

Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821

MARIANO PESET REIG

A mi hermano José Luis

I. ACERCA DE LA CODIFICACION

Hace algunos años, recuerdo una conversación sostenida con un buen amigo y gran jurista, que achacaba a los historiadores del derecho su escaso conocimiento de los problemas jurídicos. Aquello me hizo pensar. ¿Tenía razón? ¿No la tenía? Creo que ello importa poco; desde luego, expresaba una opinión difundida entre los juristas que ven muy lejanos a sus preocupaciones los estudios de historia jurídica. Es evidente, que a los historiadores puros les acontece tres cuartos de lo mismo. Y en calidad de jurista e historiador —de híbrido entre dos facultades— he procurado saber en todo momento a quién pretendo dirigir mis trabajos, qué busco, qué intento. Procuro preguntarme, antes de empezar a elaborar y redactar, hacia qué lectores me dirijo. Otra cosa es que mis trabajos sean leídos o no; cuestión que supone tan amplio planteamiento que prefiero dejarla por ahora.

Efectivamente, los historiadores del derecho tenemos una deuda con los juristas, que se quejan por no haberles preparado y dispuesto los materiales que más directamente les interesan. Las leyes o las instituciones de la época contemporánea, que les atañen esencialmente para comprender los textos y las realidades entre las que se mueven. Es decir, los precedentes más inmediatos —la codificación o los cambios jurídicos liberales— que pueden llevarles a explicar mejor las situaciones en que se encuentran inmersos. Traigo ahora a su consideración un proyecto inacabado de código civil —el primero en España de que tengo noticia— e intento dar cuenta de él, de su significado y elaboración. Tarea menor, aunque sea costosa, porque toda investigación positiva y profunda tiene que cercenar deseos de más elevadas aspiraciones. Una aportación, un paso...

La codificación es un fenómeno complejo, amplio, de enormes consecuencias... Durante el siglo XVIII, la Europa racionalista y absolutista empieza a preocuparse de sus leyes. La ilustración y los monarcas creyeron encontrar en la ordenación del derecho romano y nacional unos resortes de poder y, si se quiere, unos medios para impulsar la fe-

licidad y la prosperidad de sus súbditos. La codificación ilustrada es esencialmente centroeuropea, pues los cultivadores del derecho natural en el siglo xvii —Grocio, Pufendorf, Thomasio...— florecieron por aquellas zonas. Los códigos bávaros o el prusiano pertenecen a esta etapa, como es bien sabido; Austria también promulga el suyo dentro de este ambiente, pero en el año 1811, cuando ya Francia había iniciado la segunda etapa de este proceso: la codificación liberal.

La aparición del *Code civil* de 1804 reviste una importancia grave. Unos nuevos principios políticos, una nueva concepción de la vida se presentan a Europa desde los artículos de su texto. Pronto será recibido e imitado; se redactan códigos basados en sus ideas y perfecciones. Se impone directamente en muchos territorios dominados por Napoleón, en diversos lugares o reinos de Europa, en la forma exacta que tenía. Luego empiezan a redactarse sus descendientes. Luisiana, en 1808, lo recoge añadiéndole algunas leyes españolas, aunque la versión que conocemos es la reelaboración de 1825, por lo que las analogías carecen de valor para nuestro proyecto; después, en 1819, se forman los de Dos Sicilias y el cantón suizo de Vaud... Y a nuestro efecto basta, pues Cerdeña u Holanda son de 1838.

Pues bien, este amplio movimiento también se recibe en España. Ya los códigos ilustrados, especialmente el federiciano de Prusia había suscitado deseos en nuestro setecientos, que no pudieron llevarse a realidad (1). La iniciativa francesa de 1804 repercutiría a partir de la guerra de la independencia y de la caída del antiguo régimen. ¿Cómo no habían de soñar los liberales españoles con imitar a Francia? En las cortes de Cádiz, se establece la necesidad de codificar en el artículo 258 de la constitución de 19 de marzo de 1812; incluso antes hubo propuestas. Mas no fue posible. Durante el trienio —segunda época liberal— aquellos deseos gaditanos se confirman; desde la primera legislatura hay intenciones y propuestas para reanudar la tarea interrumpida en sus primeros pasos. En otra ocasión (2) he estudiado los aspectos externos de la codificación durante estos años. Se amplía el número de códigos, se nombran las comisiones...

(1) Sobre la expansión de la codificación francesa y los nuevos códigos puede verse L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de derecho y administración*, IX, 1856, páginas 347-424, también la obra de VERLANGA y MUÑIZ que cito en la nota 5. No he podido manejar en esta ocasión el Libro del centenario del *Code*, en donde se encuentran numerosas indicaciones. En general, los historiadores del derecho se ocupan de su propio país a este respecto, véase para Italia, A. PERTILE, *Storia del Diritto italiano*, 2.^a ed., vol. II pte. II, Turín 1898, 477-493.

Recientemente me he ocupado de la codificación ilustrada en España, en «Una propuesta de código romano-hispano, inspirada en Ludovico Antonio Muratori» *Homenaje a Santa Cruz Teijeiro*, 2 vols. Valencia, 1974, II, 217-260; también J. R. CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal en España: el proyecto de Código criminal de 1787», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XXII (1969) 313-343.

(2) Véase «La primera codificación liberal en España (1808-1823)» *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XLVIII (1972) 125-157.

La comisión de código civil —que ahora nos interesa— fue designada en sesión de 22 de agosto de 1820 (3), integrada por Garelly, Cano Manuel, Silves, Cuesta, San Miguel, Hinojosa y Navarro. Trabajaron tan rápidos que en sesión de 19 de junio de 1821 pudo leerse el discurso preliminar con las intenciones y el esquema, por boca de Nicolás María Garelly. La legislatura siguiente oyó en octubre una parte del texto que se mandó imprimir (4). Los trabajos no siguieron adelante, pues otras atenciones reclamaban a estos hombres, singularmente al más destacado de ellos, que era Garelly. Pero aquel impreso, aquellas páginas del discurso preliminar y los artículos de que consta el proyecto inacabado, serán objeto primordial de esta investigación. Sus soluciones, sus influencias, sus intenciones...

El *Proyecto de Código civil que presenta la comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820. Impreso de orden de las mismas. En la Imprenta Nacional. Año de 1821*, es la primera huella de nuestra codificación civil. Sus 476 artículos componen la segunda parte de este impreso, divididos en un *título preliminar*, artículos 1-33, y el resto formando los comienzos de la *Parte primera*. Esta, que se titula *De los derechos y de las obligaciones*, debía tener tres libros; a saber: «Libro primero. De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general» —arts. 34-276, en ocho títulos—, «Libro segundo. De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas» —arts. 277-476, con cuatro títulos— y el «Libro tercero. De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas», que no llegaría a redactarse. Como tampoco la *Parte segunda*, que había de denominarse *De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones*, con otros dos libros. Esta primera caracterización externa creo que es suficiente para iniciar mi exposición. Tiempo habrá de precisar con más detalle la sistemática (5).

(3) *Diario de Cortes*, 1820, sesión 22 de agosto, I, 610, en que aparece alguno más, que no figura después en el proyecto. De estos comisionados me ocupo del que parece ser el principal, Nicolás María Garelly. De los demás apenas he encontrado algunas referencias, sobre Martín de Hinojosa, E. ESPERABE DE ARTEAGA, *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca*, 2. vols. Salamanca, 1917, II, 17, 64, 682; A. VIDAL Y DÍAZ, *Memoria histórica de la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 1869, pág. 595; de él, como autor, entre otros, del proyecto salmantino para la reforma de las universidades, me ocupé en M. PÉSET REIG, «La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)» *Anuario de Historia del derecho español*, XXXVIII (1968) págs. 279 y ss. De Cano Manuel hay alguna referencia en F. MONTELLS Y NADAL, *Historia del origen y fundación de la Universidad de Granada*, Granada, 1870, pág. 826, pero más datos en la *Enciclopedia Espasa*, t. XI, pág. 167.

(4) *Diario de Cortes*, 1821, sesión 19 de junio, III, pág. 2354, También *Diario de Cortes*, 1821-1822, comisión, I, 293, lecturas 255, 273, 276, 332 y 357.

(5) Las fuentes utilizadas en este estudio han sido: en primer lugar el texto que se analiza, el *Proyecto de Código civil que presenta la comisión especial de las Cortes nombrada en 22 de agosto de 1820. Impreso de orden de las mismas*. En

I. CARACTERES DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL

Visto como surgió aquel intento de renovación de nuestro derecho civil, me permitiré algunas consideraciones internas sobre el mismo, antes de pasar a su descripción y contenido. Es una obra curiosa, hábilmente trazada, a pesar de que se pueda señalar algunos defectos, debidos a la premura con que se trabajó. Es una obra muy doctrinal, con gran atención a las definiciones y a la sistemática, al encadenamiento lógico de los preceptos.

Sobre todo, este fragmento de proyecto, se caracteriza por haber querido recoger en su seno las materias con una amplitud extraordinaria. No se conformaba a ser sólo una importación del *Code* —tampoco por sus contenidos— en orden a la delimitación del derecho civil. Aborda cuestiones públicas, desarrollando la constitución y, aunque no llegó a escribirse o al menos no se imprimiría, pensaba reunir toda la materia administrativa. Los preceptos de tipo procedimental son también muy numerosos, sin duda, porque resultaba difícil —en este nivel de la historia— descartar los procedimientos civiles; los alcaldes y regidores, los párrocos y los jueces aparecen con mayor frecuencia en sus páginas, de lo que hoy estamos acostumbrados a ver.

No resulta difícil adivinar las razones que motivan a los redactores esta empresa tan amplia y ambiciosa. Creo que confluyen en ella tres sectores o influencias, que logran la indudable desviación respecto del *Code des français*. En primer lugar, hay aquí reflejos de *Novísima*

la imprenta nacional. Año de 1821, así como alguna vez el código penal de 1822, *Colección de decretos de las Cortes*, IX, 211-381. Para la *Constitución política de la Monarquía española promulgada en Cádiz a 12 de marzo de 1812*, he usado la edición de Valencia, 1836.

El *Code civil* y los otros franceses, a través de *Les six codes*, París, H. Langlois fils et Cie, 1828, fundamentalmente. Los otros códigos los he manejado a través de las magníficas tablas de M. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code Français*, 4.^a ed., París, 1841, así como su traducción, que se completa, de F. VERLANGA HUERTA y J. MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los códigos civiles extranjeros*, Madrid, 1843, sólo excepcionalmente he acudido a comprobar algún texto. También los comentadores anteriores a la fecha del proyecto, Jacques de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, 4 vols. París, 1805 y C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5.^a ed., 15 vols., París, 1830; la primera es de 1811. Este último, con marcada influencia sobre el proyecto, lo he consultado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Valencia, mientras el primero lo busqué sin fruto en las Bibliotecas Nacional y de la Facultad de Derecho de Madrid, pudiendo, por fin, consultar el ejemplar de la Biblioteca Nacional y Universitaria de Estrasburgo, a través del servicio de préstamo interbibliotecario, de lo que debo dar gracias.

Todas estas fuentes van abreviadas en las notas por la frecuencia de su utilización; no repito las abreviaturas *págs.* o *arts.* cada vez, pues el lector entiende que me refiero a la primera si se trata de un texto, y a la segunda cuando los números pertenecen a un código o proyecto. Por último, ha de advertir que no intento imitar a F. GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, 4 vols., Madrid, 1852. Mis referencias pretenden una orientación selectiva, más que acumulaciones de textos análogos.

Recopilación o de *Partidas*; los viejos cuerpos legales tendían a regular totalidades, sin parcelar por códigos específicos. En segundo lugar, el ejemplo de los códigos ilustrados de Prusia y Austria también abogaban en este sentido y, por fin y en tercer término, la lectura de Bentham, de sus obras entonces muy difundidas por España, facilitaban este sentido de código amplísimo (6).

La duda primera que se ofreció a la Comisión fue la de conocer sus verdaderos límites para no traspasarlos, ni dejar dentro de ellos el menor vacío; duda a que daba lugar la resolución de las Cortes en el hecho mismo de haber nombrado distintas Comisiones para los *Códigos penal, de actuación o procedimientos, rural y mercantil* (7).

Y se lanzaron valientemente —con respeto de los otros— a asumir la tarea de no dejar demasiadas cosas fuera de la codificación. Según ellos —como para Bentham— toda ley es penal, en cuanto determina las acciones humanas creando derechos y obligaciones; sería mero consejo o promesa estéril, si no llevase aparejada la fuerza de su cumplimiento. Pero es evidente que la separación con el derecho penal no puede desconocerse, conforme a las órdenes de las Cortes, el artículo 258 de la constitución y el ejemplo de Francia...

A partir de esta inmensidad es menester acotar tareas. La primera distinción que hacen es entre un código interior y otro exterior, éste sobre los derechos y obligaciones que el individuo, como miembro de la sociedad, tiene respecto de las demás, «que están o pueden estar en relación con ella» (8). Código internacional basado en usos y costum-

(6) J. BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal, traducidos al castellano con comentarios por Ramón Salas*, 8 vols., París 1838; y *Principios de legislación y de codificación, extractados...* por Francisco Ferrer y Valls, 2 vols. Madrid, 1834, son los que he tenido a la mano, y dado la generalidad de la influencia benthamiana, creo que es lícito a pesar de su fecha. Pero no podía menos de ocuparme de las fechas de introducción de este autor en España; por de pronto, puede verse propuesto para las universidades, aun sin nombrarlo, en M. y J. L. PESET REIG, «La enseñanza de la medicina durante el siglo XIX en España. El informe de 15 de septiembre de 1820 para la reforma de las universidades», *Medicina española*, LX (1968) 28-35, 98-105, o incluso antes, en el proyecto salmantino de 1814, M. PESET REIG, «La enseñanza del derecho y la legitimación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)» *Anuario de historia del Derecho español*, XXXVIII (1968) 280-294; así como otros datos en L. SILVELA, «Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles: expositor de su sistema en España» *Discursos R. A. Ciencias morales y políticas*, VII, Madrid, 1908, 52 ss.

Las primeras ediciones de Bentham son las de TORIBIO NÚÑEZ, en los años 1820 y 1821, que serían tal vez conocidas por los autores del proyecto, pero, en todo caso, su difusión y conocimiento se hizo en francés, con anterioridad. No he realizado el cotejo de estas ediciones, en relación con nuestro proyecto.

(7) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 3.

(8) Discurso *Proyecto* 1821, pág. 4; sobre esta división, J. BENTHAM, *Principios*, I, 204.

bres no escritos, propios de las naciones civilizadas; principio de reciprocidad, que sólo se modifica por tratados particulares o por excepciones dictadas por alguna nación para reformar el derecho de gentes, comúnmente recibido, como lo han hecho las cortes aboliendo el derecho de extranjería y otorgando asilo a los perseguidos por sus opiniones políticas (9).

El código interior, por su lado, tiene una raíz o fundamento en su *derecho⁹⁾ constitucional*. Mediante la constitución se establecen las relaciones entre todos los individuos de una nación, se da existencia política a los poderes encargados de ejercer su soberanía, sus jerarquías y sus miembros. La ley es quien confiere derechos y obligaciones. La ley natural, anterior a la sociedad, confiere derechos, pero sólo si el legislador los atiende, se puede intentar una reclamación efectiva y completa de ellos. Es la ley positiva quien da vida a los derechos; «... y cuando prescribe estos derechos y obligaciones en grande, esto es de la sociedad para con todos sus individuos y al contrario, se llama muy propiamente *Ley fundamental*» (10).

De ella se derivan y emanan las leyes secundarias.

Si la Comisión del *civil* hubiese tenido el encargo de presentar un *proyecto del Código de leyes secundarias de la nación española*, habría adoptado tal vez la simple división de *Código civil* y *Código penal*...

Sin duda el *Código civil*, organizado bajo de estas bases, abrazaría como un apéndice parcial el que se titula de *comercio*, como un apéndice general el de *procedimientos civiles*. ¿Mas, por ventura, la legislación mercantil debe formar un muro de división o elevarse a la clase privilegiada contra la letra y espíritu de la ley fundamental? ¿Por ventura los *procedimientos* no son una continuación y complemento de la ley? (11).

En estos terrenos se conformaron a reducir sus pretensiones, pues los encargos de las cortes o la formulación del artículo 258 constitucional eran terminantes. Pero buscaron ensancharse hacia otros campos, con originalidad de planteamientos, pero con tan excesiva ambición, que su redacción hubiera sido cuestión de muchos años. Por ello, quedaría truncado, inacabado. Deciden redactar una parte administrativa, sobre el gobierno del reino y sus poderes ejecutivo y judicial. Quieren

(9) Se refería el proyecto al decreto de 28 de septiembre de 1820, *Colección*, VI, 152, su publicación orden de 19 de octubre, 153. En el decreto, artículo 1.º, se manda: «El territorio español es un asilo inviolable para las personas y propiedades de toda clase pertenecientes a extranjeros, sea que éstos residan en España o fuera de ella, con tal que respeten la Constitución política de la Monarquía y las demás leyes que gobiernan a los súbditos de ella». Sobre emigrados, MALEVILLE, I, 21-27.

(10) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 5.

(11) Discurso preliminar, pág. 5.

además desenvolver las bases de la constitución —de esta parte se redactó algo— detallando los medios de hacerla efectiva, «a cuyo fin enumera los deberes del ciudadano para concurrir a la felicidad pública y al engrandecimiento del Estado; determina los medios de asegurar su libertad individual y la de sus propiedades...» (12).

Pero, ¿cómo hacerlo? ¿Copiar tan sólo el código francés o tener en cuenta el derecho propio? Precisamente es una de sus características el tino y proporción que supieron tener ante el dilema que entonces se presentaba a toda nación que empezaba a codificar. Realizar obra nueva con materiales nuevos y viejos. ¿Cómo lo hicieron?

Es difícil señalar con toda exactitud la forma de actuar y redactar. No existen datos, aun cuando debió trabajar especialmente Garely en ella. Afinar hasta el límite la proporción de contenidos y literalidades, no habiendo una interpretación auténtica —si se me permite la expresión—, como la de García Goyena, resulta imposible o, al menos, no ha llegado a tanto mi intención. Pero sí a perfilar algunos puntos. En el discurso preliminar se facilitan algunos datos genéricos de cómo iban realizando la tarea, pero sobre todo la comparación de textos permite llegar a algunas conclusiones.

El código francés —no podía ser menos— está presente en muchas de sus soluciones y en muchas de sus palabras. Tal vez, algunos de sus descendientes, aunque no he podido hallar prueba irrefutable. De los códigos no liberales o ilustrados, el austríaco de 1811 deja huellas, aun cuando en proporción muy menor que el *Code*; el proyecto es el inicio en el largo camino de afrancesamiento de nuestra codificación civil. Quizá la buena formación de Garely y sus compañeros —no hay que olvidarlo— hizo posible que la adaptación sea original y más apegada a nuestro derecho anterior; porque no creo que fuese la celeridad con que se hizo, que no les diera tiempo de penetrar en la finura y novedad que el *Code* suponía, aun cuando en algún caso pudo ser así. Por fin, en estas influencias vecinas no debe olvidarse la que sobre el proyecto posee el comentario de C. B. M. Toullier, a quien en repetidas ocasiones haré referencia; en cambio, el *Analyse raisonnée* de Jacques de Maleville, si entonces lo conocían y manejaban, no deja huella en el proyecto (13). No hemos de sorprendernos ante la inmisión del derecho francés en una época de racionalismo y superación de peculiaridades propias. Los liberales creen descubrir un derecho perfecto —final del romano y de las viejas costumbres— y nada reparan si éste viene de otro país, de la revolucionaria Francia.

(12) Discurso preliminar, pág. 6.

(13) Estas influencias las perfilaré a lo largo de las notas. En un tiempo, antes de su consulta, creí poder encontrar paralelos con Maleville, pero no parece que influyera; Garely lo conocía, aunque no puedo precisar desde qué fecha; alude a él en N. M. GARELY, *Discurso pronunciado el día 2 de enero de 1844 en la apertura del Tribunal Supremo de Justicia por su presidente...*, Madrid, 1844, pág. 13. «¿Por ventura no acopañaron al civil francés, en su cuna misma, ocho volúmenes comprensivos de su espíritu...?».

No obstante, el fondo tradicional de nuestro derecho histórico se conserva en buena parte y, quizá en las zonas últimas no redactadas, se hubiera mantenido con mayor intensidad. Tienen palabras de loa para los viejos textos del derecho español, aunque no disimulan sus faltas y errores. Late en los redactores un espíritu jurídico nuevo, propio de una época nueva que se estremece con disgusto ante las soluciones antiguas, aun cuando estuviesen matizadas y suavizadas por la práctica.

La España no carece ciertamente de Códigos; y si la Comisión tratase de ostentar erudición y una vanidad estéril, podría demostrar aquí que después de la caída del imperio romano y consiguiente irrupción de los bárbaros, y en la edad que se llama *media*, los tuvo muy superiores a los del resto de Europa. El *Fuero Juzgo* de una parte, y de otra las *Siete Partidas* responderán a la verdad de esa aserción, que no han podido menos de confesar los sabios imparciales de otras naciones, a pesar de su rivalidad. Pero contrayéndose la Comisión a su objeto, se limitará a manifestar la imperiosa necesidad de un nuevo *Código civil* en vista del estado de los actuales. Sin duda se hallan en ellos muchísimas decisiones de justicia y de utilidad tan notoria e inalterable que no podrían ser desatendidas sino por la frivolidad o el deseo de innovarlo todo. La Comisión se honrará prohibiéndolas; porque «en las cosas que se facen de nuevo debe ser catado en cierto la pro dellas, ante que se parta de las otras (14).

Dice que la comisión hubo de examinar aquellas leyes con todo cuidado, pero sus bases eran muy distintas de la constitución de 1812. La representación, la división y equilibrio de poderes, la propiedad y la economía dan un giro tan marcado, que dejan aquellas leyes como absurdas y contrarias al fin del legislador. Reclaman la reforma de tantas leyes inútiles que nos afligen, que son demasiadas, debiendo liberar de ellas a los súbditos, reduciéndole el legislador a sus verdaderos límites. La incoherencia, la oscuridad, la imprecisión de su lenguaje... Remedio para las incertidumbres en que vivían, por no saberse a ciencia cierta cuáles de ellas debían aplicarse antes o después, cuál era su prelación... (15).

(14) Discurso preliminar, pág. 11.

(15) Discurso preliminar, págs. 11-13. La opinión de Garelly contra las leyes patrias en sus palabras de la *Instalación de la Cátedra de Constitución en la Ciudad de Valencia, a cargo del Paborde D. Nicolás Garelly; bízola por orden de S. M. las Cortes y S. A. la Regencia del Reino el Jefe superior político de esta provincia D. Mateo Valdemoro, el día 15 de enero de este año*, Valencia, 1814, en donde arremete contra las leyes patrias que cimentan la tiranía y contra el régimen desde la *virtuosa* Isabel a Carlos IV, 27 ss., 24, 31. También, más moderado en su vejez, «Es indudable que poseemos un tesoro de gran valor en nuestros Códigos. Pero reina una anarquía difícil de describir y sumamente embarazosa para el que ha de aplicar la ley en casos particulares.» Y, tras referirse

En fin, pocas luces más nos da el texto del proyecto. De modo directo no se refiere a sus fuentes, sólo dice que ha tenido en cuenta el derecho histórico y alguna vez alude a códigos modernos (16). Sólo de su estudio interno es posible señalar con más exactitud su intención.

Mi estudio no pretende haber agotado su análisis y comprensión. Más bien habrá de tomarse como preliminar a una tarea que requiere mayores desenvolvimientos y honduras: el estudio de la codificación civil española. Mi estudio posee, a mi parecer, tres niveles o dimensiones. Una descripción del texto articulado, y su doble conexión con el derecho propio y extraño. Tres puntos: proyecto, derecho anterior y derecho extranjero. *Partidas* —el derecho romano pocas veces lo considero directamente, por no complicar las notas y considerar suficiente su versión en el texto de Alfonso X— y *Novísima* fundamentalmente, se ponen en relación con esta primera pieza del proceso codificador español. El *Code Napoléon* y algún comentarista del mismo, son la clave para señalar las influencias extranjeras. Pero, el proyecto es el centro del trabajo, su descripción y la valoración de sus soluciones. He buscado y rebuscado las fuentes de sus 476 artículos, he confeccionado tablas comparativas, he ido resolviendo lagunas —otras no lo he logrado—. Cuando la adaptación es original, como en este caso, la tarea roza los límites de la adivinación; y no conviene traspasarlos. Por ello procuro apuntar, sugerir, contrastar, pero sin decidir muchas veces, salvo que sea muy clara la literalidad. ¿Acaso es posible determinar si recoge del código francés alguna solución o de otro de sus descendientes? Ante una concreta solución, ¿no es posible que sea romana, vía Pothier y *Code*, o que se haya recogido en *Partidas* o del mismo texto de Justiniano? No, llevar más adelante las conclusiones sería aventurado. Por lo menos, he intentado iniciar el estudio de la codificación española con análisis de fondos y contenidos; porque los datos externos del proceso codificador no son suficientes. Y paso a otro punto, sobre este proyecto del trienio.

