



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 061 963 518



HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 9 1908

REVISTA DEBENT

DEBENT

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS

3467

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA;

(CONTINUACION DEL DERECHO MODERNO.)

publicada por

D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA Y D. JOSÉ REUS Y GARCÍA,

con la colaboración

DE NOTARIOS JURISCONSULTOS Y PUBLICISTAS.



AÑO OCTAVO.

TOMO XVI.

Primer semestre de 1860.

SPA
806
REUS

MADRID.—1860.

IMPRESA DE LA Revista de Legislacion, A CARGO DE JULIAN MORALES,
calle de los Abades, número 20, piso bajo.

OCT 9 1908

SECCION DOCTRINAL.

ENSAYO HISTÓRICO-FILOSÓFICO-LEGAL

SOBRE EL DUELO.

La severidad de las leyes represivas del duelo es y será siempre insuficiente para proscribir una costumbre, que fundada en un sentimiento de estimación personal está naturalmente favorecida por los instintos y tendencias sociales de la época. La famosa pragmática sobre desafíos, inserta entre nuestras leyes de la Novísima Recopilación, castiga con la muerte, la confiscación y la infamia á los due-listas, á los padrinos y á todos los que en el duelo intervienen, y tan terribles conminaciones no han producido sin embargo otro resultado que la completa impunidad de los que se desafían.

El duelo se defiende y se defenderá aun por mucho tiempo de los patibulos levantados en su contra y de la cólera impotente de los gobiernos. Mientras la legislación castiga á los due-listas, la sociedad honra á los combatientes, y condena al deshonor y al menosprecio al hombre tímido ó sensato que provocado á duelo no le acepta. El mismo legislador que escribe en las tablas de la ley la pena de muerte contra el desafío se bate en duelo al día siguiente, y el severo escritor que le condena en sus obras como una apelación al principio de la fuerza contra el derecho, como un acto de rebelión contra los poderes sociales, como un resto de las costumbres salvajes de otros tiempos, responde seguramente á una provocación, y se conduce mas tarde como un calavera.

Una legislación mas tolerante, y que por lo mismo seria mas racional y mas justa, conduciria eficazmente; no á extirpar el duelo, porque no es posible en nuestra edad, pero sí á disminuir los lances personales, y á hacer menos lamentables sus consecuencias.

Mas para preparar esta reforma en la legislación es menester destruir antes las preocupaciones existentes contra el desafío. No escribo con la esperanza de que mis doctrinas desde luego se acepten. Para obrar este prodigio se necesitaria una voz mas elocuente, y sobre todo una palabra mas autorizada que la mia; lo confieso. Me propongo únicamente provocar una discusión desapasionada, impar-

cial, en la que otros podrán seguirme con mas fortuna y de seguro con mas talento.

I.

ORÍGEN Y FUNDAMENTOS DEL DUELO.

El duelo descansa en un sentimiento de dignidad individual, contra el cual luchará vanamente la severidad de la legislacion, á lo menos mientras no cambien los principios dominantes en la civilizacion de los pueblos modernos.

El honor, este sentimiento vago y misterioso de la naturaleza, es el instinto mas noble, el rasgo mas característico de la raza humana. El hombre podrá estraviarse en las ideas que se forme acerca del honor; podrá suceder que los habitantes de distintas regiones le hagan consistir en motivos diferentes, tal vez en una estravagancia ó en una ridiculez, tal vez en el crimen. Los cortesanos de Luis XIV fundaban el honor en la libertad de las costumbres y en un espíritu altanero de servil lealtad respecto de aquel monarca; los republicanos franceses en alardes de impiedad y en el mas insolente desprecio de la vida. Pero como quiera, el hombre obedece á la voz del honor en todas partes; este sentimiento se deja ver en todas las situaciones, en las clases mas altas de la sociedad y en las mas humildes, en el hombre salvaje como en el civilizado; tan instintivo y poderoso como el de la religion, tiene como ella sus héroes y sus mártires, y es que tiene su fundamento y su origen en una ley general de la humanidad, EN EL CARÁCTER SOCIAL DEL HOMBRE.

En esta vida de participacion y comunidad en que vive la especie humana, está la esplicacion natural de este fenómeno.

El honor, en todas partes y en todas épocas, fúndese en esta ó en aquella razon, no es mas que el deseo natural en el individuo de aparecer superior á los ojos de los demás y de grangearse por este camino su estimacion ó su respeto. Si pudiera suponerse un hombre aislado y sin comunicacion alguna con los otros, este hombre seria enteramente extraño á las ideas del honor, ni las comprenderia siquiera. Tampoco el honor se concibe en la sola comunicacion de dos seres. Dos individuos solos y aislados sentirian el poder de las inspiraciones y de los afectos, mas no tendrian idea del honor; pero añádase á estos dos seres uno mas, uno solamente, y en esta comunicacion de tres el fenómeno aparece desde luego, principia la riva-

idad y la competencia, cada cual pretende ser superior á los otros dos, y se disputan la preferente consideración de sus compañeros (1).

