las sentencias sobre nulidad del matrimonio, cúmplenos ocuparnos ahora de los que produce la de divorcio; no son otros que los señalados en el artículo 73 del Código.

La separación de los cónyuges, no borra los deberes que se contrajeron por el matrimonio; de modo que deben guardarse fidelidad, pues en otro caso incurren en las sanciones de los arts. 448 y 452 del Código penal. Asimismo continúa entre ellos la obligación mútua de socorrerse por medio de la prestación de alimentos; los hijos, quedan bajo la patria potestad y protección del cónyuge inocente, pero á la muerte de éste, el culpable la recobra, si la causa del divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra ó las injurias graves, pero no si fué distinta, en cuyo caso, se les debe nombrar un tutor, no quedando eximido ese cónyuge del cumplimiento de las obligaciones que el Código le impone respecto de sus hijos.

De lo arriba dicho resulta que si el marido es el causante del divorcio, á su mujer pasan por disposición de la Ley, las facultades que conceden los arts. 155 y 156, pudiendo por tanto, administrar los bienes de sus hijos, hacer suyo el usufructo en los bienes de estos, con obligación de satisfacer las necesidades de la familia, y, en suma, realizar cuantos derechos determine el art. 159 y siguientes.

El nombramiento de tutor de los hijos, procede cuando ambos cónyuges fueren culpables, cuando muere la mujer separada del marido, de cuyo divorcio fué culpable, porque la violentó para que cambiase de religión, ó le propuso se prostituyera, ó trató de corromper á los hijos y prostituir á las hijas ó fuese connivente en esto ó se le haya condenado á cadena perpétua. En respeto á la integridad de las creencias religiosas, así como á la honra de la mujer y de sus hijos, se ha escrito sin duda esa prescripción de que el marido culpable, aún muerta su mujer, no recobre la patria potestad de sus hijos, á los cuales se les debe nombrar tutor, lo mismo que si ambos

cónyuges fuesen culpables; en este último caso, si la sentencia no hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá á su cuidado á los menores de tres años.

Es otro efecto de la sentencia de divorcio, que el cónyuge culpable pierda todo lo que le hubiese dado ó prometido el inocente ó por otra persona en consideración á este, el cual, conserva cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego, lo que el mismo le hubiese prometido.

Si ambos cónyuges fuesen culpables, cada uno debe recobrar lo suyo, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 72.

También producen efecto de procederse á la separación de los bienes de la sociedad conyugal, perdiendo el marido culpable, causante del divorcio, la administración de los de la mujer, pero si ésta es la culpable, el marido inocente conserva la administración de los bienes de su esposa, la cual solamente tendrá derecho á alimentos.

Disentimos de Manresa cuyo comentarista, examinando lo dispuesto en el núm. 5.º del art. 73, dice que: «La mujer culpable que tuviese bienes parafernales y durante el matrimonio no hubiera querido desposeerse de su administración, la pierde desde que es firme la sentencia de divorcio».

No es esto lo que el precepto dice: emplea la palabra «conservación» y claro que si al marido no se le ha entregado por su mujer la administración de los bienes parafernales, mal puede conservarla; no decimos lo propio de los dotales inestimados; la administración de estos, corresponde al marido (de aquí el modo subjuntivo «si la tuviere») y de consiguiente, él, siendo inocente, conserva esa administración de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho á alimentos. Si el culpable es el marido, pierde la administración de los bienes de la mujer, lo mismo dotales que parafernales si aquella le hubiera sido entregada.

Por último, la reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él; pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del Tribunal que entienda ó haya entendido en el litigio; pero esto no significa, que el marido recobre siempre la patria potestad. Hay casos en que la ley no puede ni debe concedérsela, para que el poder de protección no se troque en instrumento de maldad, y por esto, cuando la sentencia de divorcio se funda en el conato á la connivencia del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas, si aún continúan los unos ó las otras bajo la patria potestad, los Tribuna-

les adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción ó de la prostitución. Los Tribunales son llamados á evitar el mal, aplicando lo dispuesto en dicho art. 74 y en el 171.