II. EL AUTOR DEL PROYECTO

¿No dijimos que era una comisión? ¿No di, en su momento, los nombres de sus componentes? Sin embargo, un texto de la época progresista dirá que las cortes de 1821,

a los problemas de *Fuero Juzgo* y *Fuero Real*, la prelación de las fuentes y las variantes de ediciones, sigue: «Contrayéndonos únicamente a los volúmenes que forman nuestra inmensa y complicada legislación, abátese el ánimo más esforzado al recorrer su simple enumeración, aumentada con las colecciones de decretos posteriores. Esta situación reclama con urgencia que los trabajos de codificación proyectados por las Cortes de 1814, en los que avanzaron mucho las comisiones nombradas en 1821, 1832 y 1834, reciban su complemento de la que se creó a fines del año anterior...», N. M.^a GARELLY, *Discurso...* 1844, pág. 14 y 15.

(16) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 15, 27.

... confiaron la formación del código civil a personas ilustradas, entre las cuales se contó el señor Garely. La comisión desempeñó con tanto celo este trabajo, que ya en 1821 pareció impresa la primera parte del código, o sean los dos primeros libros, a fin de someterle a discusión. En estos dos libros y en el discurso preliminar, *obra uno y otro del señor Garely*, prohijada por sus colaboradores, se advierte una explicación juiciosa y sembrada de excelentes máximas legales, así de las bases adoptadas como del orden seguido en la comisión en sus tareas; se deja ver el respeto a nuestros venerables códigos antiguos y a las costumbres del país... (17).

Es verdad, que quien esto escribe ha tomado la noticia del mismo Garely, quien le facilita datos y noticias para que escriba su biografía; luego pudo saberlo con certeza. Y no creo que se atreviera a mentir, en cosa tan principal, en un año relativamente cercano a aquellos días de la comisión; habían trascurrido veinte desde 1821 y, personas vivas podían desmentirlo. Creo, por tanto, que debe tenerse por obra de Garely en sus líneas principales. Sólo de esta manera es explicable la celeridad con que se realizó: una persona que se destaca y trabaja, no unas discusiones prolifas. Garely, además, toma la palabra en las cortes, demostrando ser la cabeza de la comisión. Por otra parte, conta que tenía escritos algunos libros, entre ellos un manual contrapuesto a la *Ilustración del derecho real de España*, del también catedrático de Valencia Juan Sala; sin duda estos materiales pudieron servirle para su empresa ordenadora y legisladora (18).

Por esta razón de paternidad, no estará de sobra que me ocupe de la personalidad de este jurista. Hombre de ímpetu liberal y nuevo en sus primeros años, se irá convirtiendo en una figura consagrada. El final de Espartero y los progresistas no corta su brillante carrera hasta alcanzar la presidencia del tribunal supremo. Nacido en 1777, cursa en las escuelas pías y en la universidad de Valencia, un tanto remozada en tiempos de Carlos III (19). En 1801 es doctor en ambos derechos, abogado y explica como sustituto en algunas cátedras de la facultad; el año

(17) F. ALVAREZ, «D. Nicolás María Garely», en *Galería de españoles célebres contemporáneos...*, de N. Pastor Díaz y F. de Cárdenas, Madrid, 1842, página 31; me he servido de esta biografía para la presentación del autor del proyecto, añadiendo algunas noticias. La biografía definitiva de este jurista —como de tantos otros— está por escribir.

(18) F. ALVAREZ, «Nicolás María Garely», págs. 4-15, con un largo excursus en que se disculpa su intervención en *Novísima*, por el ataque de Villanueva; también, M. PESET REIG, «La recepción de las órdenes del Marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia», *Saitabi*, XIX (1969) pág. 134, nota 41 y apéndice III, págs. 142-143.

(19) Sobre la reforma carolina, M. y J. L. PESET, «El plan de estudios de 22 de diciembre de 1786 y la enseñanza universitaria en Valencia», *Actas del III Congreso de Historia de la Medicina*, Valencia, 1969, II, págs. 295-315; sobre el plan Blasco, J. L. PESET, «Reforma de los estudios médicos en la Universidad de Valencia. El plan de estudios del rector Blasco de 1786», *Cuadernos de Historia de la Medicina española*, Salamanca, XII (1973), 213-264.

siguiente alcanza la pavordría que había disfrutado Sala, y durante aquellos años se le ve bullir en los claustros, capitaneando la fracción más avanzada y haciendo gala de su saber. Posee la tan frecuente vanidad de la obra futura, que nunca escribirá; en su caso, por su dedicación a tareas políticas. Fue designado para corregir la *Novísima Recopilación* de Reguera Valdelomar, aun cuando su actuación no fue decisiva —según su biógrafo— ya que quería un código ilustrado más que aquella vuelta a las viejas leyes (20). Cuando llega 1808 se le antoja que los tiempos corren de acuerdo con sus ideas y se lanza a ese calvario largo y contradictorio que constituyó el reinado de Fernando VII para nuestros mejores hombres. Forma parte de la junta de Valencia, pero se enemista con el general Bassecourt, su jefe, y es reducido a prisión en Peñíscola y Bellver, hasta que las cortes destituyen al general y le devuelven su libertad. Después nuevo encarcelamiento debido a Suchet. En 1813 desempeña algún cargo, presidente de la junta de censura, y en el 14 empieza sus clases de constitución en el antiguo tribunal de la inquisición en la ciudad de Valencia. También es obra suya la felicitación a las cortes por la abolición del santo oficio, que le acarreará posteriores dificultades (21). Vuelve Fernando, vuelve Garelly al destierro en la isla de Ibiza por dos años, incluso tras su retorno a Valencia la inquisición quiere depurar sus actuaciones, preguntando insistentemente a la universidad por el autor de aquella felicitación a las cortes. La primera época absolutista era rencorosa, el claustro da largas, al fin descubre a Garelly, quien se defiende con largo escrito... (22).

Llega 1820, de nuevo la aurora liberal. Ahora es diputado e interviene en muy diferentes asuntos, centrales para el futuro. La reforma del clero, las sociedades patrióticas, el asesinato del cura Vinuesa, la ley contra conspiraciones absolutistas, código civil, ley sobre señoríos... Cuando se trataba de ésta había sido nombrado Garelly ministro o secretario de gracia y justicia en el gabinete de Martínez de la Rosa; también empezaba a iniciarse un progresismo más decidido, que desbordaría a aquellos hombres. Luego, Fernando VII en octubre de 1823 destruye la obra liberal, comienza de nuevo la persecución... (23).

(20) Los problemas sobre *Novísima*, en F. ALVAREZ, «Nicolás María Garelly», págs. 9-14.

(21) F. ALVAREZ, «Nicolás María Garelly», págs. 15-25.

(22) *Exposición de la Universidad literaria de Valencia dando las gracias al Soberano Congreso por haber abolido la Inquisición*, Cádiz, 1813, hay dos ediciones. Hay numerosos claustros en donde se plantea el problema, el más interesante es el de 23 de agosto de 1816, donde se halla el escrito de Garelly, véase *Libro de Juntas y Claustros de la Real Universidad desde 1811 a 1817*, en Archivo de la Universidad de Valencia, tomo 75.

(23) No es momento de abordar todas estas cuestiones, sobre las que Garelly se pronunció una y otra vez en las distintas legislaturas del trienio. Sobre sociedades patrióticas realizó su tesis de licenciatura, J. A. IVORRA LIMORTE, *El origen del derecho de asociación política en España*, Valencia, 1974.

A fines de la década ominosa, Garely recobra su prestigio hasta ser nombrado miembro del consejo de regencia que el rey constituyera para la minoría de su hija. A partir del triunfo de los liberales, la carrera de aquel jurista, que cuenta sesenta años en 1833, es indiscutible, por encima de los partidos y las luchas. Vuelve a ser ministro de gracia y justicia con Martínez de la Rosa y por sus manos discurren asuntos tan graves como el arreglo del clero o la organización de la administración de justicia, con el restablecimiento del tribunal supremo... Especialmente destaca su intervención en las cortes acerca de la conducta y derechos de Don Carlos, en donde plantea la legitimidad al trono de España. Antes de caer el gabinete, había de dimitir Garely (24).

En el informe sobre la conducta del pretendiente presentaba nuestro autor toda suerte de papeles que se habían cruzado en el seno de la familia. Y a continuación, realiza la valoración jurídica de aquella conducta.

Siglos ha, Señora, que en la ley 1.^a, título 2.^o, Partida 7.^a se previno que la primera y la mayor de las traiciones, y la que más fuertemente debe ser escarmentada, es aquella en que se aspira a desapoderar del reino a su legítimo poseedor. A tan horrible crimen impone la Ley 2.^a del expresado título y Partida la pena capital y la de confiscación de bienes; añadiendo que los hijos varones nunca puedan haber honra de caballería, nin de otra dignidad, nin oficio; y prohibiéndoles heredar y percibir mandas de parientes o extraños... (25).

Fuero Juzgo y Novísima deparan penas a los traidores y a su descendencia. D. Carlos María Isidro ha perdido el derecho a la corona e igualmente la línea de que es cabeza. No importa que el código penal en su proyecto declare que las penas no se transmiten a la posteridad

(24) J. DE BURGOS, *Anales del reinado de D.^a Isabel II*, 6 vols., Madrid, 1850, I, 148-149, 185, 210-211.

(25) *Exposición presentada a S. M. la Reina Gobernadora por el secretario del despacho de Gracia y Justicia y mandada pasar de real orden a las Cortes generales del Reino*, Madrid, 1834, pág. 15; no podemos seguir su actividad como ministro y prócer en las Cortes de 1834-1835; su dimisión en *Diario Procuradores* 1834-1835, II, 1633; en el estamento de próceres y en el Senado seguiría hasta la época de Espartero, sus nombramientos, *Diario Próceres* 1834-1835, 173 y 177 y *Diario Senado*, 1838, 2, 6 y 23. Véase nombramiento de senador en *Diario Senado* 1845-1846, por Decreto de 15 de agosto de 1845, pág. 3.

En su contestación al discurso de la Corona insiste una vez más sobre el estado de nuestras leyes; «es preciso, dice, depurar la administración de justicia de los abusos que ha debido producir el hacinamiento de leyes, tan incoherentes como las épocas en que se dictaron, sin que tengamos todavía una verdadera *tópica* legal, sin que hayan llegado a remediar el mal los generosos esfuerzos hechos en este mismo lugar por los años de 1820 a 1823, ni los del difunto monarca en el último período de su vida, no los acordó recientemente el celo de las Cortes; siendo tanto más de lamentar semejante dilación, cuanto desde la dinastía goda hasta nuestros días tenemos numerosa copia de decisiones legales...», *Diario Senado*, 1847, 24-27 y apéndice 37-38.

inocente, ni tampoco el derecho de mayorazgos que indica la sucesión del primero y no del anterior, pues en el de la corona no se halla tal cláusula de salvedad... Si la sucesión establecida en 1713 excluía a las hembras, las cortes de 1789 o la pragmática de 1830 había repuesto nuestra vieja legislación de *Partidas*. Las cortes decidieron la exclusión de aquella línea carlista.

Perteneció al estamento de próceres y al senado, y hacia el fin de su larga vida fue nombrado presidente del tribunal supremo, escribiendo algunos discursos de apertura. En 1844 se extendía acerca de la formación y virtudes de los jueces, con una amplia diatriba sobre el estado de nuestra legislación. El año siguiente insistía sobre aquella realidad, y expresaba su esperanza de que mejore la legislación vieja de la España, a la que reconoce algunas virtualidades a pesar de sus años. En 1847 analiza la jurisdicción como regalía del monarca. Mira con desconfianza los tribunales especiales, como «desvío, aunque tolerable, de la regla general» y repasa las escuelas jurídicas, con marcada admiración para los modernos. De nuevo la función del juzgador —a ellos se dirige— y la necesidad de códigos modernos le preocupa. Se ha creado una nueva comisión que pronto los sacará a luz; el código isabelino —dice con terminología ilustrada— será uno de los más gloriosos timbres del reinado... La noche del 12 de febrero de 1850 fallecía Nicolás María Garely (26).

III. ASPECTOS POLITICOS Y PUBLICOS

De la ley y su promulgación

La ambiciosa concepción del proyecto, le hace entrar en materias cercanas a la constitución, de quien se consideraba primogénito entre los códigos. «La Comisión tuvo muy presente lo que la Constitución previene acerca del modo de formar, publicar y promulgar las leyes, pero, sin apartarse de la letra y espíritu de los artículos que de ello

(26) N. M.^a GARELY, *Discurso pronunciado... 2 de enero de 1847*, Madrid, 1847, pág. 5, se refiere a la militar, fiscal, mercantil, administrativa como extraordinarias; sobre la codificación, pág. 16-17; sobre la suya, en nota 6, señala que Cádiz sólo alcanzó comisiones. «Bajo los del segundo se elaboró, discutió y sancionó el Código penal, de duración efímera: el civil no llegó a ver la luz pública sino en forma de programa, salvo algunos títulos». Sobre el discurso de 1844, véase la nota 15. Por último, N. M.^a GARELY, *Discurso pronunciado... 2 de enero de 1845*, Madrid, 1845, págs. 6-10; estos discursos se encuentran en la Biblioteca Nacional.

Diario del Senado 1849-1850, pág. 591. Para indagar sobre la vida de Garely, he recurrido también al Archivo Histórico Nacional, existiendo algunos datos en varios legajos de la sección Estado, Ministerio de Gracia y Justicia, 901, 841, 91, 894, 2830 y 2828, pero no me es posible en esta ocasión extenderme más.

Formaría gobierno con Martínez de la Rosa, en 1834, y participaría en la redacción del *Estatuto real*, F. CABALLERO, *El gobierno y las cortes del Estatuto Materiales para su historia*, Madrid, 1836.

tratan, creyó debía entrar en ciertos pormenores, que son siempre materia de *leyes secundarias*». En los artículos de la constitución de 1812 «se prescriben todos los trámites para la formación de las leyes, es notorio que el reglamento interior pudo y debió hacer algunas aclaraciones. Faltaba además prescribir reglas para la observancia de las leyes; y estos son los puntos de que trata el título preliminar. La Comisión juzga superfluo observar que las disposiciones de sus artículos son comunes a todos los *Códigos* acordados ya, o que se acordaren, y extensivas a las leyes transitorias o momentáneas...» (27).

El título preliminar francés —y de otros códigos extranjeros— permitía ese tratamiento genérico de la ley y los derechos. Nuestro proyecto es más político y cercano a la constitución, más amplio y de mayor interés. Comienza con una definición de la ley, apoyada en el texto gaditano y precedentes franceses.

Art. 1.º La *ley* es la voluntad de todos los españoles de ambos hemisferios, expresada por medio de sus legítimos representantes, y corroborada por la sanción del Rey con arreglo a la Constitución (28).

En este punto, nuestros redactores prefieren no perder de vista las cuestiones generales acerca de la ley, y a lo largo de todo el proyecto, no temerán las definiciones y aclaraciones, hacia las que tan parco se muestra el código francés. Cádiz y el trienio habían denominado *decretos* a las normas emanadas de cortes y esta práctica se admite ahora. Las resoluciones de las cortes, conforme a los artículos 131 —desde 2.^a a 26.^a—, 181 y 182 de la constitución se llaman decretos, y su fuerza es igual a la de la ley. Las demás disposiciones del ejecutivo o sus agentes, de las diputaciones y ayuntamientos, por medio de órdenes, reglamentos o bandos, «se consideran como emanación de la ley o del decreto, sin perjuicio de las reclamaciones a que diere lugar el abuso de su respectiva autoridad» (29). Una nítida gradación de las normas,

(27) Discurso preliminar *Proyecto* 1821, pág. 17; se refiere al recién publicado de 29 de junio de 1821, que por entonces se discute, *Colección*, VII, 385-427; el anterior de 4 de septiembre de 1813, *Colección*, IV, 180-215 se remozaba.

(28) Definición que recoge los artículos 1 y 15 de *Constitución* de 1812; la idea de voluntad de todos los españoles, puede provenir de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, art. 6.

(29) *Proyecto* 1821. arts. 2 y 3. El *Code* no desarrolla la doctrina general de la ley, con tanta amplitud como nuestro proyecto, MALEVILLE, I, pág. 4, escribe: «on dit que le Code civil ne devait pas renfermer de définitions, et que tout ce qui était *doctrine*, devait être renvoyé à l'enseignement du Droit dans les écoles. Je connois la règle, *omnis definitio in jure periculosa sit*; cependant j'avoue que j'ai toujours regret à ce beau frontispice qui prévenait si agréablement en faveur du corps de l'ouvrage»; en cambio, TOULLIER, I, 1-130, amplía con preceptos constitucionales estas zonas. Los códigos ilustrados también, los descendientes del francés menos, en especial *Luisiana* en sus primeros artículos. Aunque posterior, véase DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, 4.^a ed., 1841, I. 1-27.

que expresa la jerarquía liberal, procura ordenar las fuerzas jurídicas que detentan el poder y son capaces de dictar leyes y disposiciones. No serán obedecidas las órdenes o mandatos que ofendan a la sagrada persona del rey, impidan la elección y celebración de las cortes o busquen su disolución o suspensión, o embaracen sus deliberaciones (30). Son precauciones constitucionales, quizá frente al monarca, que se extienden a toda norma de rango superior. En las demás, órdenes y mandatos, si se duda de su autenticidad o legitimidad, por falta de alguna solemnidad, cabía suspender su ejecución por la autoridad inferior —también en casos de duda sobre su sentido o inconvenientes en su aplicación—, representando a la autoridad el problema y respondiendo caso de no ser suficiente el motivo. En todo caso, se aplicaría el Código penal (31).

Dos trazos doctrinales más completaban aquel primer cuadro de la naturaleza y variedades de la ley. Con tonos que recuerdan a Toullier y a Bentham, se determina como objeto de la ley «la distribución de *derechos* y de *obligaciones*». Asimismo, la necesidad de ser puntualmente obedecida y ejecutada y, recordando viejas ideas romanas, concreta sus tres formas de mandar, prohibir, o dejar a libre elección... *Legis haec virtus est imperare, vetare, permittere, punire...* (32).

Pero mayor interés ofrece el título preliminar en sus precisiones sobre la formación, expedición, circulación y promulgación de las leyes. La incipiente práctica liberal, recién estrenada, se plasma en los artículos del proyecto. La constitución y retazos de algunas disposiciones de aquellos tiempos sirven a los redactores —a Garelly— para presentar un cuadro coherente de los mecanismos de la legislación. Veamos los diferentes pasos que había de cumplir la ley, según estos textos, que precisan el *iter legis* con todo cuidado.

1.^o *Formación de la ley en las cortes*: propuesta, examen, discusión y decreto. Poca atención se presta a este momento, que la constitución contemplaba: «Las leyes y los decretos de las Cortes se proponen, examinan, discuten y decretan en ellas por los medios y trámites que prescriben la Constitución y el reglamento interior de las mismas» (33).

2.^o *Sanción del rey y publicación en las cortes*. Materia en que tampoco entra, pues está suficientemente regulada en la constitución, con todas las posibilidades y casos posibles. «El Rey tiene la sanción de las leyes». «Da el Rey la sanción por esta fórmula, firmada de su mano: "Publíquese como ley"». Son los artículos 142 y 143 de la cons-

(30) *Constitución* 1812, arts. 168 y 172, 1.^a en relación a *Proyecto* 1821, 6.

(31) *Proyecto* 1821, arts. 7-9; aunque posterior véase el *código penal* 1822, arts. 483-489.

(32) *Proyecto* 1821, arts. 4 y 5. J. BENTHAM, *Tratados*, II, 19-24 y el comentario, 24-29; TOULLIER, I, 83-87. Sobre las distintas leyes, su origen romano D. 1, 3, 7; puede verse *Luisiana*, 2.

(33) *Proyecto* 1821, art. 10; *Constitución* 1812, cap. VIII, arts. 132-152 y 236; los reglamentos interiores citados en nota 27, art. 132 del 1821.

titución, que completan los siguientes. El proyecto tan sólo se ocupa incidentalmente de la regencia que no tenga poder de sanción —caso que se había vivido largo tiempo—, indicando que las cortes deben pedirle parecer, previo informe del consejo de estado. Recoge la realidad vivida en los años de la independencia, que distaba, en parte, de los artículos de la constitución española (34).

3.º *Expedición de la ley*, tras la sanción del monarca y la publicación en cortes, que la constitución de 1812 había llamado —quizá con menor tecnicismo— promulgación. En ella, se establecía que «publicada la ley en las Cortes, se dará de ello aviso al Rey, para que se proceda inmediatamente a su promulgación solemne», y se fijaba la fórmula correspondiente. Pero España había funcionado sin el monarca; un conjunto de decretos de las cortes habían trastocado el derecho durante la primera época liberal. El proyecto quiere reasumir la situación, quiere fortalecer el órgano legislativo, y propone tres posibilidades distintas que podíamos denominar leyes, decretos y resoluciones o propuestas reales, con decreto de las cortes.

Las leyes, como normas más altas del ordenamiento, seguirían los trámites de la constitución y se publican con la fórmula solemne de su artículo 155 en la que se establece que «las Cortes han decretado y Nos sancionamos lo siguiente» (35). En cambio, los decretos de las cortes a que se refieren las facultades segunda a veintiséis del artículo 131 de la constitución, no los hace entrar el proyecto en la categoría de leyes, ni reclama para ellos la sanción real; la fórmula se contenta con decir «que las Cortes han decretado lo siguiente» (36). Y, por fin, las resoluciones propuestas por el rey a cortes, o aquellas en que necesariamente debe recurrir a ellas, dirían «que habiendo Nos propuesto a las Cortes..., las Cortes lo han aprobado» (37).

(34) *Proyecto* 1821, art. 11. La creación de la regencia y del nuevo consejo de estado en 22 y 21 de enero de 1812, *Colección*, II, 60-61; estas facultades en sus reglamentos de 26 de enero de 1812, II, 66, núm. III; cambio en 8 de marzo de 1813 y nuevo reglamento de 8 de abril de 1813, cap. II, núm. III, *Colección*, IV, 4 y 36.

(35) *Proyecto* 1821, art. 15. Sobre este tema, que debería ser objeto de estudio aparte, se ocupan numerosas veces las cortes, decretos de 25 de septiembre de 1810, pero sobre todo ha de acudirse a los reglamentos interiores de cortes, que no dan exactamente la misma solución que el proyecto, *Colección*, I, 5-6; reglamento 1821, arts. 127-132, VII, 406-407.

(36) *Proyecto* 1821, art. 16, concordancia con art. 130 del reglamento interior de cortes de 1821, que recoge el anterior de 1813 en este punto.

(37) *Proyecto* 1821, art. 17, y reglamento interior 1821, arts. 128 y 129 quien también es modelo para el art. 18 del proyecto sobre menor edad o imposibilidad del rey.

También se alude en el proyecto a la interpretación y dispensa de leyes, arts. 12-14, extraídos de *Constitución* 1812, arts. 261, 10.º y 153, así como —la dispensa de los decretos—, se encuentra en el reglamento para la regencia de 16 de enero de 1811, cap. II, art. 1, párrafo 2, órdenes de 6 de agosto y 25 de octubre de 1812, otras de 17 de abril de 1813 y 27 de mayo de 1813, *Colección*, I, 53, III, 48 s., 142, IV, 54 y 76. Sobre interpretación véase TOULLIER, I, 103, 118.

Las cortes españolas han estado funcionando largo tiempo sin el rey. Los redactores del proyecto de código civil desconfían del monarca y pretenden dejar al órgano legislativo un amplio entorno para su actividad, de ahí este cuidado en perfilar las normas y sus caracteres en una época tensa de nuestra historia, en el paréntesis del trienio liberal. Sigamos los pasos de la ley.

4.^o *Circulación o comunicación del texto* para su cumplimiento y distribución. El artículo 156 de la constitución seguía viejas formas de promulgar las leyes: «Todas las leyes se circularán de mandato del Rey por los respectivos secretarios del Despacho, directamente a todos y cada uno de los tribunales supremos y de las provincias, y demás jefes y autoridades superiores, que la circularán a las subalternas» (38).

El artículo 19 de este proyecto, sigue con escasa modificación el precepto constitucional. Pero los liberales quieren facilitar al máximo el conocimiento de sus normas, quieren establecer medios más adecuados, y por ello el proyecto, junto a esta circulación, añade una promulgación solemne.

5.^o *Promulgación de la ley*. La necesidad de presentar las leyes a todo el pueblo fue preocupación de los revolucionarios franceses. Maleville recuerda que en el antiguo régimen eran obligatorias a partir de su publicación en los diversos órganos y tribunales, y la asamblea constituyente, por decreto de 2 de noviembre de 1790, quiso que se ejecutasen desde el día de su publicación en los tribunales y cuerpos legislativos. La convención, por su lado, estableció que la publicación en el boletín sería determinante para su vigor. La discusión sobre el artículo primero del *Code* mostraría diversas tendencias. Se llegaría a su redacción, admitiendo la promulgación central y la presunción de conocimiento a partir de unos días, según la distancia de cada departamento a la capital (39). El proyecto de 1821 se acordó de la solemne promulgación que un día se hizo de la constitución de 19 de marzo de 1812.

Art. 20. Las leyes y los decretos de las Cortes se promulgan en la capital de la Monarquía, en las capitales de provincia y en la de cada uno de los partidos con la solemnidad de la ley.

Esta promulgación se hace en un mismo día en todos los puntos expresados.

Las Cortes, después de publicada en ellas la ley o decreto, señalan el día de su solemne promulgación.

(38) La publicación en boletín se había decretado en Francia en 14 de febrero del año II —4 de diciembre de 1793— para las disposiciones de interés general; pero el *Code* no se refirió a la materia, que confirma una ordenanza borbónica de 27 de noviembre de 1816, véase TOULLIER, I, 71 y 62-63. Sobre nuestro derecho inmediato la orden de 2 de octubre y decreto de 11 de noviembre de 1811, *Colección*, II, 10 y 28.

(39) *Code*, art. 1, TOULLIER, I, 66-67.

Esta solemnidad es la siguiente: El Jefe político o el Alcalde respectivamente, acompañado de todo el Ayuntamiento, sale en público desde la casa en donde éste se junta ordinariamente; y pasando a la plaza de la Constitución, promulga la ley desde un lugar elevado, haciéndola leer por el Secretario del expresado Ayuntamiento (40).

Pero no desdeña otros medios para dar a conocer la ley o decreto, que se usaban con anterioridad.

Art. 21. Además de esta promulgación solemne, los Alcaldes de los pueblos disponen que todas las leyes y decretos, las órdenes y mandatos del Gobierno y de cualquier otra Autoridad legítima, superior o local, se publiquen en cada uno de ellos a voz de pregón o por edictos en los parajes públicos, de manera que vengan a conocimiento de todos los habitantes.

Art. 23. Las leyes obligan pasadas cuarenta y ocho horas después de su promulgación solemne (41).

Un esfuerzo de publicidad y una solución unitaria de la *vacatio legis*, a que el código francés no se atrevió. Quizá un excesivo optimismo acerca de la promulgación, tan complicada, que sólo era adecuada para una norma constitucional.

Con todos estos requisitos y trámites de la ley, el proyecto se sitúa en un nivel superior al meramente civil. Pero el *Code* y otros textos análogos así lo habían hecho. En su afán de amplitud máxima, quizá se excedió en ocuparse de tan altos problemas, pero su versión de la ley y su interpretación de la constitución de Cádiz, constituye un testimonio valioso de la época desde una perspectiva del derecho público. Esa tendencia no se abandona, inspira sus artículos e incluso sus planes sobre partes que no llega a articular.

(40) La más cercana disposición es el decreto de 4 de septiembre de 1820, que contempla un supuesto muy concreto; la instrucción de 23 de junio de 1813 se refería a la publicación por los alcaldes. Creo que el precepto se inspira en el decreto de 18 de marzo de 1812 sobre la jura de la constitución, véase *Colección*, II, 166-168, los anteriores, VI, 94 y IV, 110.

(41) Sobre la publicación por alcaldes, véase la instrucción citada en la nota anterior; pregones había con anterioridad y en cuanto a edictos, TOULLIER, I, 60-61, *Cerdeña*, 9. Aparecen en *Luisiana*, art. 4, registros, práctica no ajena a nuestro pasado histórico.

Las 48 horas, parecen añadido original de nuestros redactores, al menos nada de esto puede verse en *Code* o sus descendientes; quizá sea alargamiento del plazo de 24 que establece el código francés, tras la publicación en la corte de París.

Derecho internacional privado

Al final de su título preliminar, el proyecto de 1821 atiende al correspondiente francés, si bien con variantes y modificaciones, por ejemplo, al principio de irretroactividad de las leyes.

Art. 2. *Code*

La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effect rétroactif.

Art. 22. Proyecto

Las leyes no tienen efecto retroactivo; salvo si benefician a los individuos o a la causa pública, sin perjudicar el derecho de tercero ya adquirido (42).

Aparte el añadido final, el proyecto establecía en su artículo 24 el principio de igualdad ante la ley, del que me ocuparé más adelante. Pero, en materia de derecho internacional la semejanza con el francés es, dentro de los retoques, muy acusada.

Art. 3. *Code*

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Art. 27. Proyecto

Las leyes que regulan la policía de seguridad, salubridad y comodidad obligan a los extranjeros que residen en territorio de la Nación.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Art. 26

Las leyes que regulan los contratos y la adquisición, conservación, aprovechamiento y transmisión de la propiedad territorial obligan a los extranjeros.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les français, même résidant en pays étranger.

Art. 25

Las leyes que prescriben las obligaciones de los españoles en cuanto a su estado político, civil y religioso obligan al español, aunque resida en país extranjero, a no ser que la ley disponga literalmente otra cosa (43).

(42) Las antiguas formulaciones de F. J. 2, 1, 1, y 2, así como P. 3, 14, 15 son muy lejanas.

(43) El proyecto modifica en el art. 27, quizá por las epidemias de la época, M. y J. L. PESET, *Muerte en España (política y sociedad entre la peste y el cólera)*, Madrid, 1972, 135-143 y L. F. HOFFMANN, *La peste à Barcelone*, París, 1964; la referencia a comodidad debe basarse en alguna de las concepcio-

La analogía es evidente, aparte algunas modificaciones —a veces menor tecnicismo, menor precisión— apenas se apartan del modelo. Es verdad, que en materia de policía se refieren a la salubridad por ser tiempos de plagas en España, o a la policía de comodidad. También la ley de los contratos —en el artículo 26— parece completar la normativa francesa. En todo caso, nos encontramos en zona donde el influjo francés empieza a notarse con fuerza.

Por último el proyecto de 1821 se refiere a los extranjeros en general, con una generosidad muy superior al código francés. Los embajadores gozan de la protección y preminencias establecidos por los tratados o, en su defecto, se atiende a la reciprocidad; los extranjeros y sus propiedades gozan del mismo estado y protección que los españoles, siempre que respeten la constitución, que les excluye de cargos públicos, y las leyes. Esta protección, se añade en este artículo 29, se entiende sin perjuicio de los tratados existentes con otras potencias. «En ellos —sigue— no se consideran comprendidas las opiniones políticas» (44). La revolución francesa había suprimido barreras entre los pueblos; esta alusión a la libertad de opinión, siquiera aparece en un lugar extraño, parece dirigirse a facilitar el asilo que tantas veces se utilizó por nuestros hombres liberales. La revolución suprimió el derecho de aubana, que dejaba a los extranjeros en una situación de inferioridad por negárseles el derecho de sucesión y de recibir donaciones. La asamblea constituyente abrogó esta desigualdad, pero los redactores del *Code* volvieron a un principio de reciprocidad, porque las otras naciones no habían derogado aquella situación. El proyecto de 1821 no se conforma, declara la igualdad con los españoles a todo trance, aun cuando después aluda a los tratados. Un reciente decreto de cortes de 28 de septiembre de 1820, se recoge literal en este punto.

Usos y actos contra ley

El artículo 30 del proyecto se refiere a un tema clave, como otros de los últimos preceptos de su título preliminar: «Las leyes no pierden su fuerza y vigor por el no uso, ni por los usos o actos contrarios». La exclusión de la costumbre fue uno de los supuestos más importantes de

nes de la ciencia de la policía de la época o en Bentham. Técnicamente parece que no afecte a españoles.

Sobre el art. 26 referido también a la ley del contrato, que el *Code*, art. 299 señala para testamentos y P. 4, 11, 24 para capitulaciones matrimoniales. *Luisiana*, art. 10 poseía esta amplitud.

(44) *Proyecto* 1821, arts. 28 y 29, éste fundamentalmente inspirado en el decreto de 28 de septiembre de 1820, *Colección*, VI, pág. 152. Sobre la interpretación y dispensa de leyes, los artículos 12-14 del *Proyecto* 1821; materias muy genéricas, donde resulta difícil señalar las fuentes, puede verse P. 1, 1, 13 y 14 sobre interpretación y, acerca de las dispensas por las cortes, órdenes de 4 de agosto y 25 de octubre de 1812, 17 de abril y 27 de mayo de 1813, *Colección*, III, 48, 142, 14, 54 y 76 ss.

la codificación liberal. Se logró en Francia el fin de toda la legislación y costumbres antiguas, y, entre nosotros se expresa con toda fuerza el proyecto de 1821 sobre esta exigencia.

¿Y qué quiere decir el uso, costumbre y fuero que la ley de Partida reconoce como otra de las fuentes de nuestro derecho? —exclama Garelly en el discurso preliminar—. ¿Puede darse un axioma más peligroso en legislación? La ley es el origen de todos nuestros derechos, de todas nuestras obligaciones. La idea de un derecho es inconcebible sin la de una obligación que le corresponda. El derecho de enajenar, el de establecer libremente el domicilio, u otro cualquiera, supone necesariamente la obligación en todos los demás individuos de la sociedad de dejar expedito su uso al que los tuviere. Luego toda ley envuelve por esencia una minoración de libertad; por manera que aun aquellas en que se establece la libertad, sólo pueden existir con el sacrificio parcial de la libertad misma. Para asegurar, pues, los derechos legítimos, para conocer las verdaderas obligaciones, sin exponernos a dudas y choques continuos, sin dar una importancia misteriosa a las consultas de letrados, sin ofrecer continuos escollos a la magistratura, la ley debe tener un origen conocido, una data fija, un punto de apoyo a que referirse. Tales son su solemne promulgación y su texto auténtico. ¿Y cómo merecerán este nombre las leyes no escritas ni promulgadas, o sea el *uso y costumbre*? ¿No son por ventura un semillero de disputas, que se reproducen en cada caso práctico? Inciertas por naturaleza, sin principio ni fin conocido, sólo pueden tolerarse en la infancia de las naciones, que se resienten todavía del estado salvaje; pero donde ha progresado felizmente la civilización, sería gran mengua del legislador el consentirlas.

La Comisión confiesa que serán siempre muy respetables los usos y costumbres para nivelar las acciones en lo que no ha determinado la ley. Añade más: tal vez merecerán conservarse y generalizarse varios usos y costumbres, por las que se gobiernan en algunas provincias cierta clase de intereses; pero el legislador debe sancionarlas y fijar sus límites con precisión (45).

De otro lado, los actos contra la ley se reglamentan en tres artículos en donde la doctrina y las normas del derecho patrio, logran un orden y unas precisiones que llegarían hasta nosotros, hasta el vigente código civil. El derecho romano y el francés están presentes en el artículo 31.

(45) En Francia estas cuestiones no se reflejan en *Code*, pues parece que se resolvieron en época anterior; en *Austria*, arts. 10 y 11 se pide para la costumbre la aprobación del soberano. Véase la normativa anterior española que las admite incluso contra ley, P. 1, 2, 6 y *Nov.* 3, 2, 11.

La cita del texto pertenece al discurso preliminar del *Proyecto* 1821, págs. 13-14.

Son nulos los actos en que por renunciaciones o convenios se intenta dejar sin vigor las leyes que regulan el orden público, las que apoyan la moralidad de las acciones y las que protegen los derechos de los individuos en razón de su edad, sexo u otra consideración general que reclama el amparo de la ley (46).

Los otros dos establecen, quizá con redundancia, algunas cuestiones que bordean lo doctrinal.

La renuncia de los demás derechos individuales que concede la ley es válida, si se hizo con libertad y por cláusula especial. Son nulos —preceptúa el artículo siguiente, el 33— los actos contrarios a la ley, salvo si ésta se limita a la imposición de cierta pena, o a dar derecho de enmienda, reforma o suplemento (47).

Con ellos termina el título preliminar del proyecto, pero no la parte política o pública del mismo.

De los derechos individuales

La revolución francesa y las colonias americanas en su independencia había traído a los textos constitucionales un nuevo núcleo jurídico, unas declaraciones de derechos del hombre, esenciales, inmutables, perfectos y capaces de oponerse a las fuerzas del poder. Por vez primera, aparecen en la ley una tabla de derechos aplicable por igual a todos los ciudadanos. Las nuevas constituciones de la edad contemporánea consagran aquellas libertades, que significan un deseo de afirmar la dignidad del hombre y un respeto por la persona. Su extensión haría posible la democracia moderna.

En España, también fructifican aquellos deseos de libertad e igualdad. El hombre español aparece en el proyecto, como sujeto de unos derechos inalienables que nadie ha de perturbar. La constitución de 1812 aludía a algunos, el proyecto de 1820 los amplía y sistematiza con préstamos de algunas constituciones francesas. No copia de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, ni tampoco la carta entonces vigente, otorgada por Luis XVIII en 1814, sino más bien la

(46) Compárese con *Code*, art. 6 y el amplio comentario de TOULLIER, I, 87-92. Nuestro derecho en P. 5, 11, 28 y 38 o en *Febrero reformado y anotado*, I, páginas 209 ss.

(47) Sobre nulidad, creo que tuvo presente a TOULLIER, I, 77-87 y VII. La nulidad como superior a la pena, es idea muy extendida en este autor, «Mais la législation n'a encore été portée chez aucun peuple à un degré de perfection suffisant pour qu'on puisse y établir en principe que tous les actes où les préceptes de la loi n'ont pas été observés sont nuls», I, pág. 82.

constitución de 24 de junio de 1793 y la de 22 de agosto de 1795. De ellas extrae los cuatro derechos fundamentales de libertad, propiedad, seguridad e igualdad. Es posible que existan influencias cruzadas de Bentham, quien se refiere, como objetos de la ley, a la subsistencia, la abundancia, la igualdad y seguridad, y, a continuación trata de la propiedad, o tal vez de Toullier, pero la influencia esencial pertenece a las constituciones francesas (48). Escribe el proyecto:

Art. 34. La libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles.

Los derechos políticos de los españoles como ciudadanos se hallan determinados por la Constitución.

Art. 35. Todo derecho de acción para reclamar su uso y ejercicio ante la Autoridad competente por los medios y formas que dispone la ley.

Art. 36. Son obligaciones de los españoles las que se prescriben en los artículos 6.º, 7.º, 8.º y 9.º de la Constitución.

Art. 37. Es también obligación de los españoles el respetar y en su caso guardar y hacer que se guarden los derechos individuales de los demás.

Art. 38. Son igualmente obligaciones las que se establecen por hechos propios a favor de otras personas en conformidad a la ley.

Art. 39. Toda obligación hace responsable al que faltase a su cumplimiento y le sujeta a la ley para los efectos civiles o penales que ella dispone (49).

En estos artículos, aparte la primera enumeración de los derechos fundamentales, se juega con una doble división. Por un lado derechos y obligaciones —con la mención en el 38 de las obligaciones en sentido

(48) *Constitución* 1812, art. 4: «La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen». Véase J. BENTHAM, *Tratados*, II, 29-139; *Principios*, I, 294-304, II, 3-76 o TOULLIER, I, 177-227. Aunque lo conoce, no parece usar a B. CONSTANT, *Principes de politique*, en *Oeuvres*, París, 1957, 1166-1204.

Sin embargo, la fuente fundamental son las constituciones aludidas de 1793 y 1795, M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, París, 1957, 29-39, 39-78. Incluso otros textos antiguos franceses pueden haber ayudado a su construcción, tales como el artículo 1.º de la *Declaración de derechos* de 1789.

(49) Compárese con el art. 2 de la constitución de 1793 al referirse a los derechos naturales e imprescriptibles: «Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté et la propriété», o el 1.º de 1795: «Les Droits de l'Homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété.»

estricto y civil—; por otra, la distinción entre derechos políticos y derechos civiles, que aun cuando no esté claramente expresada, proviene de los comentaristas del *Code*; en consecuencia, presenta una referencia a la constitución del 12, genérica sobre sus derechos, concreta en las obligaciones que impone (50). Pero a la hora de desarrollar estas ideas, Garely recurre a la explicitación de derechos fundamentales —insuficientemente recogidos en la constitución—, así como a otros civiles. Veámoslos.

En primer término la libertad, que distribuye en sus diversas manifestaciones, la primera de ascendencia benthamiana, las demás acordes con los principios franceses revolucionarios.

Art. 40. *Es libertad* o propiedad personal: 1.º, el derecho de conservar la existencia física y moral, y de aumentar sus goces y comodidades; 2.º, el derecho de hacer todo lo que no está prohibido por la ley o por sus emanaciones; 3.º, el derecho de manifestar las opiniones y pensamientos bajo las restricciones y responsabilidad que prescribe la ley; 4.º, el derecho de no ser detenida la persona por ningún individuo ni Autoridad, sino en los casos y por los medios que determina la ley; 5.º, el derecho de no ser compelido al cumplimiento de las obligaciones sino por la Autoridad y por los medios que señaló anteriormente la ley; 6.º, la facultad de reclamar ante el Rey y demás autoridades competentes y, en su caso ante las Cortes, toda trasgresión que coarta cualesquiera derechos que concede la ley (51).

El segundo de los derechos fundamentales es el de propiedad, en donde esquematiza la distinción entre obligaciones y derechos reales, con una referencia primera al derecho sobre el propio trabajo. A continuación sienta los principios genéricos que sobre los modos de adquirir o títulos reconoce el derecho.

Art. 42. *Es propiedad*: 1.º, el derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal; 2.º, el derecho de aprovechar los servicios que prestan a cada uno las personas o las cosas ajenas con arreglo a la ley; 3.º, el derecho de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas muebles o inmuebles que pertenecen a uno o muchos en virtud de título establecido por la ley (52).

(50) Véase TOULLIER, I, 172-177.

(51) Es difícil señalar las correspondencias, pues el artículo está pensado y reelaborado, quizá las más notables sean: constitución francesa de 1791, tít. primero, de donde surge tal vez la idea de desmenuzar las diversas libertades; declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, 4, 5, 10 [¿], 11, 7, 5, constitución 1795, art. 2.

(52) Constitución francesa de 1793, art. 16 y constitución de 1795, art. 6.

Después los títulos de adquirirla, en donde la misma división esencial entre derecho de cosas y derecho sobre servicios, se extiende en una serie de preceptos. Y, de inmediato, como si quisiera resumir, hace un capítulo sobre «los demás derechos legítimos»; como si se hubiera terminado su inventiva, el proyecto se limita a definir seguridad e igualdad, con algún otro precepto intercalado.

Art. 49. Todo español tiene derecho a que la Autoridad pública haga efectiva la protección de la *seguridad individual* de su persona y de su honor contra cualquiera que la atacare o intentase atacarla.

.....

Art. 51. Todos los españoles son iguales ante la ley para reclamar derechos y cumplir obligaciones, sin diferencia de nacimiento, de calidad o de fortuna. Esta igualdad constituye el derecho que se llama *igualdad legal* (53).

En conjunto, parece que atisbaba Garelly la posibilidad de construir sobre aquellos cuatro derechos básicos buena parte de los derechos fundamentales del hombre. Pero su carácter, parte político, parte civil, y las diferencias de las formulaciones que tenía a la vista le llevaron a estas indecisiones. La constitución de 1812, no había tenido bastante en cuenta la formulación de derechos individuales, pesando también negativamente en el esfuerzo codificador de los autores del proyecto. La exposición preliminar acusa estas incertidumbres. «Los derechos y las obligaciones que dimanar inmediatamente de la ley fundamental se llaman *políticos*, y se hallan marcados en la misma. Las leyes secundarias podrán dar alguna explicación para hacerlos efectivos; pero sin desviarse en manera alguna de su base... Hay otra clase de derechos que emanan de la ley fundamental para el bienestar individual de cuantos componen el estado mismo, y que podrán llamarse *civiles*...» (54).

Dentro de esta vaguedad, termina esta parte el proyecto con el artículo 52, que reza así:

Son en general derechos legítimos todos aquellos que dimanar de autorización de la ley, como el ejercicio de la potestad patria, de la tutela y otros semejantes; los que habilitan para ejercer cargos públicos, o para otros actos civiles, como testar, contra-

(53) Sobre los títulos de adquirir la propiedad, *Proyecto* 1821, arts. 43-48, sobre igualdad téngase en cuenta el art. 24. Sobre seguridad el art. 8 de la constitución francesa de 1793; sobre igualdad art. 3 de la constitución francesa de 1795.

(54) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 17. Sobre la distinción, TOULIER, I, 172-177, 228-230, quien para referirse a estos fundamentales de seguridad, libertad y propiedad dice ser *absolutos*; «sont ceux qui appartiennent à chaque homme en particulier, considéré comme individu, indépendamment des relations qu'il peut avoir avec les autres hommes...», 173.

tar, comparecer en juicio, adquirir o transmitir bajo las ampliaciones o modificaciones que prescribe la ley.

¿Por qué esta enumeración final? No acaba de entenderse. Quizá —la mención de ejercicio de cargos públicos sobraría— se quiere distribuir los derechos en políticos fundamentales, que se hallan en la constitución, otros civiles, los de este artículo, y se deja un grupo tercero intermedio entre políticos y civiles, participando de ambas características: libertad, propiedad, seguridad e igualdad. La deficiencia en él, la falta de concreción de los derechos de que adolece nuestra primera constitución parece reflejarse en su desarrollo primero, en el proyecto de 1821.

Aspectos administrativos

Por su carácter público, me referiré en este sector a la segunda parte del proyecto, que no llegó a ser redactada (55). *De la Administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones*. Dentro de ella pretendía un libro destinado al gobierno económico de la nación, otro a la administración judicial. Respecto de esta zona, apenas sabemos más que unas ideas generales que nos brinda su discurso preliminar. Me atrevo a afirmar que los redactores no sabían demasiado qué buscaban. Garelly recordaría retazos de *Novísima* y leyes liberales que habían ido promulgándose en Cádiz o el trienio, separadas de un código... Una idea de los poderes en la constitución también parece servirles de orientación; el legislativo estaba determinado por ésta, el ejecutivo y judicial serían los dos libros con que ahora se completa.

En general, la Comisión para todas las subdivisiones de esta segunda parte debe hacer las observaciones siguientes: 1.^a Transcribirá los sabios decretos de las Cortes extraordinarias y ordinarias, por los que se ha procurado uniformar toda la administración al espíritu de la Constitución. 2.^a Llenará los vacíos que se echan de menos, ya prohiendo algunas leyes antiguas que estén de acuerdo con el sistema constitucional, o ya presentando su opinión al juicio del Congreso. 3.^a Solamente incluirá en cada materia las disposiciones generales que por su naturaleza son perpetuas y cuyo conocimiento interesa a todos; pero no la parte reglamentaria de las respectivas dependencias. Esta especie de Código administrativo —reconoce— no entraba literalmente en el cargo que dieron las Cortes a la Comisión, pero ésta desde sus sesiones

(55) Ni siquiera se distribuye en títulos, como todo el tercer libro de la primera parte, sobre obligaciones, derechos reales, familia... Está conectada con *Proyecto* 1821, arts. 264-276, que considero en su lugar, al final del apartado IV.

primeras se convenció de su necesidad, pues que él es el que constituye la garantía legal de los derechos y obligaciones que han emanado de la Constitución (56).

En su primer libro, propone tratar —recordemos *Partidas* o la *Recopilación*— de la administración político-eclesiástica, político-gubernativa y militar. Sólo se atreve a fijar estas grandes particiones, atacando los viejos cuerpos legales que, en materia religiosa, o en otras, eran auténtico tratado doctrinal. Traerá —dice— leyes justas y sabias para asegurar el culto de la religión católica, conforme al 12.º artículo de la constitución, dejando a la parte de tribunales la jurisdicción eclesiástica. En lo gubernativo reunirá —enorme mescolanza— las leyes fiscales, las que determinan atribuciones de autoridades y agentes, las de instrucción, impulso de la riqueza, beneficencia y prosperidad. «Leyes que dictadas con acierto y bien ejecutadas, inutilizarán felizmente muchísimas disposiciones del Código penal» (57). La administración militar podrá reducirse a medida que el sistema constitucional haga prosélitos entre nosotros.

El otro libro se ocupará de los jueces, esa autoridad sublime y terrible, poder semidivino en manos de los hombres.

El sistema actual ha sentado las dos sublimes teorías, que pueden aproximarnos a neutralizar el grande influjo del poder judicial: «su independencia del Gobierno, su responsabilidad ante la ley». Ha hecho más todavía. Dejó a las Cortes la facultad [de] decretar, cuando lo estimasen oportuno, la separación de los *Jueces de hecho* de los de *derecho*: combinación feliz que constituye la garantía más sólida de la libertad. La Comisión se abstiene de desenvolver aquí estos principios luminosísimos, y sólo se congratula al contemplar, que entre los objetos de las Cortes extraordinarias se halla designado el *Código de procedimientos*, cuyo proyecto admite los *jurados* para lo criminal.