Para terminar este punto importa citar la siguiente jurisprudencia.

La mujer que obtenga el divorcio como cónyuge inocente, no debe someterse, para la enajenación de sus bienes propios, á la intervención del marido. (Sent. 19 de Junio 1899).

La sentencia que, ejecutando otra dictada por la autoridad eclesiástica en pleito de divorcio, dispone que los hijos queden en poder de la madre, considerada como cónyuge inocente, aplica debidamente el párrafo 1.º del núm. 2.º del art. 73 (Sent. 14 de Marzo 1899).

El derecho á los alimentos á que se refiere el núm. 5.º, debe hacerse extensivo al caso en que la mujer sea pobre, doctrina que se funda, no solo en las prescripciones del cap. VI, tít. III del lib. IV, sino también en la índole misma del divorcio en España que no disuelve el vínculo (Sent. 12 Mayo 1900).

Del matrimonio canónico

Requiere materia, forma y ministro. Desde luego la forma son las palabras con que se expresa el consentimiento de los contrayentes. Acerca de si estos son, á la vez, materia y ministro todavía los teólogos no se han puesto de acuerdo. Lo que sí podemos decir que, á nuestro ver, hay contrato matrimonial y hasta matrimonio legítimo por el hecho de que los contrayentes expresen su consentimiento, pero sin la bendición del sacerdote que derrama sobre ellos la gracia santificante, no hay sacramento; por eso se hallan prohibidos de reciente, los matrimonios por sorpresa.

Hay varias especies de matrimonio, á saber: legítimo; el celebrado por infieles y herejes, según el Derecho de gentes y no en la fe de Cristo; rato, el que se ajusta á las prescripciones de la Iglesia sin que le siga unión carnal entre los cónyuges; consumado, el contraído con arreglo á dichas prescripciones y completado con la cópula; verdadero, el que, efectivamente se ha celebrado; putativo, el contraído con las formalidades de la ley, pero mediando algún impedimento dirimente ignorado por uno ó por los dos cónyuges; presunto, el que se tenía por celebrado, sin estarlo realmente, como era el que se contraía antes del Concilio de Trento por la unión carnal,

después de los esponsales; *IN ARTÍCULO MORTIS*, que es el que se celebra *IN EXTREMIS*, ó sea en los últimos momentos de la vida, para con el cual se dispensan las proclamas; de conciencia, que es el contraído en secreto ante el párroco y los testigos y permanece oculto, hasta que, cesado el motivo de la reserva, se le da la publicidad debida, mediante la inscripción en el Registro civil, desde cuyo momento produce efectos civiles (arts. 78 y 79 del Código); este matrimonio puede permitirlo, unicamente, el Obispo por causa grave, urgente y urgentísima, debiendo llevar un Registro, secreto, compuesto de dos libros cerrados y sellados, el uno para inscribir las partidas de matrimonio y el otro las de nacimiento de los hijos, cesando el secreto si el padre ó la madre en su defecto, dejan de dar cuenta al prelado, en el término de 30 días, del nacimiento de los hijos (*Bula SATIS BOVIS*); morganáticos, que eran los contraídos entre personas de diferente condición social; clandestinos, los verificados sin proclamas, ni escritura, ni intervención del sacerdote y testigos, que fueron prohibidos por la sesión 24 del Concilio de Trento; mixtos, que son los celebrados entre los individuos de distinta religión (*ECCLESIAE VETITUM*); y *por poder*, que son los que se celebran por medio de un enviado especial con carácter de mandatario. En el poder se debe expresar la persona con quien el mandante se ha de unir; el apoderado no puede sustituir sus facultades sin expresa autorización del mandante, en debida forma; no ha de ser revocado antes de la celebración del matrimonio porque, en otro caso, será nulo este aún cuando lo ignore el Procurador y la que se tome por esposa (*Decretales de Bonifacio VIII, Cap. 9.º DE PROCURAT. IN SEXTO.*) En evitación de esa nulidad, debe expresarse en la escritura de revocación, el día, hora y hasta á ser posible, los minutos en que se hace. Según el Digesto la mujer no podía casarse por poderes, porque estaba expuesta á fraudes y engaños.