Al *Código civil* toca enumerar todos los agentes principales y subalternos o auxiliares del poder judicial, desde los Alcaldes constitucionales hasta el tribunal supremo de Justicia, y prescribir sus derechos y obligaciones, según el verdadero espíritu de la Constitución. Y éste es el objeto del presente libro (58).

(56) Discurso preliminar *Proyecto 1821*, pág. 30-31.

(57) Discurso preliminar, pág. 32.

(58) Discurso preliminar, pág. 33. Del *código de procedimientos* y de los inicios del jurado en España, espero poder ocuparme en fecha no lejana.

IV. DE LAS PERSONAS INDIVIDUALES.

Hacia una teoría general de los derechos y obligaciones

El proyecto de 1821 posee una manifiesta tendencia hacia la amplitud y la construcción doctrinal. Tal vez refleje demasiado la calidad de profesor del pavordre Garelly y algún otro miembro de la comisión. Su sistemática, sus definiciones, sus referencias, buscan construir un edificio trabado con sentido y organizado por partes. Primero, sobre las leyes, su título preliminar; después, en la parte de personas —única redactada—, procura enlazar con la ley fundamental, según hemos podido ver, para alcanzar un orden propio y original.

La parte primera había de constar de tres libros. El tercero, con derechos reales, obligaciones y contratos y sucesiones no llega a publicarse. Me ocuparé ahora del primer libro, cuyo primer título fue ya objeto de mi atención, por referirse a los derechos individuales. El libro primero de la primera parte había de llamarse *De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general*. Tenía los siguientes títulos:

- I. De la naturaleza de los derechos y de las obligaciones (59).
- II. De las calidades para el goce de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones. Arts. 53-75.
- III. De la pérdida, suspensión o preservación de los derechos. Arts. 76-104.
- IV. De la restitución de los derechos civiles. Arts. 105-133.
- V. De la autenticidad legal del nacimiento, matrimonio y muerte. Arts. 134-172.
- VI. Del lugar donde se hacen efectivos los derechos y las obligaciones. Arts. 173-191.
- VII. De los medios establecidos por la ley para acreditar los derechos y las obligaciones. Arts. 192-263.
- VIII. De las personas en general a quienes toca hacer efectivos los derechos y las obligaciones. Arts. 264-276.

No resultan demasiado significativas —son muy abstractas— estas denominaciones de los títulos, para encasillar las diferentes materias. En realidad son un arreglo de la sistemática del *Code français*, remodelado y cambiado desde el concepto central de los derechos y obligaciones. Los cuatro primeros títulos del libro primero del *Code* tratan *De la jouissance et de la privation des droits*, *Des actes de l'état civil*, *Du domicile* y, por fin, *Des absents*. ¿No es claro que sobre ellos se entretejía la sistemática de nuestro proyecto? Desdobra el primero y

(59) Este título, que trata de los derechos individuales, ha sido examinado en el apartado anterior.

añade un título para la vieja restitución romana; coloca la ausencia como un caso de pérdida y preservación de derechos; incluso añade otro referido a pruebas —los medios para acreditar—, o unas referencias generales sobre las autoridades gubernativas y judiciales. Pero ese esfuerzo integrador y amplio ¿era lógico?, ¿mejoraba la sistemática del modelo francés? Creo que resulta demasiado premioso y doctrinal, aun cuando se ha de reconocer su deseo generalizador.

Nacionalidad, edad y sexo

Estas son las calidades o condiciones que para el goce de los derechos establece nuestro texto. Muy diferente del francés que se limita en este punto a las cuestiones de nacionalidad, creo posible la influencia de un comentarista de aquél, Toullier; éste se refiere a sexo, edad, situaciones de familia, ciudadanos y extranjeros, libres y esclavos, nobles y plebeyos (60).

La constitución de 1812 —mentor de Garely— había entrado en estas materias de nacionalidad y ciudadanía. Hablaba de españoles por un lado, y de ciudadanos por otro, como dos categorías perfectamente delimitadas.

Son españoles —decía su artículo 5.º—. Primero: Todos los hombres libres nacidos y vecindados en los dominios de las Españas y los hijos de éstos. 2.º Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza. 3.º Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía.

Por otro lado, restringía la calidad de ciudadano a aquellos españoles que la misma constitución determinaba, exigiendo que estuviesen avendados y fuesen libres, pues la esclavitud no se compaginaba con el sufragio (61). Por su parte, el código Napoleón establecía su propia normativa, respecto de los franceses, dejando la regulación de la ciudadanía a la ley constitucional. El proyecto de 1821, en esta encrucijada, se atuvo a la calidad de español, que bastaba para el goce de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y, con inspiración francesa, se dedicó a completar el menguado artículo quinto de la constitución de Cádiz. Establece la presunción de que los hijos de españoles nacidos en el extranjero se reputan nacidos en España; la mujer sigue la condición del marido mientras dura el matrimonio, y si fuera española, cuando en-

(60) TOULLIER, I, 135-145, 147-162, véase especialmente 135 s.

(61) Arts. 18-22, *Constitución* 1812.

viuda, puede recuperarla, si reside en España. Preceptos que, con algún error de técnica, recogen artículos del código francés (62).

En materia de edad, en cambio, no se acepta una solución unitaria como el artículo 388 del código francés, que la establecía en los veintiún años. No pudo ser más desafortunada la conservación de las edades escalonadas del proyecto, que, variando precedentes romanos y de *Partidas*, señala hasta trece; eso sí, ordenadas en un capítulo. La constitución había señalado los veinticinco a efectos políticos, alguna vez, por influencia francesa alude a los veintiuno. Pero el proyecto no creyó oportuno llegar a la unidad. Incluso a efectos penales habla de hasta siete para delinquir, de siete a catorce para aplicación de penas correccionales, y a partir de ésta establece plena responsabilidad; mientras el proyecto criminal, que se discutiría, optaría por los siete y diecisiete. Parecía insistir en los veinte años —para salir de la tutela, obligarse, hacer fe en los contratos y testamentos—, pero dejaba en catorce-dieciséis el matrimonio o la testamentificación, en dieciocho para hacer fe completa en las causas civiles y penales, o veinticinco para cargos públicos, ejercer la tutela o la curatela... (63). En fin, que no supo atender a tan victoriosa novedad.

El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad, refiere a algunos preceptos más generales sobre la mujer. Empieza por una declaración general, acerca de la incapacidad de la mujer para ejercer cargos públicos y los de depositaría, tutela y curaduría, salvo en los casos determinados por la ley, en el artículo 71 del proyecto que se inspira —al igual que la sistemática de este título— en Toullier (64); tampoco puede la mujer casada contraer obligación civil, accesoria o principal sin permiso del marido, conforme a la vieja normativa romana. Pero el autor del proyecto procura destacar las facultades de la mujer, y si poco concede, subraya sus derechos más que sus limitaciones. Pueden comparecer en juicio en causa propia criminal, en causa civil, no estando sujeta a potestad marital o tutelar, o cuando quiere evitar que el marido dilapide los intereses comunes; en causas civiles y criminales cuando tiene la representación de los hijos o del marido. También, teniendo la edad necesaria hace fe en los juicios civiles o criminales, en los contratos, salvo que la ley exija específicamente la calidad de varón a los testigos. Y, también, llega a decir de modo que hoy

(62) *Proyecto* 1821, arts. 53-56 y *Code*, 7, 8, 10, 12 y 19; defecto de técnica es hablar de hijos de españoles —en plural— o que «la mujer sigue la condición del marido», mientras era más correcto «l'étrangère qui aura épousé un français», pues se limita a la propia legislación. No se comprende por qué omite el 18 *Code*, de recuperación de nacionalidad por vuelta a la patria. Sobre la mujer, *Nov.* 6, 11, 3, daba aquella solución ya.

(63) *Proyecto* 1821, arts. 57-70. Una comparación con el derecho anterior en M. PESET REIG, «Antecedentes de la unión...», citado en nota 146, págs. 319-320. Quizá no percibe la unidad, viendo las diferentes edades del *Code*, que trae TOULLIER, I, 151-154. *Código penal*, arts. 23-24.

(64) TOULLIER, I, 149-150; *Luisiana*, 25.

parece un tanto ridículo, que «la mujer, tiene derecho a ocuparse en cualquier labor o tráfico compatible con el decoro de su sexo» (65). En suma, estos preceptos tienen la intención de situar el sexo en un plano genérico, entre las calidades que afectan al goce de los derechos, pero no dejan de constituir una repetición, como habrá ocasión de ver al tratar de la mujer casada.

Pérdida, suspensión o preservación de derechos

En este título III del libro primero de la primera parte, los redactores del proyecto unieron tres núcleos distintos y difíciles de ensamblar. En su encuentro con el código galo se encaran con dos secciones: pérdida de la cualidad de francés y privación por condenas judiciales. Llevados de su propio ingenio, creyeron oportuno añadir aquí la ausencia. Y resultaron tres los núcleos a tratar.

«Los derechos políticos se pierden o se suspenden en los casos señalados por los artículos 24 y 25 de la Constitución», establecía el artículo 76 del proyecto. No se comprende bien por qué había de figurar aquí la pérdida de los derechos de ciudadano, ya que no fue objeto de reglamentación la adquisición de esta cualidad de los españoles, conformándose con las precisiones en el texto gaditano. Es verdad que sus causas coinciden bastante con la regulación del *Code*, mas éste les confiere como consecuencia la pérdida de la nacionalidad francesa, no sólo la ciudadanía (66). Efectivamente, en alguno de ellos —por adquirir naturaleza en país extranjero— la constitución debía haber privado de la naturaleza o nacionalidad española, pero en los otros —admitir empleo de gobierno extranjero, sentencias afflictivas o infamantes, residir cinco años en el extranjero— parece que bastaba despojar de la ciudadanía, sin afectar la nacionalidad. Pero las cosas así, es evidente que nuestro proyecto no debió tocar estas cuestiones. Una analogía externa de preceptos enturbió su técnica, ocupándose de algunos casos de pérdida de la ciudadanía, cuando, en conjunto, dejó ésta a la constitución.

Mucho menos debió hacer referencia al artículo 25, que aun cuando suspenda el ejercicio de los derechos políticos, no afecta al campo civil en que se mueve esta parte del código. Pero, ese apego a la constitución le lleva a tener en cuenta la suspensión del ejercicio de derechos políticos y a interpretar algunos de sus casos: deudor quebrado, deudor a los caudales públicos, procesado criminalmente, sirviente doméstico. Deudor quebrado es quien «suspendió los pagos y no ha sido rehabilitado por sus acreedores para continuar en la administración de sus cosas y giro de los capitales»; deudor de caudales públicos,

(65) *Proyecto* 1821, arts. 72-75, cita del 74; más adelante, arts. 314-324 me ocuparé de las concordancias; véase sobre la mujer el preliminar, pág. 22.

(66) *Code*, art. 17.

quien habiendo manejado caudales de la nación o establecimiento público provincial o local, se niega a rendir cuentas que se le piden, no lo hace en plazo o no satisface los alcances en el término fijado; procesado criminalmente es aquél contra quien el juez dicta auto de prisión, mientras no sea levantado. La definición de sirviente doméstico es más trabajosa: «el que presta *servicios puramente mecánicos* en favor de otras personas, como objeto principal de su ocupación. La ley no considera por *servicios mecánicos* las labores del campo, el ejercicio de las artes, oficios, comercio y otro cualquier género de industria o granjería; la enseñanza y educación de la juventud; el empleo en oficinas de administración, contabilidad u otros semejantes» (67). Una definición que se ve constreñida a completarse por enumeraciones; un antiguo recuerdo del desprecio hacia los servicios mecánicos o manuales, que después se salva por exclusiones, que reflejan una sociedad todavía agraria y artesanal, comercial.

Más sentado en razón —lo anterior fue excepción— se encuentra la versión del proyecto sobre la pérdida de derechos civiles por delito. Frente a la dureza de la muerte civil en el código francés, resalta —recogiéndolos de Toullier y otros lugares (68)— los derechos individuales que conserva, tales como: «1.º, el de ser alimentado por el cónyuge, por los hijos y sucesores; 2.º, el de la propiedad del trabajo que permitan las horas y la naturaleza de la condena; 3.º, el de la libertad individual y consiguientes reclamaciones que permita la naturaleza de la condena; 4.º, el de la disposición de sus bienes anteriores por causa de muerte, dentro del término que señala la ley; 5.º, el de igual disposición de la propiedad que adquiriese según el caso 2.º de este artículo». Mientras el *Code* abría la sucesión intestada, el proyecto permite testar o disponer por causa de muerte, pero, por lo demás, produce análogos efectos a la muerte natural, con el traspaso de las cosas, la cesación de la tutela o curatela, disolución de la patria potestad y otras relaciones semejantes. No intenta el proyecto una enumeración tan amplia como su modelo francés y, en cambio, se ocupa de los efectos del perdón real, que dispensa de las penas afflictivas, sin rehabilitar en los derechos perdidos, si no se hace mención específica (69).

Pero entremos en el aspecto más interesante, por su extensión y novedad, de este título tercero. Me refiero a la ausencia. La regulación de esta institución fue mérito indudable del *Code*. Desde Roma exis-

(67) *Proyecto* 1821, art. 79, en general 77-80; la definición se recogería en orden de 24 de junio de 1821, *Colección* VII, 186.

(68) TOULLIER, I, 252-253; «elle leur retire les droits civils qui sont son ouvrage, mais ne peut leur ôter les droits que la loi naturelle attache à la qualité d'homme», y se refiere a derechos de seguridad, de libertad, de propiedad... No puedo encontrar analogías con P. 4, 18, 2; por lo demás, esta pena estaba abolida desde 1771, entre nosotros, *Nov.* 12, 40, 7.

(69) *Proyecto* 1821, arts. 81-83, *Code*, 22-26; la referencia a alimentos se halla en *Vaud*, 12, 2.ª y el perdón real es idea de TOULLIER, I, 264-265, o bien *Code* 33, 2.º.

tían algunos mecanismos para resolver estas cuestiones, principalmente a través del nombramiento de un curador; el código bávaro, por ejemplo, exigía su actuación conforme a los principios del derecho romano, y asimilando sus obligaciones y deberes a los de tutores (70). Pero fue el texto francés de 1804 quien proporcionó un modelo decisivo para su época en esta materia.

El proyecto español de 1821 se inspira en él, creo que no hay duda, pero con peculiaridades y arreglos que despiertan cierta admiración. A veces toma algunos préstamos del código austríaco. La situación española de guerras y emigraciones suscitaba interés por la institución, que apenas contaba con algunos preceptos insuficientes en nuestro derecho de *Partidas* (71).

Art. 84. El ausente del lugar de su domicilio, sin que conste de su paradero, conserva o pierde la propiedad de sus cosas, según determina la ley en los artículos siguientes.

Un encabezamiento, una definición de las que tanto gustan al proyecto, que podía extraerse de la doctrina anterior o del mismo código francés (72). Pero, a partir de este mismo instante, surge la desviación del modelo, con imperfecciones evidentes, pero dentro de la mayor originalidad.

Art. 85. La mujer del ausente pasados seis meses desde la ausencia, puede solicitar ante la autoridad pública que se la habilite para administrar las cosas comunes del matrimonio.

Art. 86. En defecto de la mujer tienen derecho a pedir la administración de las cosas del ausente sus hijos casados o mayores de edad, pasado el mismo plazo de seis meses.

¿Razón de esta regulación diferente al *Code*? El proyecto concedía gran importancia a la mujer casada, hasta el punto de atribuirle la patria potestad a falta del marido. Los códigos liberales europeos no llegaron a tanto, salvo algún caso (73). Francia confería a la madre, en caso de ausencia, la administración de los bienes si tuviera hijos y, a falta de ella, a los seis meses el consejo de familia dispondría de la guarda de los niños por sus ascendientes o un tutor. Gareily, inspirado en estos artículos (74), así como en la posición elevada de la mujer —también

(70) *Baviera*, lib. I, cap. VII, arts. 35 y 39; prescindo de las referencias al *ius postliminii* y la *fictio legis Corneliae*, desaparecidos.

(71) P. 3, 2, 12; 3, 16, 4 y 14; 3, 31, 26 y 4, 1, 8.

(72) *Code*, 115 o algunos textos romanos, I. SERRANO, *La ausencia en el derecho español*, Madrid, 1943.

(73) *Luisiana*, art. 51; *Code*, 389-396 considera la tutela del padre y la madre, con cuidadosas restricciones a esta última.

(74) *Code*, 141-142.

en la curatela del cónyuge en caso de incapacidad— escribe este artículo 85, en que consagra el derecho de la hembra para la administración de las cosas comunes. Por cierto, presupone al ausente varón en estas primeras medidas, tal vez porque el marido no necesita esta administración de gananciales que posee por propio derecho. Menos disculpable es el artículo siguiente que, sin apercibirse, pasa de la administración de las cosas comunes al total del patrimonio del ausente, encomendándolo a los hijos. Si fuesen menores, se nombrará a petición de cualquiera un tutor —ya que falta la madre—, que será quien tenga mejor derecho a la sucesión. Hay pues, una administración preliminar que puede alcanzarse en cualquier caso.

Art. 89. Si el ausente no dejó mujer ni hijos, los parientes más cercanos pueden solicitar la administración, pasado el año de la ausencia.

Art. 90. En defecto de parientes o por su silencio o incapacidad, la Autoridad pública nombra administrador de las cosas del ausente, pasados dos años desde la ausencia.

La modificación del modelo francés es intensa. Incluso he llegado a pensar que estos artículos tenían otro origen, pero de ser así no he podido hallarlo. Parece una adaptación del *Code*, que, aparte la posibilidad que aludíamos de administrar en caso de tener hijos las mujeres, permite al cónyuge la continuación de la comunidad bajo su administración y la posesión provisional de los bienes del ausente a favor de los presuntos herederos (75). Pero sorprendentemente se han introducido plazos y se ha hecho el llamamiento por orden escalonado a mujer, hijos, parientes y autoridad (76). La coherente concatenación de la ausencia francesa —presunción de ausencia con nombramiento de administrador, declaración de ausencia con envío provisional de los bienes a los cuatro o diez años y la posesión definitiva a los treinta— se ve quebrada en este proyecto con formas bien diversas. Por de pronto, simplifica en sólo dos supuestos, de los tres franceses referidos: una administración en favor del cónyuge, los hijos mayores y parientes, que hemos visto, y que varía en caso de haber dejado el ausente un procurador, y, una presunción de muerte transcurridos los treinta años desde su ausencia. Simplificación que es probable esté inspirada en el código austríaco (77).

(75) *Code*, 112, 124 y 120; MALEVILLE, I, 140 se refiere a que el antiguo derecho francés permitía no dar caución al que continúa la comunidad, si bien el art. 129 indica lo contrario.

(76) *Proyecto* 1821, art. 88 se refiere a «los parientes más cercanos por el orden de sucesión», que serían los herederos presuntos del *Code*; el art. 91 se refiere a la declaración de ausencia por el juez de primera instancia, y el 92 al nombramiento por alcalde, regidor y procurador síndico más antiguos; compárese el primero con *Code*, 120.

(77) *Austria*, art. 24, también los cien años de P. 3, 31, 26.

Si dejó procurador, la administración a que nos hemos referido no puede pedirse, sino a partir de un año, respecto de la mujer e hijos, y de diez para los demás parientes. En este período, en que la administración se halla en manos del procurador nombrado por el ausente, queda en expectativa la situación, hasta que trascurran estos plazos. La mujer, hijos y parientes pueden pedir que afiance las resultas de su gestión (78). Pues bien, transcurridos los plazos oportunos —según los casos— la mujer, los hijos, parientes o extraños, logran la administración de los bienes y, en este momento, es preciso formalizar inventario de los bienes y asegurar con fianza las resultas, salvo la mujer, los hijos y los ascendientes en línea recta, por analogía con las tutelas y las curadurías (79).

Todas estas administraciones se regulan por el artículo 96, que establece:

Todo administrador de cosas de un ausente está obligado a conservarlas y procurar su mejora y el aumento de sus rendimientos según su naturaleza. No puede enajenar las cosas inmuebles sin previa autorización del Juez de primera instancia, ni las muebles que pueden conservarse sin deterioración. El Juez, con audiencia del Síndico Procurador, concede licencia para la enajenación de las cosas inmuebles, o muebles respectivamente, si fuese necesaria para la conservación de una parte de las mismas cosas, o para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones existentes contra el ausente, o para proveer a la subsistencia de mujer, hijos o ascendientes en línea recta, en los casos que debería hacerlo el ausente (80).

También es de notar el artículo siguiente, que confiere a los administradores más cercanos —mujer, hijos, ascendientes— el usufructo de las cosas administradas, mientras que los demás perciben una cuota del cuatro al diez por ciento del producto íntegro, por analogía estricta con los tutores (81).

Por último, la presunción o declaración de muerte en nuestro proyecto. Solución desusada que parece influir en la posterior regulación de nuestro vigente Código hasta la reforma de 1939.

(78) *Proyecto* 1821, art. 95, *Code*, 121, que naturalmente carece de ese acortamiento de plazo para mujer e hijos; en su discusión, Cambacérés proponía una procuración indefinida si el procurador era el presunto heredero, conforme a viejas costumbres francesas, pero la sugerencia se perdió de vista «dans la vague de la discussion», MALEVILLE, I, 136.

(79) *Proyecto* 1821, arts. 93 y 94, *Code*, 126, 120 y 124.

(80) Compárese con *Code*, arts. 126 y 128.

(81) *Proyecto* 1821, art. 97, y el 454 sobre remuneración a tutores; *Code*, 127 concede del 10 al 20 por 100; el art. 98, comparable a *Code*, arts. 134 y 112, se refiere a los derechos de tercero contra el ausente que pueden dar lugar a nombramiento de defensor y administrador para que se entiendan con él las reclamaciones, desde el primer momento.

Art. 101. Pasados treinta años desde la ausencia, la ley presume muerto al ausente y trasmite la propiedad de sus cosas a sus hijos, ascendientes y demás parientes, según las reglas de la sucesión intestada.

El ausente que compareciese pasado este tiempo, y lo mismo los hijos o descendientes suyos habidos durante la ausencia, tienen derecho a ser alimentados por los que heredaron sus cosas, aunque ya no las posean, en cuanto exigiere la necesidad de los unos y permitieren las facultades de los otros.

Art. 103. Si las cosas del ausente se hallasen en poder de un administrador extraño, y hasta los cuarenta años no compareciese el ausente, ni se presentasen parientes dentro del grado legal de sucesión, la propiedad de sus cosas queda caduca y pertenecen a la Nación...

Art. 104. Los treinta o cuarenta años, respectivamente, de que hablan los artículos anteriores se entienden trascurridos en todo caso desde que el ausente hubiese cumplido noventa años de edad.

En estos artículos hay una influencia muy clara del código de Austria, que reputaba por muerto al ausente que haya cumplido ochenta años —cien establecía *Partidas*—, de quien no se tengan noticias en treinta o, en tres años, si resultó herido en una batalla o perdido en un navío (82). El proyecto Garely recoge los dos primeros supuestos, si bien el primero lo deja en los noventa años. De esta manera llegó a nuestro Derecho la presunción de muerte, desconocida entre los que forman la familia del francés. Igualmente resulta acortado el plazo, pues el *Code* contaba los treinta desde la declaración de la ausencia, mientras el proyecto desde el momento que se produce... Y la vuelta del ausente no produce efecto, mientras Francia devolvía los bienes en el estado en que se hallasen (83). Por último, el artículo 102 recoge preceptos franceses sobre la apertura del testamento, sin duda para que la administración y posterior trasmisión de propiedad se haga conforme a la voluntad del testador.

Art. 102. Si antes de expirar el plazo de los treinta años apareciese testamento otorgado por el ausente, se estará a su contenido; y los herederos podrán reclamar todas las cosas y las cuentas de la administración (84).

(82) *Austria*, art. 24 y P. 3, 31, 26; *Code*, 129, los cien años.

(83) Véase *Code*, 129, 131-133; también reduce a alimentos *Prusia*, art. 852.

(84) Procede de *Code*, art. 122, que se limita a apertura del testamento, en juego con el 130 que determina la apertura de la sucesión del ausente. Sin duda, dos casos diferentes —testada e intestada—, pero que se resuelven mejor en el proyecto. Al aclarar el precepto, MALEVILLE, I, 138 s., expone el problema: dos costumbres francesas encontradas; una que no abría el testamento hasta el tras-

La restitución de los derechos

He aquí un punto en donde los legisladores del trienio, en nuestro proyecto, apenas acudieron al derecho francés.

Por de pronto, coloca en esta primera parte un título sobre la restitución de los derechos civiles y contempla sus posibilidades con toda amplitud. Las *Partidas* consideraban esencialmente el caso del menor: «que revoque el juicio que fuese dado contra él, e torne el pleito en el estado en que era», dicen; y después lo extendía a otros supuestos (85). La idea de lesión era central para ellas, e igualmente la conserva el proyecto.

Art. 105. La ley por causas justas y expresas restituye en ciertos casos o a ciertas personas un *derecho* ya perdido.