No entra en nuestro propósito estudiar aquí, lo relativo á la materia de impedimentos tanto dirimentes como impedientes según que anulen ó no el matrimonio celebrado, explicando cada uno de ellos, como tampoco la materia de la celebración de éste, por ser lugar más propio el del Derecho canónico. Asimismo tampoco nos ocuparemos del matrimonio civil, porque los artículos que el Código dedica al mismo desde el 83 al 107 inclusive, apenas si merecen comentario, por cuanto su inteligencia no provoca dudas; lo único verdaderamente nuevo en nuestro derecho, pues lo relativo al ma-

rimonio civil apareció regulado, con espíritu de intransigencia, por la ley de 18 de Junio de 1870, es lo dispuesto en el art. 77 del Código, relativo á la intervención del Estado en la celebración del matrimonio canónico, lo cual, es razonable porque como hemos dicho, el matrimonio presenta estos aspectos: de convención jurídica, de naturaleza consensual, puesto que descansa en el consentimiento de los contrayentes; de Sacramento si es canónico, puesto que se derrama sobre los esposos la gracia santificante, y de institución social, por los deberes ético-jurídicos que imponen las relaciones conyugales, paterno-filiales y parentales, y sobre todo, porque es supuesto ó punto de arranque de la familia legítima y constituye la primera célula social, como dice Cesar Cantú, y claro que al Poder público interesa conocer oficialmente la existencia de esas uniones, para regularlas en lo que á los efectos civiles de las mismas se refiera.

Conclusión

Y puesto que ponemos punto aquí á este extenso capítulo, de importancia grandísima, puesto que sus disposiciones son obligatorias á todos los territorios españoles, lo mismo aforados que no aforados, importa decir, aún cuando ningún valor merece nuestra crítica, que, en esta materia, precisa, es más, urge una modificación en gran parte de los artículos que comprende el título IV del Código, ora aclarando su contenido, ora dándoles la debida ductilidad para que la mujer casada pueda ejercer en la familia esa coautoridad á que tiene derecho y no quede colocada, por espíritu de recelo y de desconfianza del Legislador, en la situación evidente de inferioridad, en términos que carece de la necesaria independencia para atender, con las compras de cosas, á las necesidades del hogar, y expuesta á correr el ridículo, por no decir á sufrir la afrenta, si su marido, amparado en el texto duro y escueto del Código, impugna de nulidad los contratos que hubiera celebrado.

Muchos y complejos problemas entraña ese título IV del Código, escrito, por pluma docta, experta pero asustadiza, encariñada con lo tradicional, con lo que representa ese principio de recelo y de desconfianza, que detiene toda orientación saludable hacia lo científico y lo justo.

Urge una profunda reforma del Código civil, demandada por los escritores jurídicos más esclarecidos, entre estos D. Augusto Comas,

el actual Presidente del Tribunal Supremo de Justicia D. José Aldecoa, y ofrecida por el ex-ministro D. Trinitario Ruiz Valarino y por el Presidente del Consejo de Ministros, el eximio estadista y jurisconsulto, D. José Canalejas y Méndez, espíritu abierto á todo lo progresivo. Y cuando esa obra legislativa es imperiosamente reclamada, al igual que la de la ley de Enjuiciamiento civil, poniéndolas en estrecha relación para que se conozca el camino que ha de seguir el Derecho llevado al juicio con las ritualidades del procedimiento, no tiene explicación que justifique este largo descanso, por no decir pereza á que se halla entregado el Legislador desde que se publicó el Código civil; sin que tampoco, á pesar de los veintium años transcurridos de entonces acá, se hayan publicado los prometidos Apéndices de las legislaciones forales.