Art. 108. La restitución se pide contra los que causaron la lesión y sus herederos; o contra terceros poseedores sabedores de ella.

Art. 109. La lesión que da lugar a la restitución, respecto de los hechos extrajudiciales, ha de ser de una cuarta parte a lo menos, habida consideración al valor de las cosas en la época en que se causó.

Art. 110. En los actos judiciales ha lugar a la restitución cuando por la persona a quien compete se han omitido en tiempo hábil algunas de las diligencias...

Con toda generalidad se une en este concepto la nulidad de lo actuado en juicio con la nulidad de relaciones civiles, conforme a la tradición de *Partidas* (86). Sin embargo, el proyecto quiere imitar las perfecciones del francés con una sistematización general de las causas de restitución. El *Code* señalaba la nulidad de las obligaciones por defectos en el consentimiento —error, violencia, dolo—, capacidad —menores, incapaces, mujeres casadas—, objeto cierto y causa lícita, con la posibilidad de la rescisión en algunos casos de lesión... Pero el proyecto no alcanza tanta finura. Establece la restitución, en general, para los menores e incapacitados —por lesión—, así como por miedo, dolo, ausencia y error o ignorancia (87).

Los menores de veinte años, así célibes como casados, con algunas excepciones, tales como ser comerciantes, fingirse mayor, por aprobar

curso de un largo plazo, otra que prefería al heredero instituido para hacerse cargo. Prevalció esta costumbre de París por mayoría, pues no era conveniente dejar tiempo sin cumplir últimas voluntades.

(85) Véase P. 6, 19, 1 y P. 3, 25, 1.

(86) P. 3, 25, 2 y P. 6, 19, 3 y 5.

(87) *Code*, arts. 1.108, 1.109-1.133; sobre rescisión, 1.118, 1.304, 1.314. Leyendo a MALEVILLE, III, 5-33 puede apreciarse su origen en Pothier y el derecho romano.

el acto llegada la mayor edad o por sufrir la «lesión por error de la profesión o arte que ejercen» (88). Debe justificarse la lesión antes citada y la minoría. Miedo, dolo y ausencia —las otras causas— no poseen excesivo desarrollo (89), en cambio, resulta muy interesante la parte referida a la ignorancia y el error; en ella, por su misma colocación en parte general, une todos los problemas de la ignorancia del derecho, juntamente con la ignorancia de hechos, recordando el viejo tratamiento de *Digesto* (90). Su idea era clara: la ignorancia o el error de derecho, cuando la ley así lo determine, produce la restitución «para evitar o resarcir un daño estimable contra aquel a quien no favorece otro título en la cosa, objeto de la restitución, que el hecho mismo en que intervino la ignorancia»; al tiempo que excluye esta excusa cuando la ley afecta al orden público o la moralidad de las acciones. Al igual que no eran renunciables, tampoco pueden afectarse por la ignorancia. El error o la ignorancia en los hechos ajenos —en cambio— determina siempre la restitución, salvo que fuera crasa y afectada; mientras en los propios solamente en las mismas condiciones trascritas para el error de derecho, o sea, para evitar o resarcir daño, si no le favorece otro título sobre la cosa (91).

Por fin, algunos artículos determinan los efectos de la restitución. En hechos judiciales, rehabilita para reproducirlos nuevamente; en los extrajudiciales rescinde los que causaron lesión. Se extiende la última a lo principal y los frutos, pero indemnizando a la otra parte contra quien se pide la restitución, para que quede sin daño, devolviendo las mejoras que hubiere realizado (92).

En conjunto, la vieja institución romana no alcanza la regulación del *Code*; se mantiene, bien que estructurada y remozada por una mente que sabía manejar el derecho. Sin duda, hay que reconocer el

(88) *Proyecto* 1821, art. 112; las excepciones pertenecen a *Code*, arts. 1.307-1.308, 1.311, si bien la declaración de ser mayor impide la restitución como en P. 6, 19, 6, donde se recogen otros supuestos. Véase J. SALA, *Ilustración*, I, 91-94.

En los siguientes artículos *Proyecto* 821, arts. 113-117, se aclaran algunas cuestiones sobre los casos en que se presenta, sobre la imposibilidad de utilizarla contra otro menor, la equiparación de los incapaces —en *Code*, 1.312 y 1.314— y, por fin, la negación de esta posibilidad a los cuerpos morales, que admitía P. 6, 19, 10. En los plazos, *Proyecto* 1821, art. 127, también hay coincidencias con P. 6, 19, 8, *Nov.* 11, 12, 1 y *Code*, art. 1.304.

(89) *Proyecto* 1821, arts. 118-121, de construcción diferente a *Code*; prescinde de la violencia que se hallaba en éste y en *Partidas*; recoge los otros casos del francés, salvo ausencia, que viene de P. 3, 23, 10 y 3, 29, 28, así como *Nov.* 11, 34, 4; también sobre miedo y dolo P. 5, 5, 56, P. 7, 33, 7, P. 3, 7, 15, aun cuando la lejanía de estos textos es manifiesta.

Años más tarde, P. GOROSABEL, *Redacción del código civil de España*, Tolosa, 1832, págs. 104-111, construye más cerca del código francés.

(90) Tratamiento en D. 1, 18, así como F. R. 1, 6, 4, *Nov.* 3, 2, 2 y P. 1, 1, 20 y 21. Véase un comentario sencillo de la época, J. SALA, *Digestum romano-hispanum*, 2.^a ed., Madrid, 1824 (1.^a 1794), II, págs. 68-70.

(91) *Proyecto* 1821, arts. 122-126.

(92) *Proyecto* 1821, arts. 128-133, los dos últimos de procedimiento y sobre los efectos de suspensión o caución.

esfuerzo de esta construcción doctrinal, que lleva la restitución a concepto e instrumento más general y examina con amplitud las cuestiones de defectos de voluntad, tanto respecto de los hechos judiciales como los extrajudiciales. ¿Mejor la técnica del *Code*? Posiblemente, pero restringida a las obligaciones, a un ámbito más reducido.

Actos de nacimiento, matrimonio y muerte

El título V del libro primero de la primera parte, vuelve a acogerse al modelo francés. Sorprende, pues estos actos y su registro habían sufrido una reducción laica en el código de la nación vecina. Nuestro proyecto, sin embargo, encuentra acertadas sus disposiciones sobre las actas y documentación de estos hechos y sigue de cerca sus preceptos, si bien respetando al párroco católico como eje esencial, conforme a la tradición española. «La Religión de la Nación española—decía el artículo 12 de la constitución— es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera».

El proyecto de 1821 exige la pública instrumentación del nacimiento, el matrimonio y la muerte; enumera los requisitos de día, mes y año, nombres y apellidos, profesión y residencia de los que intervienen, así como los documentos que se presentan. E, inmediatamente, hace la conversión del *Code* al catolicismo tradicional de España. El texto francés se refiere al oficial del estado civil, el proyecto establece:

Art. 136. Para la extensión del instrumento de todo acto de nacimiento, matrimonio y muerte deben intervenir la persona pública que señala la ley, y dos testigos varones, de edad de veinte años cumplidos.

Art. 137. La ley señala a los párrocos como personas públicas encargadas de autorizar la autenticidad de dichos actos (93).

Parece que se percibe la sutura, el añadido para transformar las disposiciones francesas. La lectura y firma del acta correspondiente apunta alguna peculiaridad en el proyecto, ya que se prevé con mayor detalle sobre el caso de que no supiera leer o escribir alguno de los testigos y personas interesadas en el acto (94). Algunos preceptos sobre

(93) *Proyecto* 1821, arts. 134-137; los primeros, sobre requisitos del instrumento público, de *Code*, 34, 35, 37 con leves diferencias, los testigos han de ser presentados por los interesados. Frente a esta cristianización, los códigos ilustrados refieren esta materia a las normas de la iglesia: *Austria*, código de procedimiento 1780, arts. 111-112; *Baviera* no se refiere, en cambio la protestante *Prusia*, arts. 481-505. La recepción de Trento en *Nov.* 1, 1, 13.

(94) *Proyecto* 1821, art. 138, exigiendo la firma de uno de los testigos y de la persona interesada; en su defecto un tercer testigo, para que hayan siempre tres firmas. Compárese a *Code*, 38 y 39.

la manera de llevar las actas son también propias; se establece la obligación de remitir testimonios a los jefes políticos, y de éstos a la secretaria de gobernación. Los libros son parroquiales, a diferencia de Francia, pero con estas copias y cierta vigilancia encomendada a los jefes políticos, se crea —ya que no un registro civil estatal—, sí, una dependencia y duplicidad por parte del estado (95). Otras determinaciones, como la notificación a los cónsules o agentes diplomáticos de los actos celebrados en el extranjero, para su remisión al ministerio, continúan esta regulación tan cerca del código napoleónico; aun cuando sean distintos sus principios cardinales. La certificación de los libros hace fe, y en su defecto o pérdida, vale por copia del ministerio de la gobernación; en último caso, puede acudirse a otras pruebas por instrumentos o por testigos. Los defectos, por «omisión de la autenticidad en la sustancia o en el modo» constituyen en responsabilidad a la persona pública —o párroco—, sujetándole a una multa de cuatro a veinte reales por cada asiento omitido o defectuoso (96). El gobierno español, sin abandonar el sistema de registro parroquial, va enlazándolo por una red de disposiciones que aseguren y controlen el registro.

Después examina el proyecto los diversos supuestos de nacimiento, matrimonio y muerte. Pero, mientras el primero merece una amplia atención, en cambio, para matrimonio le basta referirse a las disposiciones establecidas por este código y dar el modelo del acta; la muerte, algo más regulada, no alcanza la minuciosa perfección de su modelo. ¿Le resultan extraños los preceptos franceses? ¿Considera superfluo tantos detalles en materia bajo normas canónicas?

Dentro de las veinticuatro horas posteriores al nacimiento, deben presentar al niño ante el párroco y dos testigos, para ser bautizado. Están obligados a hacerlo los padres, parientes, amigos, vecinos u otros interesados; declararán el día y la hora, sexo, nombre, apellido, domicilio y oficio de los padres y padrinos... El párroco extenderá el acta dentro de otras veinticuatro horas (97).

Luego vienen los casos especiales; no sólo los previstos por el código francés del hallazgo del recién nacido o el nacido a bordo, sino

(95) *Proyecto* 1821, art. 141 sobre que se extiendan en papel sellado, arts. 139-140, 142 sobre la manera de llevar los libros, sin abreviaturas, interlineados, huecos, los libros..., adaptaciones de *Code*, 40-43; sobre su anterior organización en Francia, MALEVILLE, I, 67-69; también sobre por qué se confirió a los jueces estos registros, 70-72.

La duplicidad de registro, o comunicación, en *Proyecto* 1821, arts. 143-144, o el 149 sobre la visita y reconocimiento de libros por los jefes o delegados, como el procurador real del *Code*, art. 53.

(96) *Proyecto* 1821, arts. 145-150, extraídos prácticamente de *Code*, 47-48, 45-46, 50 y 52.

(97) *Code*, arts. 55-57, con alguna peculiaridad de *Proyecto* 1821, aparte las derivadas del bautizo, o el plazo de tres días del ordenamiento francés; MALEVILLE, I, 81 advierte que en una redacción anterior se puso veinticuatro horas, mas pareció corto. El derecho francés establecía la obligación de declarar a médicos y parteras.

con una variedad mayor, que desborda el laconismo de aquel modelo. Primero: los expósitos, llevados a la inclusa, se presentan por el jefe del establecimiento, extendiéndose el acta con todos los detalles conocidos. Segundo: el abandonado en un templo u otro paraje se presenta por el alcalde, que, en su caso, instruirá las oportunas diligencias. Tercero: los nacidos por casualidad en caminos o despoblados, se bautizan por el párroco del distrito, enviando copia auténtica al del lugar del domicilio de la madre. Cuarto: los nacidos a bordo, de quien extiende el acta el capellán del buque —o en su defecto, el escribano o el capitán—, que remite original al párroco de los padres, para su inserción en el libro. Quinto: los nacidos en campaña, por el párroco castrense, enviando a la secretaría de guerra el acta. Sexto: el nacimiento del príncipe de Asturias o infantes, en que las cortes o la diputación permanente envían dos comisionados a la presentación y al bautizo, firmando las actas por duplicado y pasando una a las cortes. Hay aquí retazos del casuismo canónico y aun romano, juntamente con disposiciones de nuestro derecho anterior a los códigos. El nacimiento del príncipe trae recuerdos de las costumbres de palacio en los partos regios, así como algún precepto de la constitución de Cádiz, que exigía esa duplicidad de actas para su archivo en cortes (98). Por fin, para mayor facilidad —siguiendo acaso el ejemplo de *Partidas*, de suministrar modelos de actos jurídicos— nos brinda la fórmula con que se ha de extender el acta de nacimiento, de matrimonio y de muerte (99).

Respecto de la última se dan algunas normas muy concretas, además de la fórmula del acta. «Para la humación de todo cadáver —señala— se necesita previo permiso, de palabra o por escrito, del alcalde o de quien haga sus veces. Este permiso le reclaman las personas de la familia u otras interesadas en la inhumación. Para dar el permiso puede el alcalde practicar por sí, o por persona de su confianza, la inspección ocular del cadáver. En caso de muerte violenta no dará el permiso, hasta que se hagan en el cadáver los reconocimientos necesarios para la comprobación del hecho que pueda dar lugar a una actuación judicial» (100).

(98) *Proyecto* 1821, arts. 156-163; *Code*, 59-61.

La fórmula del acta, *Proyecto* 1821 art. 161, no sale de la práctica usual del momento, es más completa. Sobre nacimientos reales. L. CORTÉS ECHANOVE, *Nacimiento y crianza de personas reales en la Corte de España*, Madrid, 1958, 134-140, 150 s., donde pretende asistir la diputación del reino; 153 s., 156-164, 165-168, etc. Véanse los artículos 209-211 de la *Constitución* de 1812; arts. 184-188 del reglamento interior de las Cortes de 29 de junio de 1821, que recoge anteriores, y decreto de 16 de mayo de 1821, *Colección*, VII, 416 s. y 95.

(99) *Proyecto* 1821, art. 161, que no corresponde con la práctica usual del momento, sino aplica la nueva regulación; para matrimonio y muerte, arts. 165 y 172.

(100) *Proyecto* 1821, arts. 166-168, citado el último; corresponde, más toscamente a *Code*, 77-78, 81, en que se exige la presencia del médico y el permiso por escrito. El texto francés, en una época de guerra, se extiende sobre muertes especiales en mar o en casos de militares, también sobre muerte violenta, en prisiones, etc., *Code*, 81-98; nuestro proyecto es más parco con remisión a ordenanzas, *Proyecto* 1821, art. 169, ceremonia religiosa 171. Sobre las epidemias en la época y el código de sanidad, M. y J. L. PESET, *Muerte en España (política y sociedad entre la peste y el cólera)*, Madrid, 1972.

Debería realizarse la inhumación en un plazo entre las veinticuatro y las cuarenta y ocho horas, salvo caso de epidemia—tan frecuente entonces—o que dispongan otra cosa las ordenanzas de mar y de tierra. Por último, una referencia a la ceremonia religiosa y al párroco que debe celebrarla completan estas disposiciones del proyecto.

Zona, pues, de marcado predominio de imitación francesa, donde sobre el cañamazo de las disposiciones napoleónicas se añaden retoques y se hace adaptación a la católica España.

El domicilio y los diversos fueros

Un artículo realiza la introducción doctrinal, el 173: «Los derechos y las obligaciones se hacen efectivos en el lugar del domicilio o vecindad de la persona o personas... (101). Una referencia al Derecho fundamental: «El domicilio o vecindad es de libre elección». Inmediatamente la definición, la precisión del concepto con elementos de nuestro viejo derecho.

Se entiende elegida para domicilio la localidad donde se reside con industria o modo de vivir. Los viajes o ausencias pasajeras no hacen perder el domicilio. Es pasajera la ausencia cuando se dejó casa abierta y poblada y no consta de otro domicilio.

El domicilio o vecindad se prueba por el registro en la matrícula civil que exige la ley, si se trata de reclamar derechos de vecindad. Para cumplir las obligaciones inherentes a ella basta que se acredite la residencia habitual (102).

Y en este punto—a diferencia de lo que le ocurrió en edad—, la unicidad de domicilio se proclama. «La ley —establece el 176— prohíbe disfrutar simultáneamente derechos de domicilio o vecindad en dos partes. En los casos dudosos se entiende que cada uno goza de la vecindad donde residió la mitad del año y un día más». Este precepto, que no se llegó a poner en el *Code*, aunque figuraba en proyecto, se inspira posiblemente en los comentaristas del texto francés (103). Pero en conjunto nuestro proyecto se ha apartado de las concepciones francesas, del principal establecimiento y de las sutilezas de la intención, a efectos de determinar el domicilio.

Sin embargo, algunos de sus artículos se conectan con Francia. Así, los empleados públicos civiles, eclesiásticos o militares, aunque sean amovibles, tienen su domicilio en la localidad donde ejercen el cargo. La mujer el del marido, con las usuales excepciones de divorcio—se le

(101) Este precepto puede inspirarse en TOULLIER, I, pág. 318 s.

(102) *Proyecto* 1821, arts. 174-175. La libertad de domicilio en TOULLIER, I, pág. 182. La idea de vecindad se recogía en *Constitución* 1812, arts. 18, 21, 22, 35, etc. y venía de C. 10, 39, 7 y del *Code*, 102, aun cuando difiere.

(103) TOULLIER, I, 321; MALEVILLE, I, 114 s.

escapa la palabra—, o habilitación para administrar los bienes por ausencia o incapacidad. Los menores el de sus padres, tutores o curadores, aun cuando, como hemos de ver, la curatela ya no se aplicaba a los menores (104). En la enumeración de posibles domicilios o fuero del lugar, el proyecto sobrepasa ampliamente las reglas establecidas en el *Code*. Toullier había escrito:

C'est aussi le domicile de la personne qui règle le lieu où elle doit être assignée, et, le plus souvent, le tribunal où ses affaires doivent être portées.

Le second effect du domicile concerne les successions. C'est le domicile du défunt, et non pas l'endroit où il est mort, qui détermine le lieu où s'ouvre la succession, et par conséquent le tribunal où doivent être portées toutes les questions... (105).

El código francés daba pie a estos planteamientos, con alguna referencia al lugar donde se abre la sucesión, y al que se determine por las partes para la ejecución de un acto; y el *Code de procédure civile* pudo también ayudar. En todo caso, Gareilly determinó con minuciosidad los distintos lugares para el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos, trayendo cuestiones procesales, en una época en que no estaban claros los límites. Nuestro derecho anterior unía estas cuestiones. El juicio de testamentaría corresponde al domicilio del finado, para el inventario y ejercicio de los derechos; sin embargo, respecto de cosas sitas en otros puntos podrá quebrarse esta regla. Los coherederos, consocios, deudores de una misma cantidad o acreedores del concurso reclaman o pagan en el lugar de la división hereditaria, de rendición de cuentas de la compañía, el pago o cobranza. El concurso se radica en el domicilio del quebrado. Los contratos en el lugar donde se convino o, en su defecto, en el lugar donde se concluyó, si se halla en él la persona obligada o tiene allí bienes. Las reclamaciones de propiedad, salvo acuerdo, donde se hallen. Los reos donde perpetraron el delito, si fueren cogidos en él, o si se tratare de delitos que ofenden la causa pública por su publicidad o escándalo; en otro caso, podrá deducirse la acción en el lugar del delito, en el domicilio del reo o donde pudiese ser habido. «El que demanda a otro por derecho propio en un domicilio puede ser reconvenido en aquel mismo domicilio». (106). Incluso se ocupa el proyecto de especiales domicilios, tales como el fiscal para pago de contribuciones territoriales, donde

(104) *Proyecto* 1821, arts. 177-179; *Code*, 105-109, con una solución menos certera respecto de los empleados públicos, ya que distingue entre temporales y vitalicios.

(105) TOULLIER, I, 320 s.

(106) *Proyecto* 1821, arts. 180-181, 187, 186, 188, 185, 190; *Code*, 110-111, *Code de procédure civile*, 59-74; *Code d'instruction criminelle*, art. 63. Véase también, P. 7, 29, 1; 7, 1, 15; 3, 2, 32; *Nov.* 12, 36, 1. J. SALA, *Ilustración*, II, 159, cita otros.

se encuentran los inmuebles, o para industriales, el lugar del establecimiento fabril, comercial o industrial. Domicilio policial, donde se encuentra la persona en el momento. Domicilio político en «la localidad de la respectiva parroquia y en casa, donde se mora de asiento ocho días a lo menos antes de la elección, lo cual debe resultar de la matrícula civil. Domicilio a efectos militares de un alistamiento, que no se pierde aun cuando se traslade después de la publicación del alistamiento para reemplazo; el domicilio de los militares es el del lugar en que se hallaren, ya que no tienen residencia fija, sin perjuicio de conservarles las reglas sobre herencias, cosas o delitos, siempre que estos no sean militares» (107).

Las cuestiones procesales no se deslindan suficientemente en el proyecto, de aquí estas determinaciones, que más tarde nuestro código civil remitirá a la ley de enjuiciamiento. A continuación veremos que también sobre pruebas se extenderá el proyecto.

De las pruebas y las autoridades

Todo un tratado de las pruebas, sobre que algún día tendrán que fijarse quienes quieran entender la evolución de estas cuestiones. Es difícil encontrar de dónde derivan. Bentham tal vez (108), la práctica de nuestros tribunales... Son de gran perfección doctrinal. Primeras definiciones:

Art. 192. Se llama prueba la justificación de un hecho practicada por el que intenta acreditar su certeza y por los medios que señala la ley.

Art. 193. La prueba es artificial o indirecta si se deriva de hechos no dudosos por medio de raciocinios o inducciones sacadas de la naturaleza de las cosas. Es inartificial o directa si se deriva de aserciones puramente extrínsecas.

Art. 194. La prueba inartificial se suministra por medios ordinarios o extraordinarios. Son ordinarios los instrumentos

(107) *Proyecto* 1821, arts. 182-184, 189. Sobre el domicilio político, aparte la constitución de 1812, TOULLIER, I, 39; y la cuestión de su duplicidad y diferencia con el constitucional, MALEVILLE, I, 114-117. Sobre domicilio de militares, *Nov.* 7, 26, 10; en *Partida* 4, tít. 24 se trata de naturaleza con mayor referencia a pertenencia al señor o al reino; sobre fuero, P. 3, 2, 32, y F. R. 2, 1, 2. Sobre el estado de ideas y normas sobre el domicilio, como lugar donde se habita con ánimo de permanecer, J. SALA, *Ilustración*, I, 17-18. GARELLY califica como defectuosísimas nuestras leyes, *Proyecto* 1821, pág. 19.

(108) Algunas analogías se aprecian con J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, 2 vols. Buenos Aires, 1959, si bien es imposible la influencia directa, pues su primera edición francesa, a partir de manuscritos del autor por Etienne Dumont, lleva fecha de 1823. Hay concomitancias con nuestro derecho y nuestra práctica, véase L. GÓMEZ NEGRO, *Elementos práctica forense*, Valladolid, 1825 (1.^a ed. 1806) y también con TOULLIER, según la nota siguiente.

y los testigos. Son extraordinarios el juramento, la confesión y la inspección ocular.

Art. 195. La prueba artificial o inartificial puede ser completa o incompleta. Es completa cuando la ley reputa por cierto el hecho que se intenta justificar; y en su virtud se debe adjudicar definitivamente derecho al que la suministró. Es incompleta cuando la ley no la reputa suficiente para que se tenga por indudablemente cierto el hecho sobre que recayó.

Continúa con los grados de probabilidad o las distintas clases de presunciones —legales o fundadas en verosimilitud—, sobre el valor de las pruebas y, por fin, extensamente sobre cada uno de los medios probatorios contenidos en el artículo 194. Supera con mucho el *Code* y el tratamiento que nuestras leyes o nuestra práctica hacían de estas materias. Aquél se preocupaba sólo de la prueba de las obligaciones pero ni siquiera el *Code de procédure civile* se imita. Toullier se ha tenido en cuenta, con el gran desarrollo que se da en su comentario a las cuestiones de prueba, pero sin duda, la precisión y sistemática de nuestro proyecto es original; la conservación de soluciones tradicionales es grande (109). Pero no voy a entrar en estas materias procedimentales. Dejemos para mejor ocasión su estudio. Este como el siguiente título desbordan los límites de la materia civil, que me he propuesto trazar en esta valoración del proyecto de 1821.

El título octavo del primer libro de la parte primera, es como un anticipo de aquella segunda parte, sobre aspectos administrativos, que nunca se llegó a redactar. Distingue dos tipos de autoridades o personas a quienes toca hacer efectivos los derechos y obligaciones: autoridades gubernativas y judiciales. Las primeras, a quienes también califica de económicas, tienden a hacer efectivos los derechos y las obligaciones que emanan de la ley y son incontestables: las autoridades judiciales la aplican en asuntos litigiosos, civiles y criminales. Son los tribunales, jueces —en su caso—, árbitros. Los derechos y las obligaciones que nacen de convenios o de títulos aprobados por la ley se reclaman ante el juez si la persona no accedió a los esfuerzos conciliatorios de la autoridad gubernativa. Y no importa que el conocimiento del asunto sea sumario u ordinario, de posesión o de propiedad, ni tampoco que el juez sea propietario o interino, en los casos de vacante, ausencia, indisposición o recusación (110). Todavía mayor interés posee las nociones que dedica —en general— a la autoridad gubernativa, referido a los jefes políticos y los alcaldes, las dos piezas de la autoridad menor, aun cuando también se refiera a otras de manera genérica y difusa.

(109) *Code*, 1.315-1.369, *Code de procédure civile*, arts. 193-213, 214-251, 295-336, etc.; asimismo MALEVILLE, III, 142-182 y, sobre todo, TOULLIER, tomos XI y XII; sin embargo, la determinación de estas influencias y la originalidad de este tratado de pruebas merece un estudio aparte.

(110) *Proyecto* 1821, arts. 264-268; 274-276.

«Toda persona o cuerpo que ejerza autoridad en algún ramo de la administración pública y gobierno del estado en nombre de la ley debe ser obedecida cuando manda dentro de la esfera de sus atribuciones» (111). Las autoridades gubernativas pueden apelar a la fuerza pública o a los demás españoles, así como a las conminaciones, las multas y la persecución.

En suma, una determinación de las autoridades que están por detrás de los preceptos del proyecto, un avance de la parte administrativa que no redactaron.

V. DE LAS PERSONAS, SEGUN SU DIFERENTE CONDICION DOMESTICA

Comienza el libro segundo

Anteriormente se había examinado el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en razón de la calidad de las personas, individualmente. En especial en el título segundo, del primer libro de la primera parte. Este libro segundo trata de los derechos y obligaciones según sus relaciones entre ellas, que llama condición doméstica; la idea procede de las generalizaciones de Jeremy Bentham, y el inglés todavía añadía un cuarto *status* o condición que relacionaba a los esclavos con sus amos. El proyecto de 1821 no se ocupa de esta diferenciación, que, sin embargo, estaba vigente en su tiempo (112).

El presente libro contiene cuatro títulos:

- I. De la condición de marido y mujer. Arts. 277-356.
- II. De la condición de padres e hijos. Arts. 357-385.
- III. De la condición de protector y protegido. Arts. 386-454.
- IV. De la condición de superior y dependiente. Arts. 455-476.

El discurso preliminar, al comentar este libro, examinaba el juego entre la igualdad y la desigualdad, que inspira a la constitución, su norte y su guía. Quiere «identificar cuanto sea posible la vida privada

(111) *Proyecto 1821*, arts. 269-273, citado el último. Todo el título VIII está relacionado con la parte segunda, que no se llegó a redactar, y ha sido ya objeto de nuestro estudio.

(112) J. BENTHAM, *Principios*, II, 166-227; *Tratados*, III, 143-169. También en TOULLIER, I, 154, «Cette différence proscrite en France depuis longtems, a été conservée pour les colonies françaises dans les Deux-Indes». En España subsistía en *Constitución 1812*, arts. 5 y 22, o J. SALA, *Ilustración*, I, págs. 10-13. Aunque referida a época muy anterior, algunas indicaciones en la tesis doctoral de V. GRAULLERA SANZ, *La esclavitud en Valencia durante los siglos XVI y XVII*, Valencia, 1974, inédita.

La otra distinción fundamental del antiguo régimen, nobles y no nobles, está suprimida en BENTHAM. TOULLIER, I, 155-162 nos describe sus vicisitudes en Francia, con la restauración borbónica y la Carta de 1814. Debe verse J. SALA, *Ilustración*, I, págs. 13-15.

e interior con el espíritu de la Constitución». Pero algo parece discordar cuando se une la igualdad con las realidades más concretas del derecho civil. Porque la constitución,

... al crearnos una anchurosa libertad e *igualdad civil*, dio por sentada la desigualdad que nace de la edad, fijando la necesaria para el ejercicio de los derechos más preciosos; la que proviene del sexo, limitando al varonil el desempeño de los cargos públicos; la que se deriva del estado de prosperidad, suspendiendo el ejercicio de la ciudadanía a los sirvientes domésticos, y el de la voz pasiva en las elecciones de Diputados a Cortes (a su tiempo) a los que no posean una renta según los artículos 92 y 93; la que produce la educación e instrucción consiguiente, acordando la suspensión de los referidos derechos desde el año 1830 a los que no sepan leer y escribir; la que dimana de la condición, prescribiendo como una obligación la de respetar las autoridades establecidas (113).

¿Para qué esas precisiones sobre las desigualdades en el texto de 1812? Dos hipótesis, ambas verdaderas y aplicables, se me ocurren de inmediato al plantear esta cuestión. Garely hace referencia a viejas realidades del antiguo régimen, que se arrastran hacia la edad contemporánea y tropiezan con un dictado de igualdad absoluta, jurídica y abstracta, generosamente concedida en los artículos de la constitución. ¿Acaso el matrimonio, la tutela y la curatela no son instituciones viejas como los siglos? En segundo término—y es mérito de Garely percibirlo—, una cosa es la declaración legal de igualdad y muy otra una auténtica igualación de las personas. Todos iguales, pero las diferencias entre marido y mujer, entre mayores y menores—quizá la más natural—, entre amos y criados se mantienen vivas y firmes. La mente liberal sabe poner en su lugar a las mujeres, a los criados y a las clases inferiores, por razón del sexo, la edad y el poder que confiere la riqueza.

(113) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 21. Este matizar la igualdad pertenece a las ideas de la época, veamos algunas apreciaciones de BURLAMAQUI, *Elementos del derecho natural, traducidos del latín al francés* por BARBEYRAC, y *el castellano* por D. M. B. GARCÍA SUELTO, Madrid 1820. «Es preciso observar con atención que la igualdad de que hablamos, es propiamente una *igualdad de derecho*, y no una *igualdad de hecho o de fuerza*», pág. 129; «Es verdad que los hombres más *sabios*, más *virtuosos* y más *alentados* son por lo mismo más a propósito para mandar a los demás; —si bien añade— pero no se deduce de esto que les dé actualmente la naturaleza el derecho de gobernar: para esto es necesario un acto positivo de consentimiento por parte de aquellos a quienes se pretende mandar», págs. 131-132.

Sobre el matrimonio

En verdad el proyecto fue certero y creador en la regulación de esta institución. Supo seguir el código francés, adaptándolo a nuestras convicciones religiosas, pero procurando la intervención del estado en el mismo, tal como reclaman las ideas liberales. Usa elementos tradicionales canónicos, pero también alcanza una traducción jurídica —una cristianización moderada— del *Code des français*. El despego hacia la iglesia que manifestó el trienio hace intervenir al gobierno liberal en esta materia, «santificada como sacramento, según los principios de nuestra creencia» (114).

El artículo 278 define con palabras que tienen ecos romanos y canónicos para centrar la cuestión, según la costumbre del proyecto, que ordena y conceptúa con frecuencia en su articulado.

Es matrimonio el convenio entre varón y hembra celebrado según las leyes, por el que se obligan a la recíproca cohabitación perpetua y a la comunión de sus intereses (115).

El siguiente, pone orden en la materia con una solidez y visión genérica de extraordinario relieve. Es cierto que utiliza conceptualización canónica, pero con adaptación exacta a su intención.

Art. 279. Para que el matrimonio se entienda contraído legalmente se necesita: 1.º, capacidad de las personas; 2.º, consentimiento de las mismas, expresado con las formalidades que señala la ley; 3.º, su celebración solemne ante el párroco y testigos.

¡Puntual sistematización! Con ella recubre y organiza cuanto se refiere al matrimonio. Expone la capacidad por razón de la edad, potencia, vínculo religioso o matrimonial, parentesco... El origen canónico de este precepto sobre capacidad es indudable y apenas puede rastrearse nada semejante en los códigos modernos. Si algunas disposiciones de los códigos ilustrados presentan analogías, creo que pueden explicarse por su común origen en Trento y la disciplina canónica (116). Análogo origen puede indicarse a los artículos sobre el consentimiento, que nuestro proyecto sistematiza.

(114) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 22; véase M. REVUELTA GONZÁLEZ, *Política religiosa de los liberales en el siglo XIX. Trienio constitucional*, Madrid, 1973.

(115) I. 1, 9, 1; D. 23, 2, 1; P. 4; 2, 1 y P. 4, 2, 3 y 7, o también J. DEVOTI, *Institutionum canonicarum libri IV*, 1.ª ed., post 5.ª, Roma, 1825, II, pág. 176. También abundan las definiciones en los códigos ilustrados, *Austria*, art. 44 o *Baviera*, lib. I, cap. VI, 1.

(116) Es difícil creer en la influencia de *Code* en esta construcción, que se me antoja original. Sin embargo, la exposición de TOULLIER, I, 423 ss. con dos

Art. 281. El consentimiento de los que desean contraer matrimonio ha de ser libre, ilustrado y solemne.

Art. 282. No es libre el consentimiento cuando para darle ha intervenido miedo grave o coacción moral extrínseca. No se entiende tal la persuasión, ni las promesas o amenazas relativas a intereses, ni el moderado castigo paternal.

Art. 283. El error sustancial se opone a la libertad. Es error sustancial el que recae sobre la identidad de la persona.

Art. 284. Para que pueda intentarse la nulidad del matrimonio, por miedo grave o por error sustancial debe alegarse en tiempo oportuno y probarse completamente cualquiera de estas circunstancias (117).

A continuación se establece en qué consiste el consentimiento ilustrado o que cuenta con la autorización o licencia de padres y parientes. «Para que sea ilustrado el consentimiento en el matrimonio que intentan contraer los hijos de familia y los que no han cumplido todavía veinte y cinco años de edad, la ley exige la aprobación de los padres, abuelos, parientes o tutores por el orden y en los términos que explican los artículos siguientes» (118). Estas licencias son usuales para la cohesión familiar del antiguo régimen. Las podemos apreciar en el grupo de los códigos ilustrados, como también en nuestra legislación del XVIII, que pretendía apuntalar la familia; las contiene el *Code* y sus descendientes y se recogen en este proyecto. Tendían a evitar los matrimonios poco convenientes para las clases altas o burguesas, que las consideraron apropiadas para su política y usos de enlaces matrimoniales convenientes (119).

rúbricas sobre «cualidades y condiciones» y la «celebración», unidas al «consentimiento» pudo servir de pauta. En cuanto a contenido hay que referir a P. 1, 6, 39 y 41; P. 1, 8, 2; P. 4, 2, 16 y P. 4, 6, 4, etc. También las ideas y conceptos canónicos, J. DEVOTI, *Institutionum*, II, 180-245 o D. CAVALLARIO, *Instituciones del Derecho canónico*, 3 vols. Madrid, 1838, I, 599-608; he acudido a estos manuales, los más utilizados en la España de la época, y precisamente a las ediciones que he tenido a la mano. Las conexiones con el derecho canónico y romano son problema que no puedo abordar con un mínimo de rigor, en este momento: sin duda, existen influencias, pero quede su determinación para otra coyuntura.

Sobre la edad de catorce y dieciséis, parece una transacción entre los doce y catorce del derecho canónico y los dieciséis y dieciocho de *Code*, 144; en los restantes códigos no la hallo semejante, *Dos Sicilias*, 152 conserva la canónica; las semejanzas que posee este artículo con los códigos ilustrados se puede apreciar en *Baviera*, lib. 1, cap. VI, 8.

(117) Compárese con *Code*, arts. 146 y 180; TOULLIER, I, 423-445, aun cuando él se basa en el común origen canónico.

(118) *Proyecto* 1821, art. 286 es un artículo ordenador o resumen; el 285 señala quiénes pueden pedir la nulidad por miedo grave o error sustancial, en donde amplía la acción en contraste con *Code*, art. 180 y simplifica en exceso la riqueza conceptual de sus prescripciones en éste y otros artículos.

(119) *Nov.* 10, 2, 9 y 18; ver J. SALA, *Ilustración*, I, 25-31; J. M.^a ALVAREZ, *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, 1829, 63-65. En general, *Code*,

La licencia o aprobación para contraer matrimonio se regula cuidadosamente, siguiendo de cerca al código francés. Los menores de veinticinco años deben pedir permiso a sus padres, caso de diferencias entre los progenitores, prevalece el padre. En defecto, incapacidad o ausencia de los padres, se acude a los abuelos con preferencia de varón, y si hubiere discordia por línea, se entiende autorizado el matrimonio. Por fin, los hermanos, los tíos, los tíos abuelos... (120). Por el juego de las diferentes edades establecidas se han de añadir algunos artículos complementarios: los menores de veinte años que no tienen parientes deben solicitarlo del tutor; los mayores de esta edad en la misma situación no necesitan la autorización (121). En cambio, el mero consejo, regulado muy extensamente en el código vecino o en nuestra anterior legislación, aparece muy cortado en nuestro proyecto (122).

También se recoge la posibilidad de recurrir contra la denegación de la aprobación, ante el jefe político. El *Code* no la admitió, pero sí alguno de sus descendientes más directos.

Art. 297. Las personas menores de veinte y cinco y veinte años que necesitan para contraer matrimonio la aprobación, respectivamente de los padres, abuelos, o parientes, o del tutor, si se consideran agraviados por no haberla obtenido, pueden recurrir al Jefe político de la provincia para que éste supla la aprobación con conocimiento de causa (123).

Las razones que se indican para su determinación—muestra de los valores que sostienen la familia—, son las siguientes:

La depravación de costumbres de uno de los que intentan el matrimonio; la muy notable diferencia de edad entre ellos; la muy notable desigualdad de sus fortunas, que no esté contrabalanceada con esperanzas fundadas en el empleo o prendas personales del pobre; la falta de medios actuales y que no se ven de próximo, para sostener las cargas de matrimonio u otras

arts. 148-160; *Baviera*, lib. 1, cap. VI, 4, *Prusia*, 45-48. En derecho romano se pedía a toda edad, comenta MALEVILLE, I, 166 s.

(120) *Proyecto* 1821, arts. 287-292, *Code*, arts. 148-150 y el 160 que tras los abuelos refiere al consejo de familia francés. Otra solución, *Vaud*, 66.

(121) *Proyecto* 1821, art. 293 y 295, el 294 sobre alumnos de colegios de beneficencia, que concede el jefe del establecimiento.

(122) *Proyecto* 1821, art. 302, se pide a padres y abuelos por dos veces y basta; en cambio, *Code*, 151-155 complica la cuestión; hubo de retocarse y ampliarse, MALEVILLE, I, 170, el 1 de germinal del año 12.

(123) *Proyecto* 1821, sobre el procedimiento los artículos 298-300; el permiso podía darlo el rey, *Dos Sicilias*, art. 165 o el juez, en caso de negarse por tutor y parientes, en *Vaud*, 66; también el juez, en *Prusia*, 68; la pragmática de 1803 decía que serían los presidentes de Audiencias, y el decreto de 14 de abril de 1813, lo encomendó ya a los jefes políticos, *Colección*, IV, 53-54.

razones iguales, son causa racional para la desaprobación del matrimonio, si no se presentaren inconvenientes muy graves de no proceder a él (124).

Por último, se ha de advertir que el proyecto dejó para el código penal las consecuencias del incumplimiento de este requisito para el matrimonio, pero señalando su nulidad, como efecto civil, del acto celebrado con este defecto (125).

El tercer requisito fundamental, en esta perfecta sistematización del matrimonio, era su celebración solemne ante el párroco y testigos. Ahora bien, en su tarea, el redactor del código de 1821 introdujo un prematrimonio laico a imitación francesa. Recordemos que pedía un consentimiento libre, ilustrado y solemne; pues bien, era necesario manifestar el consentimiento solemne ante el alcalde, testigos y un escribano, acreditando la edad, la aprobación o, en su caso, el consejo... De todo ello se extiende acta, que firmada, se dará copia a los interesados, «con la cual podrán presentarse al párroco, a fin de que ante él se realice la celebración del matrimonio, previos los requisitos y con arreglo a las solemnidades que prescribe el ritual de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, protegida por la ley...» (126).

Los artículos siguientes asentaban esta inmisión del poder civil en los recintos, hasta ahora canónicos, del matrimonio. Con toda cautela el proyecto había llegado a una solución intermedia, atraído por el laicismo del *Code*, aunque no se atrevía a llegar a todas sus consecuencias.

Art. 307. Es nulo el matrimonio que de hecho se celebre sin haber precedido al consentimiento solemne que dispone la ley en el artículo 304 (127).

Caso, pues, de no celebrarse aquel prematrimonio ante el alcalde, el matrimonio no tenía validez. Los liberales querían alejarse un tanto de la iglesia y el derecho canónico.

(124) *Proyecto* 1821, art. 301. Aun cuando sin relación, parece que el código prusiano enumeraba también motivos graves para negar la autorización.

(125) *Proyecto* 1821, art. 303; *Código criminal* 1822 no se ocupó. Véase *Code*, 156-157 y 182-183.

(126) *Proyecto* 1821, arts. 304-306; véase *Code*, 165, y su celebración en el art. 75 y otros, muy distinta.

(127) Semejante efecto en art. 191 del *Code*. Sobre la forma del matrimonial, entre el exceso de solemnidades en Prusia y la sencillez del pueblo escocés de Greta Green, diserta J. BENTHAM, *Principios*, II, 225-227.

Derechos y deberes de los cónyuges

En esta parte, que recoge otro título semejante del código francés, sus preceptos nos van a resultar bastante familiares, por la posterior importación francesa que ha sufrido nuestro derecho vigente. Los recíprocos derechos de cohabitación, fidelidad y socorro. El marido es el administrador de las cosas comunes y la mujer le debe obediencia. La mujer está obligada a seguir el domicilio del marido. A veces, parece haberse tenido en cuenta nuestro derecho histórico, que no se aparta demasiado del francés o de otros códigos, por la doctrina común de la Europa moderna. La mujer no puede contratar, ni aceptar o repudiar herencias ni comparecer en juicio civil o criminal como demandante, sin autorización del marido, salvo el caso de separación; pero el juez puede suplir ésta cuando sea caprichosa la denegación de acto que «sea de alguna manera útil o beneficioso a la mujer, sin perjudicar a los intereses del matrimonio», o cuando se hallare ausente. Incluso, en caso de incapacidad física o moral del marido puede pedir —al igual que vimos en ausencia— la administración de las cosas comunes (128). Hay retoques del legislador hispano, hay modificaciones de derecho tradicional español o del romano. Pero, en conjunto, es Francia la base de esta redacción de las relaciones entre los cónyuges.

A veces, la distancia se hace nítida y decisiva:

Art. 321. El marido puede autorizar a la mujer para contraer o comparecer en juicio, o generalmente en toda clase de negocios, o especialmente en negocios de cierta clase, o particularmente en asunto determinado.

La mujer autorizada para comprar y vender, o para manejar en un ramo determinado, se entiende autorizada igualmente para todos los actos accesorios y dependientes.

Art. 323. El marido puede ratificar expresa o tácitamente los actos otorgados o celebrados por la mujer. Se entiende ratificarlos tácitamente: 1.º Si consiguiente a ellos practicó por sí algún otro acto sin protestar en contrario. 2.º Si teniendo conocimiento de ellos dejó transcurrir el término de seis meses sin hacer notificar su reclamación judicial o extrajudicialmente a la otra parte interesada (129).

(128) Proyecto 1821, arts. 309-320, sobre que existen intensas influencias de *Code*, arts. 211-224 y 1.421, matizadas por nuestro derecho histórico, por ejemplo, el 313 por P. 4, 2, 7 o los siguientes con leyes de Toro 54 y 55 —Nov. 10, 1, 11—, el 318 con la ley 59 de Toro, etc. Algunos de estos preceptos genéricos pueden presentar falsas analogías, compárese los 309 y 312 con *Austria*, 90.

(129) Me inclino a ver su origen en leyes 56 y 58 de Toro, es decir, *Nov.* 10, 1, 12 y 10, 1, 14. Al leer las concordancias de preceptos análogos del *Código civil de la República de Chile*, Santiago de Chile, 1858, arts. 140 y 142 encuentro este origen.

Estos artículos parecen fundarse en leyes de Toro. El *Code* trataba de la mujer comerciante, que no pareció gustar a los redactores. En cambio, el artículo 322, que señala la nulidad de los actos celebrados sin autorización marital o judicial, sí trae su origen del modelo (130). Como también los siguientes sobre los recíprocos alimentos entre padres e hijos; pero se redactan más recortados. En cambio, otras veces es original: «la incorregibilidad de los hijos, la falta de respeto a sus padres, la inaplicación al estudio, ocupación o empleo a que se les destinó, autoriza a la minoración de los alimentos hasta su *minimum*». Mínimo que es el indispensable para vivir (131). La atención a su cuantía, por la necesidad o las posibilidades del alimentante, según su rango, no se encontraba tan detallada en el código francés.

Disolución, separación y segundo matrimonio

En este punto, a pesar de la constante inspiración, las reglas habían de variar, pues los anhelos liberadores del trienio liberal frente a la iglesia, no alcanzaron —en absoluto— el divorcio, que Napoleón había introducido.

Arts. 331-335 Proyecto

331. El matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte.

332. La ley prohíbe la separación indefinida o temporal del matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges expreso o tácito.

333. La muerte civil induce separación del matrimonio para todos los efectos civiles

Sin embargo, la ley permite al cónyuge inocente cohabitar con el culpado si fuere compatible con la naturaleza de la condena.

Code

227. La mariage se dissout, 1.^o Par la mort de l'un des époux; 2.^o Par le divorce légalment prononcé; 3.^o Par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile.

233. Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi... prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.

(130) Tal vez, *Code*, 225, si bien no permite que la mujer reclame, sino sólo el marido y herederos; véase el 1.426.

(131) *Proyecto* 1821, arts. 325-329; los más originales, que se describen y citan en el texto son 327 y 328; los otros quizá podrían explicarse por *Code*, arts. 203-205. 208-209, pero el 206 establece alimentos entre suegros y nueras o yernos. Nuestro derecho, F. R. 3, 8, 1 y 3, P. 4, 19, 2 y 5-6.

334. La ley autoriza la separación indefinida del matrimonio por justas causas, que ha declarado como tales la autoridad competente.

229. Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.

330. La femme pourra demander la divorce pour causa d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans sa maison commune.

335. Son causas legítimas para la separación del matrimonio: 1.º, el adulterio de uno o de otro cónyuge; 2.º, la crueldad de trato; 3.º, las desavenencias capitales nacidas de causa permanente. No lo son el furor o demencia ni la enfermedad aunque sea crónica o contagiosa.

231. Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un envers l'autre.

232. La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, sera pour l'autre époux une cause de divorce.

Esta comparación nos permite precisar la adaptación que por su diversa perspectiva realiza el proyecto. No puede evitar seguir siendo fiel al modelo de la Europa jurídica culta, pero reduce la disolución a la muerte, dejando para la separación los demás casos (132). A continuación se entretiene el proyecto con una serie de disposiciones procedimentales, en que simplifica extraordinariamente las francesas, y termina con algunas sobre los resultados de la separación (133).

(132) Esta materia ha cambiado con el nuevo planteamiento del *Code*. Quedan lejos P. 4, 10, 2 y 4, 9, 2; incluso los planteamientos canónicos, como J. DEVOTI, *Institutionum*, 248-250 o J. L. SELVAGIO, *Antiquitatum christianarum institutiones nova methodo in quatuor libros...*, 3 vols., Patavi, 1776, III, 158-159.

Sin embargo, en Europa siguen ideas contrarias a la novedad napoleónica, BURLAMAQUI, *Elementos*, págs. 345-350, o incluso las divertidas consideraciones de J. BENTHAM, *Principios*, II, 203-217 en que se manifiesta a favor de la indisolubilidad por la fragilidad de la mujer y discurre ampliamente sobre las ventajas del divorcio.

Rabiosamente partidario del divorcio, MALEVILLE, I, 235-247, en 245 s., escribe: «Quant à la séparation indéfinie qu'on voudroit substituer au divorce, elle serait plus immorale et plus destructive que le divorce même; elle choquerait le vœu de la nature et de l'intérêt social, elle condamnerait les deux époux, et surtout l'innocent, à un célibat perpétuel...».

(133) *Proyecto* 1821, arts. 336-342, en relación a *Code*, 239 y 243, *Code de procédure civile*, arts. 875, 877-878. Los arts. 343-347 del proyecto proponen distintas soluciones que *Code*, 295 y 273 y 302-303. Sobre reconciliación, P. 4, 9, 2 y 7, 17, 15; en general puede verse P. 4, 3, 3 y P. 4, 13, 1; P. 4, 11, 23 y 26, F. R. 3, 2, 6 y 4, 5, 5 sobre pérdida de la dote o arras.

En relación al segundo o ulterior matrimonio recoge el proyecto la imposibilidad de celebrarlo hasta transcurridos cuatro meses y la pérdida, por parte de la madre, de la patria potestad y usufructo y administración de los bienes de los hijos. El plazo para contraer es extraordinariamente corto —diez meses en el *Code*—, sin que sea fácil entender esta reducción sin precedente (134). Tal vez Garely pensó que eran suficientes para conocer la posible gravidez de la mujer, pero se quedó corto, pues es fácil que no basten para ello. ¿Creería que se trataba de un plazo de luto o partía de la buena fe de la mujer?

También estableció con todo lujo de detalles una de las reservas que han llegado a nuestro código civil. Creo que merece traerse aquí sus artículos.

Art. 351. Cualquiera de los cónyuges que contrae segundo o ulteriores matrimonios, quedando hijos del anterior o anteriores, si adquiere alguna cosa del cónyuge premuerto por disposición testamentaria o sucesión intestada, o por cualquier título lucrativo, sólo puede retenerla como usufructuario; y la propiedad pertenece a los hijos o descendientes del respectivo matrimonio por disposición de la ley. Estos bienes se llaman reservaticios.

Art. 352. La reserva del artículo anterior tiene lugar también para con los bienes que recaen en el cónyuge sobreviviente por sucesión intestada de alguno de los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores.

Art. 353. En el caso de los dos artículos precedentes la propiedad de los bienes reservaticios pertenece a los hijos del respectivo matrimonio por partes iguales.

Art. 354. Si fallecieren los hijos del respectivo matrimonio en vida del cónyuge sobreviviente, sin dejar descendientes, el cónyuge reúne con el usufructo la propiedad de los bienes reservaticios.

Art. 355. El cónyuge usufructuario de bienes reservaticios no puede enajenarlos, siendo inmuebles o reputados como tales. Los muebles, frutos y dinero que resultan de inventario y tasación respectiva se abonan del caudal del que los disfrutó.

Art. 356. Si el cónyuge usufructuario vuelve a enviudar sin

(134) *Proyecto* 1821, art. 349. Difiere de *Code*, 228, *Dos Sicilias*, 216; *Vaud*, 127, un año, *Prusia*, nueve meses... Quizá pensó como J. BENTHAM, *Principios*, II, 215, «El Código Federico permite que los casados puedan separarse voluntariamente y contraer después otro matrimonio, pero con la condición de fastidiarse solos un año entero...»; interpretado así, como el proyecto no admite el divorcio, pudo acortarse el plazo. Pero nuestro derecho establecía un año, *Nov.* 10, 2, 4, como también el canónico, J. DEVOTI, *Institutionum*, II, 638.

hijos del respectivo matrimonio que dio lugar a la reserva, reasume la propiedad de los bienes reservaticios (135).

Dos cuestiones me gustaría dilucidar: de dónde procede esta regulación y cuál fue el papel del proyecto de 1821 en su trasmisión —con importantes modificaciones— hasta el código civil español vigente, artículos 968 a 980. El paralelismo de textos me pareció evidente, desde el primer momento. Efectivamente procede de nuestro derecho histórico, textos de *Partidas* y de *Toro* fundamentan este tratamiento, pero fue el *Febrero* quien le dio la estructuración con que aparece en el proyecto. El paso hacia el código civil actual se debe al proyecto de 1851, quien copia —creo que alguna vez más— de nuestro texto de 1821, sin mencionarlo; en ello, hay quizá deseo de originalidad de García Goyena, o tal vez que se propuso por algún otro y no sabía él la fuente. Creamos en su buena fe (136). Algún día habré de tratar de las influencias de nuestro proyecto en el texto de 1851 y, a través de él, en el código civil vigente.

Padres e hijos

En este segundo título del libro segundo, la influencia francesa decrece en intensidad. Las realidades de la legislación y la familia hispanas gravitan con peso sobre los textos del proyecto de 1821. Su sistemática interna y muchos de sus preceptos se apartan. El *Code des français* había conectado la patria potestad con las tutelas y en ello le acompañaban los códigos que de él descendían. Al no conceder la patria potestad a la madre —como el derecho romano—, unían en la tutela la protección de los padres sobre los hijos. Es mérito de nuestro proyecto separarse en este punto y conceder a la madre la patria potestad.

Empieza por ocuparse de la diferente calidad de los hijos. Algo de esto aparece en el código de la Luisiana, si bien los conceptos y clases pertenecen a las leyes de *Toro* y *Partidas*, con adaptaciones. Los hijos son legítimos o ilegítimos; son legítimos los que nacen de legítimo matrimonio dentro de los 210 días de su celebración hasta los 300 después de la disolución o separación. No se admite prueba en

(135) Para la redacción de estos artículos, se tuvo en cuenta la obra de J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Febrero reformado y anotado, Librería de escribanos, abogados y jueces*, 4.^a ed. 5 vols., Madrid, 1818, I, págs. 235-238.

(136) Como antecedentes se citan las leyes 14 y 15 de *Toro*, *Fuero real*, 3, 2, 1 y 3, 6, 6; *Partidas*, 4, 12, 3 y 5; 13, 26 y 33. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, I, arts. 800-814 y apéndice 1, págs. 381-383 se desespera en buscarle antecedentes, sin que logre hallar sino algunos de menor entidad. ¿Por qué no hace referencia al proyecto? ¿Por qué no se refiere a éste y a los numerosos proyectos que existían y que debió manejar? Del proyecto de 1851 pasa al de 1882, arts. 979-989, y al código civil.

contrario ni aun por confesión o convicción de adulterio, salvo la ausencia del padre o impedimento absoluto de cohabitar con su mujer. Derecho francés, semejante al derecho actual, que más tarde lo adoptó, con cierta conservación de los plazos obstétricos clásicos (137). Después los hijos ilegítimos, con una correcta definición de los naturales, que podía provenir de la Ley 11 de *Toro*.

Los hijos ilegítimos son: 1.º, naturales, si fueron habidos de personas no impedidas de contraer matrimonio entre sí por razón de su estado ni por parentesco al tiempo de la concepción del hijo. 2.º, espurios, si nacieron de mujer soltera o viuda, y no consta el padre; 3.º, incestuosos, si fueron habidos de personas incapacitadas de contraer matrimonio entre sí por parentesco o cuasiparentesco al tiempo de la concepción; 4.º, bastardos, si fueron habidos de personas que al tiempo de la concepción estaban ligadas, a lo menos una, con profesión religiosa o con orden sacro; 5.º, adulterinos, si fueron habidos de personas ligadas, a lo menos una, con el vínculo del matrimonio al tiempo de la concepción (138).

Hay muchos elementos de nuestro antiguo derecho de *Partida* y otros textos, pero también hay modificaciones conceptuales. El reconocimiento de los hijos naturales se concede generoso, por instrumento público o por presunción legal, tal como haber cuidado de su educación o establecimiento, haberle tratado como hijo de palabra o de obra y otros semejantes; la ley prescinde —añade el proyecto— si la madre habitó o no bajo un mismo techo con el padre, vieja cuestión de *Partidas*. La prohibición de investigación de la paternidad, característica de la regulación napoleónica, no se importa, de momento, a nuestra legislación. Se parece a las soluciones de Luisiana en favor de blancos y negros libres frente al padre negro, aunque cambia su redacción (139).

(137) *Proyecto* 1821, arts. 357 y 359, que he unido para definir a legítimos, pues el primero dice: «...nacen de legítimo matrimonio a su debido tiempo», y el otro explica cuál sea éste. El *Code*, arts. 312-315 lo determina respecto de las posibilidades del padre para negar la paternidad. Véase *Austria*, art. 138, así como P. 4, 13, 1 y P. 4, 23, 4.

(138) *Proyecto* 1821, art. 358; los naturales definición de la ley 11 de *Toro*; en general, con modificaciones se recogen antiguas leyes, véase P. 4, 15, 1-2. Sobre las causas para destruir la presunción, más amplio que el francés, menos que el romano: *Si constet maritum cum uxore non concubuisse... alia ex causa*, cualquiera pues: aparte la impotencia, ausencia e impotencia pasajera. Véase TOULLIER, II, 117-151; MALEVILLE, I, 307-329.

(139) *Proyecto* 1821, arts. 361 y 362, véase *Code*, 334-339, *Vaud*, 182-198, *Luisiana*, 226-228. El derecho antiguo, véase P. 4, 15, 6 y 7. Los códigos ilustrados admiten con mayor amplitud, Baviera, Austria, Prusia...

Sobre la cuestión de «si la madre habitó o no bajo un mismo techo con el padre», puede cotejarse con P. 4, 14, 2 que se refería a este caso, si estaba sola la mujer y era honesta.

La legitimación de los hijos ilegítimos —no sólo de naturales como en Francia— es posible por subsiguiente matrimonio según la ley o por concesión real. Los primeros adquieren todos los derechos de los legítimos, salvo la prelación de nacimiento; sólo los adúlterinos quedan excluidos de esta legitimación, mientras el *Code* también se refería a los incestuosos. ¿Por qué no los menciona? ¿Tal vez los autores del proyecto pensaron que si contraían matrimonio era porque habían logrado la correspondiente dispensa? En todo caso, se podía interpretar así que no excluya a los bastardos o sacrílegos. La concesión real se hace sólo para naturales y con expediente en que los padres lo hayan reconocido, y su situación es peor, ya que no tienen derecho de herencia respecto de sus padres si existen hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio (140).

La patria potestad pertenece al padre y en su defecto a la madre. El proyecto lo concede con todos los honores.

Art. 370. Los derechos principales que da la calidad de padre respecto de los hijos legítimos se llaman potestad patria.

Bajo el nombre de padre se comprenden el padre y la madre.

Durante el matrimonio sólo el padre ejerce los derechos de la potestad patria. La madre los ejerce en defecto del padre, por su muerte, ausencia o incapacidad (141).

A continuación un artículo trabajosamente redactado, en donde se especifican todos los derechos de la patria potestad. ¿De dónde surge esta enumeración? Porque no se halla en los códigos extranjeros, y sólo algunas se citaban en el derecho patrio. Quizá el profesor que es Garelly —o todos— van reuniendo de diversos artículos y lugares; desde luego algunas tienen su origen en el *Code*.

Art. 371. Son derechos de la potestad patria: 1.º, el de cuidar y dirigir la educación de los hijos, proporcionándosela dónde y cómo mejor pareciere a los padres; 2.º, el de tenerles en su

(140) *Proyecto* 1821, arts. 364-367, respeta bastante *Code*, 331-333, si bien éste se refiere a incestuosos como excepción. La legitimación por concesión real en los artículos 368-369 del *Proyecto* 1821, el último presente analogía con *Dos Sicilias*, art. 256. Termina con la oblación a la curia, de que J. MAYMÓ Y RIBES, *Romani, et Hispani Juris Institutiones*, 4 vols. Madrid, 1777, I, pág. 123, ya decía «hodie ignota est legitimatio ista»; J. SALA, *Ilustración*, I, 60, al comentar P. 4, 15, 5, dice que «reconocen nuestros intérpretes no estar éste en uso, ni le permite la constitución del Gobierno de los pueblos». Nuestro derecho antiguo, en sus líneas esenciales, en F. R. 3, 6, 2 y 3, 6, 17; P. 4, 15, 4-7 y 9; P. 4, 13, 1; P. 6, 13, 10.

(141) La ley 47 de *Toro* suprimía la patria potestad de los abuelos, con lo que en defecto de padre, pasaba la madre a primer lugar; el poder de la madre, reconocido en F. J. 4, 3, 3, no era demasiado por P. 4, 17, 1-2. Véase S. DEL VISO, *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España*, 3 vols. Valencia, 1852-60, II, 323.

casa a dicho fin, sin que puedan separarse por su voluntad; 3.º, el de exigir obediencia puntual y subordinación de los hijos en cuanto no fuere contraria a las buenas costumbres; 4.º, el de corregirlos de palabra, y aun de obra, moderadamente; 5.º, el de interpelar y obtener el auxilio de la Autoridad pública para los hechos que exijan mayor severidad; 6.º, el de autorizar y aprobar el matrimonio de los hijos en la manera que dispone la ley en el capítulo 1.º, título 1.º de este libro; 7.º, el de administrar y usufructuar los bienes pertenecientes a los hijos (142).

Luego dedica algunos artículos a los bienes de los hijos, en donde han desaparecido los antiguos peculios, unificándolos en una administración y usufructo del padre; solución sencilla, quizá poco justa para los menores de veinticinco años que todavía se hallen bajo la potestad paterna, pues serán de su usufructo los «precios de jornales o de cualquier otra industria que el hijo ejercitare; los sueldos o gratificaciones por el empleo que tuviere de cualquier clase; las pensiones, réditos de censos o vitalicios...» (143). Trae también las normas de intervención de la autoridad respecto de los hijos y las correcciones que pueden imponerles. Y, a continuación, otro artículo, el 376, sigue enumerando los derechos de los padres, como si se hubiera roto la anterior y se completase ahora. Pero distingue éstos, porque se deben a la paternidad, no a la patria potestad.

Art. 376. Asimismo son derechos de los padres: 1.º, el de exigir respeto y reverencia esmeradísima de los hijos de palabra y obra. 2.º, el de no ser reconvenidos civilmente en juicio por los hijos sin que preceda la venia por la Autoridad pública, la cual venia se obtiene por cláusula especial del Alcalde ante quien se hace la conciliación, después de intentada ésta sin fruto; 3.º, el de no ser reconvenidos nunca criminalmente por los hijos; 4.º, el de reclamar alimentos de los hijos en los casos y términos que expresan los artículos 326, 327 y 329 de este Código.

(142) Pueden rastrearse muchos de sus elementos en *Code*, arts. 371-377, 384; que se recoge en *Dos Sicilias*, 220, *Luisiana*, 236, 238, 239, *Cerdeña*, 212 ss., etc. Es demasiado general, J. BENTHAM, *Principios*, II, 190-192, que remite a tutela 183-189, y *Tratados*, III, 182-188. Sobre juicio, P. 4, 17, 11.

Los artículos 372 y 373 sobre corrección de los hijos, *Proyecto* 1821 se hallan inspirados en *Code*, 372-373 y 380. Véase P. 4, 18, 18 y P. 7, 8, 9.

(143) *Proyecto* 1821, art. 375, en general 374-375. Esta máxima simplificación no corresponde al romano ni al nuestro de *Partidas* 4, 17, 5 a 7; P. 5, 13, 24; P. 6, 15, 3-5; ni a F. R. 3, 4, 7 o leyes 47 y 48 de *Toro*. El *Code*, arts. 384-387 mayor distinción de situaciones, no concede el goce o usufructo de los adquiridos por industria del hijo o legados con esta condición; y estas fórmulas siguen en *Dos Sicilias*, 291-310; *Cerdeña*, 223-232, y aun en nuestro código civil vigente.

Los derechos hereditarios de los padres respecto de los hijos se determinan en el libro tercero de este Código (144).

Estos derechos son de por vida, no sólo respecto de hijos menores. Estas enumeraciones parecen agradaarle a Garely: el artículo 377 es como el reverso de los anteriores, señalando las obligaciones a que están sujetos los padres.

Al final de este apartado se refiere nuestro proyecto a los modos de acabar la patria potestad, como aquella rúbrica clásica de la *Instituta*. Los códigos europeos no la aceptaron. Distingue entre modos de acabarse —muerte de los padres, matrimonio, emancipación y mayoría de edad de los hijos—; y de disolverse, por segundas nupcias de la madre o por muerte civil, señalada por el código penal. El resto del capítulo se refiere a la emancipación de los mayores de veinte años, por el padre, o en su caso por la madre, prestando éstos su consentimiento y otorgada por instrumento público. Requisito para ello es que sea el hijo varón. También el rey puede con justa causa conceder la emancipación, aun contra la voluntad de los padres. Es justa causa, «la conducta arreglada del hijo, teniendo al mismo tiempo conocida habilidad para dirigir una labranza u otro establecimiento industrial, o si fuese sobresaliente en alguna profesión u oficio para subsistir sin el auxilio de los padres...» (145).

«El hijo que saliere de la potestad patria tiene derecho a que se le entreguen los bienes propios que los padres usufructuaban; y queda habilitado para administrarlos y disponer de ellos libremente», exclama el proyecto con optimismo en su artículo 384. Está pensando en la emancipación o en otras formas de salir de la autoridad paterna, pero a algunas no le es aplicable, pues puede ser menor y morir los padres o la madre pasar a segundas nupcias, en cuyo caso pasaría a tutela o curatela. Pero estos deslices técnicos apenas importan para la valoración positiva de la obra de los liberales de la legislatura del trienio.

(144) *Proyecto* 1821, 376, se entiende mejor con el 385: «acabada o disuelta la patria potestad no se acaban ni disuelven los derechos expresados en el artículo 376 de este Código». Reconozcamos el esfuerzo doctrinal de GARELY, espigando, reuniendo y ordenando materiales; al menos, de momento, parece suya. TOULLIER, le pudo servir de sugerencia, II, 286-302.

(145) Me refiero a I, 1, 12, *Quibus modis jus patriae potestatis solvitur*, que corresponde a P. 4, 18, 1 ss., y se encuentra en nuestros tratadistas, J. SALA, *Ilustración*, II, 22-24; I. ASSO y M. DE MANUEL, *Instituciones*, 74 s.

Sobre la emancipación, *Proyecto* 1821, arts. 381-384, cita del último; *Code* 476-477 y 388, acerca de la discusión, MALEVILLE, I, 481-482, para señalar la edad para emancipar, instrumentos públicos; P. 4, 18, 15-17, establecía requisitos de consentimiento y declaración del juez ordinario, incluso *Nov.* 10, 5, 4 se requiere participación del consejo de Castilla; el proyecto simplifica con instrumento público. En *Vaud*, 284-285 también se hace judicialmente. Véase P. 4, 18, 18, como antecedentes posibles de *Proyecto* 1821, arts. 382-383.

De la tutela y curatela

Como en patria potestad, por tratarse de derecho de familia, se ciñe el proyecto al derecho tradicional, con sólo algunos matices del derecho europeo. No acepta del *Code* considerar el cuidado y administración del padre y la madre como tutelas; ni tampoco su unificación de las dos figuras clásicas de la tutela y la curaduría. En cambio, el situar la edad de los veinte años para salir de la tutela, restringe indudablemente el antiguo período que los menores estaban sujetos a curador; y el proyecto opta por suprimirlo para menores. Por fin, las complejidades del tutor subrogado y del consejo de familia galos no gustan a nuestros compatriotas (146).

El artículo 386 define la tutela como «el encargo de cuidar y proteger las personas y los bienes de los célibes menores de veinte años, huérfanos de padre y de madre». Y aclara que se entienden también por huérfanos, cuando la madre ha pasado a segundo matrimonio (147). Después, con toda naturalidad, une la tutela legítima con la dativa, diciendo que la tutela se defiere a persona o personas determinadas o por voluntad de los padres o por disposición de la ley» (148). La tutela testamentaria, la clásica romana, había quedado reducida en nuestro derecho, limitada al padre con exclusión de la posibilidad de nombrarla el abuelo. Por lo demás, la equiparación en patria potestad de la madre, facilitaba que ésta también pudiese nombrar en testamento, cuando fuera viuda y no hubiese nombrado el padre (149). La tutela por ley, unía la legítima y la dativa.

Se llamaba por ley a los abuelos paternos y maternos, varones y hembras o al que ellos existiere. A falta de ellos, a los parientes más cercanos por ambas líneas, mayores de veinticinco años, por el orden legal de sucesión. A falta de alguno de estos parientes, se nombra por el alcalde, regidor más antiguo y procurador síndico. Esta llamada tan amplia recuerda *Partidas*, pues los códigos modernos tendían a limitarla. El proyecto nuestro sigue líneas antiguas, pero se pronuncia por la unicidad de tutor —con alguna salvedad— que parecía criterio más certero.

(146) He procurado resumir la regulación de esta parte, ya que su estudio lo hice hace unos años, M. PESET REIG, «Antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el código civil español», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XLVII, (1971), 297-354, donde puede verse con mayor detalle.

(147) Definición que sigue a P. 6, 16, 1. Es curioso el juego técnico para respetar la definición, dando por tal al hijo de madre de nuevo casada.

(148) Art. 387 del *Proyecto* 1821, P. 6, 16, 2 y 3.

(149) Ver el antiguo supuesto en P. 6, 16, 6 —y la ley 8 para extraño—. S. DEL VISO, *Lecciones...*, II, 324. El *Code*, permitía hacerla fuera de testamento en el art. 392; pero *Proyecto* 1821, art. 389 es terminante, conforme al derecho romano, que exige testamento o codicilo.

La ley no reconoce más que un tutor —preceptúa el artículo 419—... Si hubiera muchos nombrados por los padres, o si fueren muchos los parientes llamados a la tutela o curaduría, deben convenirse entre sí para designar la persona que haya de ejercer el encargo; y si no se convienen se hace esta designación por el Alcalde... (150).

No obstante, en recuerdo de la tradición anterior, se admite, que si los bienes son cuantiosos podría nombrarse por los padres o por la autoridad pública tutor para distrito cierto (151). La intervención de los alcaldes y ayuntamientos en todos los actos de nombramiento, aceptación, juramento, fianza y discernimiento de la tutela, es peculiaridad. *Partidas* apuntaba hacia los jueces y el código francés también, juntamente con el consejo de familia. ¿Por qué razón? Hay una confianza en los órganos administrativos, por su mayor cercanía a las personas y no tratarse de cuestiones litigiosas. Sin duda la organización de los municipios constitucionales y la ampliación de sus funciones era una tendencia liberal, que el proyecto acepta en numerosos lugares (152).

Por su lado la «curaduría es el encargo de proteger y cuidar los bienes y aun las personas en su caso, de los mayores de veinte años huérfanos, y de los mayores de veinticinco libres de la potestad patria paterna, cuando unos y otros se hallan incapacitados de administrar sus cosas por algún impedimento físico o moral» (153). El artículo citado requiere doble lectura para hacerse cargo de su significado, es redundante; pudo haberse referido a los mayores de veinte años no sujetos a patria potestad que se hallan incapacitados... La tutela termina a esta edad, la patria potestad a los veinticinco, luego, fuera por orfandad o por haber alcanzado esta edad última, se requería un complemento, una guarda para los locos, los mentecatos y los disipados o pródigos, declarados como tales por el juez. Cualquiera puede pedir que se nombre curador para el incapacitado, y ésta recae —con gran analogía con tutela— en la mujer, hijos, abuelos y parientes, o, en último término, se

(150) *Proyecto* 1821, art. 419, arts. 390-393. Véase P. 6, 16, 9 y 12; la unidad de tutor, *Code*, arts. 402-419 al que siguen sus descendientes; también *Austria*, 189, 196-197. Véase TOULLIER, II, 331-334.

(151) *Proyecto* 1821, art. 420; el caso de varios jueces que pueden dar tutores, que se reducen a uno, ya estaba solucionado en época anterior por la doctrina en la interpretación de P. 6, 16, 12, como puede verse en J. SALA, *Ilustración*, I, 71 s.

(152) Véase *Proyecto* 1821, arts. 393, 421-422, 407-413, 417-419; recurso al jefe político 409 y 412. La solución del *Code*, arts. 405-426 es sobre el consejo de familia; sobre su origen MALEVILLE, I, 401-406. Sobre la importancia de los órganos locales, en *Constitución* 1812, arts. 275, 282-285, 309-323; la organización desde el decreto de 23 de mayo de 1812, *Colección de decretos*, II, 221-224; o el de 7 de octubre de 1812, III, 99 en que se confiere jurisdicción civil y criminal; no parece haber encargo concreto en el decreto de 23 de junio de 1813, IV, 105-126.

(153) *Proyecto* 1821, art. 394.

nombra por alcalde y ayuntamiento (154). Al extender el período de la tutela hasta los veinte años, esta distribución resulta lógica. Antes cesaba el tutor cuando el pupilo cumplía los catorce y comenzaba la curatela de menores, y los mayores de veinte —y aun de dieciocho— podían pedir la propia administración. Alargado el tiempo de la tutela, no tenía sentido la curatela de menores y se deja esta institución para incapacitados (155).

De otro lado, se continúa la regulación conjunta de ambas guardas, como ya estaba en *Partidas* y también —menos decidido— en los códigos modernos. Su nombramiento recae en la mujer e hijos mayores con preferencia y después serán nombrados curadores los padres, abuelos y parientes por las reglas establecidas para tutores. Incluso los padres pueden nombrar curador en su testamento, si no tuviesen mujer o hijos mayores los incapacitados (156).

Las causas que exoneran o excluyen de la guarda de menores o incapacitados, reflejan nuestro derecho anterior, si bien remozando y poniendo al día las viejas disposiciones de *Partidas*. Cuando *Partidas* dice que no pueden serlo los que están al servicio del rey, el proyecto moderniza referido a los secretarios de despacho, a los jefes políticos, jueces de primera instancia, militares... El *Code* había dado ejemplo en este sentido y retocado algunas causas. Unos artículos acerca del procedimiento para solicitar ante los alcaldes la exclusión o exoneración completan el capítulo (157).

En la regulación de la actividad del guardador el proyecto examina las distintas fases: primero, la admisión en la tutela y curaduría; después, el ejercicio de estas funciones y, por último, la extinción y cese en ellas. El nombrado tutor o curador debe aceptar con palabras expresas el cargo y jurar su buen y fiel desempeño, así como dar fiadores para sus resultas, salvo que fuere el cónyuge o pariente en línea recta del menor o incapaz, o hubieren sido nombrados por los padres. El alcalde, a continuación les discierne el cargo y entran en el cuidado de la persona y bienes del protegido, realizado previamente el inventario de sus bienes. Posee los mismos poderes que los padres y sus mis-

(154) *Proyecto* 1821, arts. 395-397 y 400; el *Code*, los trata aparte como interdicción, arts. 489-512 para incapaces, y arts. 513-515, como consejo judicial para los pródigos. *Cerdeña*, 369 los une; otros conservan la unión de la curatela para menores, ausentes..., *Austria*, 269-270, *Vaud*, 288.

(155) Véase P. 6, 16, 13, así como algunos requisitos en *Nov.* 10, 5, 7; 10, 5, 34 y 4, 4, 6. En la glosa de GREGORIO LÓPEZ al primer texto, se habla de la curatela para pródigos, sordos, mudos y con enfermedad perpetua; con esta ampliación puede verse, junto sobre menores, *Luisiana*, art. 409, y el citado de *Austria*, 269-270.

(156) *Proyecto* 1821, arts. 398-401. Compárese con P. 6, 16, 13 y *Code*, 505-506, con preferencia del cónyuge, no sólo de la mujer, el 509 establece la referencia a disposiciones sobre la tutela.

(157) *Proyecto* 1821, arts. 403-404, procedimiento 406-412; mientras la desempeña un tutor interino, 413. P. 6, 16, 14 y 4; P. 6, 17, 2 y 3; sobre procedimiento, P. 6, 17, 1 y 4. *Code*, 427-449; *Luisiana*, 312-321.

mas obligaciones (158). Los tutores y curadores poseen facultades de administración sin poder disponer de inmuebles ni los muebles que pueden conservarse sin menoscabo, salvo casos especiales, con intervención del juez de primera instancia y en pública subasta. En esta zona la dependencia con el código francés se hace más transparente. El artículo 431 del proyecto, por ejemplo, resume una serie de disposiciones francesas, sigue sus pautas.

Se entiende por enajenación prohibida al tutor o curador todo acto de venta, permuta, donación, cesión, imposición de servidumbre o hipoteca; la tolerancia de la prescripción, la transacción, el desistimiento de un pleito, la renuncia de una herencia y, en general, todo desprendimiento absoluto y todo gravamen afecto a las cosas (159).

Como en aquel código, incluso con mayor amplitud, venida de *Partidas*, continúa la restitución por lesión respecto de menores.

La protección de menores, pródigos y alienados cesa —según el proyecto— por cumplir veinte años o contraer matrimonio, y, en las dos últimas categorías, por haber cesado el impedimento o incapacidad. Por parte de los tutores y curadores, por razón de muerte natural o civil, por la exclusión o exoneración previas y por revocación, caso de haberse hecho sospechoso durante el desempeño de la guarda. De nuevo aquí, muy nítida, una línea de influencia de *Partidas*. Y termina con extensa relación de las cuentas de la tutela y curatela, con mayor desarrollo que el código francés; se especifica cómo han de hacerse, qué partidas han de estar documentadas, la responsabilidad y posible resarcimiento del tutor, la intervención del procurador síndico en ellas, etc.; también fija la remuneración del tutor o curador entre el 4 y el 10 por 100 del producto anual de los bienes (160). En suma, nos queda la convicción que Garely y los redactores no pretendieron separarse excesivamente del derecho propio en punto a tutelas. Traen cosas del código francés, detalles y mejoras, pero no su esquema fundamental. Hay una cuña de influencia francesa, pero manteniendo el espíritu y estructura de las viejas *Partidas*, como en tantos otros lugares del proyecto.

(158) *Proyecto* 1821, arts. 414-418, 421-423; inventario en P. 6, 16, 15 y 6, 18, 1, *Code*, 451, el 450 responde al 423 del proyecto.

(159) *Proyecto* 1821, arts. 424-437, cita del 431, que se relaciona con *Code*, 457 y 463-467; para los otros artículos pueden verse los arts. 450, 457, 1.º y 2.º, 459, 468, etc.

(160) *Proyecto* 1821, arts. 435-454, en donde la influencia del derecho tradicional se mantiene, P. 6, 16, 21; 6, 17, 4; 6, 18, 2 y 3. Pero el *Code* está también presente, por ejemplo en el art. 444, además de P. 6, 16, 21 debe considerarse *Code* 469 y 471. Repito que por razón de mi artículo «Los antecedentes de la unión...» —citado en nota 146— he prescindido de un estudio más detenido de las tutelas.

Un final sorprendente

La última parte del libro segundo nos sorprende ciertamente. Nadie esperaba encontrar un planteamiento de las relaciones sociales, entre superiores y dependientes, entre ricos y menesterosos, en este lugar, sino más bien —como en el *Code*— en materia de contratos. ¿Por qué se hizo este traslado?

La influencia de Bentham es fundamental para la sistemática, esto es evidente. El *Code* —y sus sucesores también— se había limitado a colocar algunos artículos sobre el arrendamiento de servicios de domésticos y obreros. Con el espíritu del liberalismo burgués, dejaba estas relaciones al libre juego del mercado.

Art. 1.780. On ne peut engager ses services qu'à temps ou par une entreprise déterminée.

Art. 1.781. Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages ; —Pour le paiement du salaire de l'année échue : —Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante (161).

En definitiva, que con un par de artículos en que prohibía las esclavitudes o situaciones serviles y afirmaba el mayor poder probatorio de los amos, dejaba el asunto resuelto. Era el espíritu liberal. Pero la influencia de Bentham iba a trastocar la normativa de las relaciones domésticas y laborales del proyecto. El inglés comulga con la ventaja de dejar libremente estas relaciones, huye de las complicadas regulaciones. Ataca fuertemente la esclavitud y no admite que el jornalero libre se encuentre en situación semejante, aunque trabaja por recompensa; destaca que cuanto gana es suyo y tiene cierta seguridad real. Su comentarista Salas resume así su pensamiento:

Los derechos y deberes anexos al estado de amo y criado dependen absolutamente de las convenciones de los interesados que deben observarlas, y esto es todo lo que puede decirse de este estado, si se prescinde de la esclavitud; pero Bentham habla también en este capítulo de los aprendices, que en parte son criados y en parte pupilos de sus maestros: criados por los servicios que hacen a sus maestros y pupilos por el cuidado que los maestros deben tener de la conducta y de la educación de sus aprendices.

Con este motivo hace Bentham una crítica muy justa de los reglamentos de aprendizajes y maestrías que dan a un cierto núme-

(161) Los demás códigos también optaron por la limitación de este punto, por la libertad o el vacío jurídico en las relaciones entre patronos y obreros. Los franceses discutieron si cabía aportar testigos: «On répondit que l'offre de preuve ne devait pas être reçue», MALEVILLE, III, 473.

ro de hombres, individuos de una corporación, el derecho exclusivo de trabajar en cierto oficio. Smith ya demostró, antes que su compatriota Bentham, que semejantes reglamentos no pueden dejar de estorbar los progresos de la industria hacia la perfección, porque quitan el estímulo del interés individual (162).

Los redactores de nuestro proyecto fluctúan entre el nuevo liberalismo aceptado en el *Code*, que dejaba el libre juego de fuerzas sociales desequilibradas, y el deseo de precaver y regular mínimamente las relaciones. Atendía a Smith y a Bentham, pero quería proteger a los aprendices y a los trabajadores, sin ceñirse tan sólo a la libre convención. Quizá la antigua regulación gremial desaparecida le disgusta, pero no dejan de ver los riesgos ciertos de una nueva época. La igualdad no es fácil de implantar, salvo en los textos de las leyes.

La Comisión, contraída al presente título, no apartó de su vista las bases constitucionales de igualdad ante la ley y de una libertad justa; pero no se ha entregado a teorías seductoras, que destruirían en su raíz la envidiable paz doméstica y que desacreditaría bien pronto la experiencia si llegasen a ensayarse. El pobre bracero, el sirviente doméstico, que reciben su sustento de otro, aunque sea en cambio de su trabajo, de hecho están desnivelados y en una posición inferior a la de aquel que los emplea. La Constitución ha conocido y consagrado esta verdad amarga, si se quiere, pero que no es por eso menos cierta, ni menos inevitable, pues que está en la naturaleza misma de las cosas. Todo cuanto puede hacer la ley es neutralizar y templar el funesto influjo del rico sobre el menesteroso, del superior sobre su dependiente. Los artículos de este título se dirigen a establecer este equilibrio (163).

No puede negarse a Garely clarividencia, ni tampoco buena intención en sus palabras. Intenta poner orden —un orden desde los superiores o amos— en unas relaciones domésticas y agrícolas. Las relaciones de producción industrial no aparecen todavía; por aquel entonces se habían registrado los primeros movimientos obreros en Alcoy, pero la quieta superficie de las relaciones jurídicas no sufre cambios. Junto a domésticos y jornaleros, algunos artículos dirigidos a regular la situación de los aprendices. El artículo 455 define como superior «a quien se presta bajo su mando un servicio diario por otra persona, y al que dirige la educación o da alguna enseñanza moral, científica, artística o industrial a los jóvenes o adultos». A pesar de sus imprecisiones, es claro que no está pensando en los establecimientos de enseñanza, que se rigen por el recién aprobado reglamento general de 1821, sino más bien a

(162) J. BENTHAM, *Tratados*, III, 141 s.

(163) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 24.

la enseñanza laboral. Reconoce como válidos los convenios de los padres y tutores para la educación o aprendizaje de sus hijos o menores. Por él se rigen estas relaciones, sujetándose el pupilo o aprendiz a la dirección y corrección paternal del superior. El convenio se disuelve por incorregibilidad del pupilo, comunicada al padre o tutor por tres veces, o bien por la dureza y crueldad del superior, su indolencia o distracción grave... El superior aparece obligado a pagar al aprendiz, lo que nos descubre que nos hallamos ante un contrato de aprendizaje (164). Pero vayamos al otro tipo, al contrato laboral que pugna por alcanzar su tipología en estos años primeros de la codificación española.

Nuestro proyecto es extenso, doctrinal, quiere —según vimos— atenuar un tanto la desigualdad existente. Reconoce por válidos los convenios entre partes por los que «se obliga uno a prestar a otro un servicio personal honesto, o gratuitamente, o en virtud de recompensa determinada que tiene un valor» (165). Son temporales, pues todo convenio perpetuo es reprobado por la ley. Convenio libre, que «en cuanto constituye tácita sociedad de trabajo por una parte y por otra de su remuneración, se disuelve por la separación de una de las partes». Si se concierta por tiempo determinado, quien se separa debe indemnizar a la otra parte, a no ser que hubiera alguna falta en cosa sustancial, en cuyo caso la otra parte tiene derecho a retirarse, acreditando la violación del convenio. Igualdad buscada, libertad bien entendida que favorecía a las partes más fuertes. Pero estos eran los principios liberales que la burguesía maneja en su acceso al poder. Ciertas referencias a la humanidad del superior, cierto acercamiento a líneas de paternidad y filiación, pretenden limar las realidades. Ciertas limitaciones en el despido: los convenios sin tiempo determinado se disuelven libremente por cualquiera de las partes; ahora bien, si es a jornal debe notificarse el día anterior, si el superior despide dentro del día le pagará la jornada por entero —y si se despide el dependiente de esta manera también pierde su jornal—. Los contratos a cierto tiempo, obligan a indemnizar a quien los quebrante (166).

Obligaciones y derechos. Determinación de la prestación y el pago «El superior tiene derecho a la dirección del trabajo y a la corrección verbal»; «El superior debe humanidad y buen trato al dependiente. El dependiente debe respeto y subordinación al superior. En los casos dudosos se decide en favor del respeto y la subordinación». ¡Curiosa regla, acorde con la época! «El trabajo de los dependientes —sigue el proyecto— tiene la extensión que se expresare en el convenio. En su

(164) *Proyecto* 1821, arts. 455, 470-476, el último refiere a las leyes de instrucción de colegios y establecimientos públicos; la idea de estructurar el contrato de aprendizaje procede de BENTHAM, *Tratados*, III, 138 s. y *Principios*, II, 167.

(165) *Proyecto* 1821, art. 456, que puede inspirarse en *Code*, art. 1.710 bien que en éste no cabe la gratuidad. La prohibición de perpetuidad si procede de *Code*, 1780.

(166) *Proyecto* 1821, arts. 457-461, el citado literal del 458.

defecto la ley señala la de sol a sol para los braceros a jornal, con inclusión del tiempo necesario para ir y volver, y para los sirvientes domésticos la que determinen hombres buenos...» (167). Pero especialmente el proyecto se refiere al pago del jornal. «El superior tiene la obligación de pagar lo estipulado a los plazos y en la forma del convenio. En defecto de esta ley señala el fin del día para los braceros a jornal y el del mes para los sirvientes domésticos con salario». Pero si en los convenios no se hubiese fijado el jornal o salario, lo determinarán dos hombres buenos del lugar, nombrados por las partes y un tercero en discordia por el alcalde. La dilación produce acción ejecutiva y, el pago no satisfecho, causa réditos legales (168).

En suma, un deseo de regular las relaciones laborales en un tiempo en que sucumben los gremios y se deja al libre juego de las partes la determinación de los contratos de trabajo. Una época nueva, en donde los redactores del proyecto, con mucha doctrina y buenas intenciones, intentan remediar un tanto la situación de las clases agrícolas y de los servidores. El intento es interesante, aun cuando no se trasmite a la legislación posterior del XIX.

El libro tercero que no se redactó

Antes de poner el punto final a estas páginas, haré algunas precisiones sobre lo que debía haber sido la parte de propiedad y derechos reales, obligaciones y contratos, aspectos económicos de la familia y sucesiones. Apenas quedó un índice, unas páginas del discurso preliminar... Y significaba buena parte de la materia civil, aunque con engañosa sistemática parece que el truncado proyecto había redactado dos, de los tres libros. La sistemática propuesta era esta:

Libro III

De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas.

Tít. I. De las cosas.

Tít. II. De los títulos legales para la adquisición primitiva de la propiedad sobre las cosas.

Tít. III. De la protección de la propiedad.

Tít. IV. De los gravámenes de la propiedad.

Tít. V. Del traspaso de la propiedad total o parcial sobre las cosas; o sea de los contratos en general.

(167) *Proyecto* 1821, arts. 462, 467 y 468, el primero remite la corrección de menores a los derechos del padre de acudir a la autoridad, etc.

(168) *Proyecto* 1821, arts. 463-467, cita del 463.

Tít. VI. De los contratos en particular.

Tít. VII. De las transacciones.

Tít. VIII. De los títulos legales para el traspaso de la propiedad después de los días del propietario.

Tít. IX. De la prescripción (169).

Nada menos había de contener los libros segundo y tercero del *Code*; incluso parece que en los últimos títulos se ha simplificado en demasía. ¿O acaso el régimen de la propiedad les producía mayor interés y cavilaciones, que su posterior trasmisión *mortis causa*?

La propiedad dejaría de serlo, si la ley no la amparase contra los ataques de los perturbadores de cualquier clase. La sociedad entera se constituye fiadora del propietario y emplea todas sus fuerzas para asegurarle en el expedito uso y aprovechamiento de su propiedad. Por esta razón se llama *sagrada*, o como si dijésemos inviolable; porque la ley la protege como un sagrado, al que nadie puede llegar sin atacar las bases de la sociedad (170).

El tono general y de principios que preside el discurso general en la parte dedicada a propiedad y demás derechos de carácter patrimonial, hace pensar que no se hallaba redactada, tan sólo se preveían unos títulos, unos contenidos. La sistemática del *Code* y algunas lecturas e ideas usuales en la época les sirven a quienes escribieron el proyecto. Tras la propiedad sagrada, sus limitaciones o gravámenes, bajo el concepto de servidumbres públicas y privadas, luego el traspaso de la propiedad en vida, por voluntad del dueño. Sigue en el terreno de los principios genéricos.

La propiedad radicada en una persona puede transmitirse a otras en todo o en parte; pero para ello se necesita la anuencia o consentimiento del propietario, bien sea expreso, como sucede en los contratos y testamentos, o bien tácito o presunto, como en los casi contratos, delitos y casi delitos, en las prescripciones y en las sucesiones intestadas. En último resultado se verifica el concurso de su voluntad literal, o de la que la ley pronunció anteriormente en su nombre. La libertad individual, la de la propiedad y el interés de multiplicar y subdividir la riqueza pública exigen que el legislador prescriba reglas para los traspasos de la propiedad, debiendo servirle de base los siguientes principios: «Proteger una anchurosa libertad, corregir los fraudes, los extravíos y las preocupaciones funestas» (171).

(169) *Proyecto* 1821, pág. 96.

(170) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 25.

(171) Discurso del *Proyecto* 1821, pág. 26.

Esa generalidad, se reduce un tanto al tratar de los contratos; se establecería un título general y, después, se contemplaría cada uno en particular. El orden y los que pensaba colocar, parece extraído del código francés, aun cuando en algunos se plantea la posibilidad de colocación en dos o más lugares —sociedad conyugal, mandato, fianzas... Incluso piensan tener en cuenta algunos «que trataron nuestros *Códigos* antiguos y no pueden omitirse en el presente, porque versan sobre objetos conocidos y de interés que debe reglar la ley» (172). Nada dice, quizá sean censos u otros contratos agrarios.

Con cierta originalidad de sistemática, distribuye sobre el quicio esencial de situaciones *inter vivos* y *mortis causa*, las instituciones civiles. Deja para el final el tratamiento de sucesiones, que presentan variedades forales. Aunque no piensan recogerlas, ni deciden por cuál se inclinarán.

Sin salir de España para recorrer la legislación antigua o moderna de otros países, sin remontarse dentro de la misma España a tiempos lejanos, presentan hoy día un cuadro muy variado en esta parte sus diferentes provincias, en medio de la unidad de principios políticos. Navarra, las provincias Vascongadas, Aragón, Cataluña e islas Baleares se diferencian de las Castillas en el particular, mucho más que en su clima y producciones.

La Comisión ha meditado detenidamente la materia, y aunque el artículo 258 la autorizaba para dictar modificaciones locales, creyó no debía adoptar otra que la de toda reforma saludable, la de «no dar un efecto retroactivo» (173).

Con eilo —creen— se preserva la felicidad común, pero debe buscarse además la total uniformidad, que, por el momento, ve tan sólo en sus principios; la comisión buscaría la educación y fomento de la generación naciente, de las justas esperanzas a que dan lugar los vínculos de naturaleza, matrimonio, amistad y servicio, contener la discordia, el capricho o la imaginación... Incluso presenta algún principio con mayor contenido, tales como la máxima subdivisión de la propiedad —deseo bueno que recubre también la desamortización— o el estrechar los lazos de la subordinación doméstica, como taller en donde se labra la subordinación a la ley y sus agentes, sin la cual no hay sociedad (174). En suma, no se terminó el libro tercero, que tanto podía habernos ilustrado sobre las ideas e intereses de aquella sociedad liberal que estaba naciendo.

(172) Discurso del *Proyecto* 1821, pág. 27.

(173) Discurso *Proyecto* 1821, pág. 28 s.

(174) Discurso *Proyecto*, 1821, pág. 29, véase sobre transacción 27 s., prescripción 30 s. Al fin de los artículos, en la pág. 94, aparece una nota: «El libro 3.º de la 1.ª parte de este Código se publicará en cuaderno separado». Nunca llegó, pues la demora lleva a la restauración de 1823, sobre la que puede verse M. y J. L. PESET REIG, «La legislación contra liberales en los comienzos de la década absolutista (1823-1825)» *Anuario de historia del derecho español*, XXXVII (1967), 437-485.

VI. CONCLUSION

A la hora de concluir este estudio, he de intentar extraer el sentido del proyecto de código civil de los liberales del trienio. ¿Qué significa aquel esfuerzo en el campo civil? ¿Mero deseo de ponerse a tono con otros países o la necesidad de adecuar la legislación española a los tiempos nuevos? Decía en el preliminar, referido a la ley y su interpretación.

El legislador puede y debe minorar su ominosa arbitrariedad, anticipándose a practicarla por sí en cuanto sea posible, como se ha hecho en algunos códigos modernos de la culta Europa..... Puede y debe corregir sus extravíos y encerrarla por aproximación dentro de su círculo natural, que es el de una buena gramática y una lógica exacta. Y lo conseguirá sin violencia, si por su parte se limita a legislar sobre todos los objetos que reclaman su atención; si lo ejecuta tomando el verdadero punto de vista de las cosas, que es el mínimo de los sacrificios y el máximo de las fruiciones, de donde resulta la mayor suma de pública prosperidad; si se explica por principios, con claridad, precisión y coherencia (175).

Así, de pasada, se indican deseos de nivelarse con los códigos modernos y dar nueva legislación que asegure la buena convivencia y la prosperidad de la España liberal. Para ello, los nuevos dominadores ven necesario desprenderse de los viejos cuerpos legales y alcanzar una regulación de la vida española más cercana a sus ideas e intereses. Quienes apoyan el régimen liberal son muy otros de quienes habían vivido bajo la ley de *Partidas*. El círculo de los poderosos —tan estricto en el antiguo régimen— parece ampliarse a todos los ciudadanos a través de la representación y los poderes consagrados en la constitución. Respeto al texto de 1812 y desarrollo de sus preceptos es el primer principio del proyecto. Se mueve en una desigualdad diversa a la existente en siglos anteriores. Desigualdad de ricos y pobres —no de nobles y villanos—, desigualdad de amos y criados o dependientes, inferioridad de mujeres, de rentas, de educación... En cambio, a pesar de que se refería a América no aceptó los principios esclavistas en su seno, como todavía algunos códigos de su época.

Representación y gobierno por las leyes. Uniformidad que no admite los derechos forales, ni los usos y costumbres contra ley, que podían impedir el moldeamiento social de la nueva época. Los españoles poseían unos derechos en cuanto personas, además de los ciudadanos. La

(175) Discurso preliminar *Proyecto 1821*, pág. 14-15.

primera tabla de los derechos del hombre, contenida en la constitución, se ampliaba: libertad de la persona y las opiniones, propiedad, igualdad, seguridad... Pretensión de un código completo que abarque aspectos políticos y públicos.

Por desgracia, la parte económica del código civil no llegó a redactarse. Desde ella podíamos haber entendido mejor las ideas e intereses del segundo período liberal, acerca de lo que piensa la burguesía que se enfrentaba al absolutismo. Falta la regulación de la propiedad, sucesiones, contratos... Pero otra gran institución puede entenderse desde este fragmento de la codificación española, la familia en sus relaciones personales. El poder notable del padre, pues si a la madre se le concede bastante, siempre la subordina y limita el cónyuge varón. Los hijos se encuentran decididamente sometidos hasta los veinticinco años, si bien, comparado con la legislación anterior, no puede menos de reconocérsele cierta flexibilidad, mayores tolerancias. Mas no en materia económica, ya que sus bienes están más sometidos al padre que en la tradición romanista. Por fin, interesa observar que los parientes rodean todavía el círculo familiar estricto y, a falta de padres, dejan notar su influencia.

El matrimonio es base indiscutida para los derechos de los hijos. Sólo los legítimos o legitimados por matrimonio gozan de situación plena. Los naturales no consiguen demasiado, aun cuando no podemos juzgar de lo que les concedería en lo económico. Los adoptivos ni siquiera se mencionan. En materia matrimonial —como en otras— se marca la distancia con la iglesia, pero sin alcanzar la separación como en Francia. Se refiere a los aspectos civiles con resalte de la intervención del estado, continua, creciente... La instauración de un auténtico prematrimonio civil ante el alcalde indica esta tendencia. El estado se inmiscuye cada vez más en la vida de los naturales, el derecho se hace cada vez más minucioso, los controles liberales aumentan en todos los sectores.

Estas son las líneas esenciales de la regulación de aquel proyecto que no llegó a tener vida jurídica. Buena sistemática, doctrinarismo en las definiciones y divisiones, esfuerzo por mantener la propia mente en una época de afrancesamiento general. Obra de un jurista preclaro, Nicolás María Garelly, y una comisión; eslabón primero de nuestra codificación civil, que es preciso sea estudiada —que se continúe esta primera aproximación— por dos razones principales. La primera para comprender realidades y preceptos aún vigentes en España, los antecedentes del código civil de 1888-1889. La segunda para adjuntar a la historia del siglo pasado nuestra codificación; porque las constituciones y los códigos permiten entender mejor el juego de las realidades, intereses y designios de los liberales. Textos, principios inspiradores y coactivos con que las élites en el poder manifiestan sus intenciones de cambio en la España decimonónica.