Pero el modo de considerar el honor varia en cada edad segun las necesidades de los tiempos, y mas que todo segun los principios dominantes en la organizacion de la sociedad.

Los griegos y romanos, que tan sensibles eran á las ideas del honor, no conocieron sin embargo el duelo, á lo menos bajo las formas que ha recibido de la civilizacion de las naciones modernas. Los combates parciales aceptados á veces á presencia de dos ejércitos enemigos para escusar el funesto trance de una batalla sangrienta, no tienen parecido con el desafío de nuestra edad. Los antiguos ni siquiera podian concebir esta costumbre de un combate individual que nuestra sociedad considera como el medio de satisfacer á un agravio personal ó de vengar una injuria privada; y es que el honor por un efecto de las ideas dominantes en aquella civilizacion se hacia consistir en el heroismo, en una completa abnegacion personal. Régulo volviendo á las prisiones de Cartago cedia á un sentimiento de honor, como Curcio arrojándose á la sima abierta en la plaza de Roma, como el soldado de las legiones que moría abrazado á sus estandartes antes que volver al enemigo la espalda; como en dias mas próximos á los nuestros el veterano de la guardia imperial de Napoleon que perecía antes que abandonar su bandera en una derrota vergonzosa.

No es difícil la esplicacion de este fenómeno.

Dos grandes principios han presidido siempre á los destinos del género humano: el SOCIALISMO y el INDIVIDUALISMO. Sobre una de estas dos bases ha descansado en todas épocas la organiza-

(1) Nos hemos detenido en la esplicacion de la teoría sobre el honor como nosotros la comprendemos, porque es muy comun decir que el honor es una cosa indefinible, una quimera, como se dice tambien que son indeterminables las reglas del gusto, oscuras y vagas las ideas que nos formamos de la belleza; y esto que se dijo una vez á pasar de ser un grande error, se ha venido repitiendo por muchos como una verdad que no admite contradiccion. El honor como la belleza y como el gusto no son indefinibles. Lo que hay es que el mundo acepta muchas veces como verdades los errores mas grosseros, porque ahaga mas á la humana condicion dar por averiguada la verdad de las cosas que descender á un exámen profundo y filosófico de ellas. La resolucion de un problema compromete al entendimiento; los dogmas, las verdades reconocidas seducen por su sencillez, y tienen cuando menos este poderoso atractivo para la presuncion y la pereza.

cion de la sociedad, y es muy probable que estos dos principios se disputen eternamente el señorío del mundo.

Así como el individualismo predomina hoy en todos los estados de Europa y tal vez con exageracion, el SOCIALISMO era el principio constitutivo de los pueblos antiguos, el rasgo característico de aquella edad.

Es verdad que así debía suceder en unas sociedades cuyo estado habitual era la guerra, y su necesidad permanente la conquista. Las luchas continuas, los azares de la vida errante diezaban diariamente la poblacion, y en semejante estado la importancia del individuo desaparecia ante la idea de la patria, la gloria de su nombre, el engrandecimiento del Estado. Un espartano no tenia mas interés ni mas honor que el de Esparta; el orgullo de un ciudadano de Roma consistia en el bien de la república, en su poder, en la gloria de sus legiones, como la bandera de un regimiento es el ídolo de sus veteranos (1). La libertad, la vida, todo se sacrificaba en el altar de la patria; el ciudadano solo tenia deberes que cumplir, no derechos, y nada podia exigir de su país como no fuese el honor de sacrificarse en sus aras.

Hoy que á ese sentimiento de heroismo y abnegacion de los antiguos ha sucedido el de la importancia y dignidad individual, el hombre obedece á un sentimiento de honor, pero no le concibe de otro modo que batiéndose en un desafío, y vengando por su propia autoridad y por su mano una ofensa personal.

La ruda pero generosa altivez de los bárbaros que invadieron el pueblo romano, los hábitos de un pueblo disperso y conquistador, el espíritu de independencia y la noble fiera de aquellas razas cambiaron naturalmente las ideas que se tenian del honor en la antigua civilizacion, y dieron vida á esa costumbre de encomendar á los azares de un combate individual la decision de todas las querellas.

El duelo sin embargo no es ya lo que en los dias de su aparicion. Nuestros desafíos no son los de los bárbaros, ni los de la edad media; porque con el duelo ha sucedido lo que con todas las cosas é instituciones humanas sucede, qué nacen, se desenvuelven, cre-

(1) Ciertamente la milicia es la única institucion de los pueblos modernos que se asemeja á los Estados de la antigüedad; porque en ella tambien la idea del individuo desaparece ante la gloria de sus banderas.

cen, llegan á su apogeo, y al pasar por cada uno de estos períodos se van modificando hasta que por fin pierden su primitiva exageración, y vienen á madurar y regularizarse.

El duelo apareció en Europa importado por los pueblos germánicos con un doble carácter, porque no solamente era el medio de tomar satisfacción de una injuria privada, sino el de terminar todas las contiendas. En las cuestiones judiciales era el duelo un género de prueba.

Nacia esto de varias causas.

En el desquiciamiento general que produjo la caída del imperio de los Césares, en aquella terrible catástrofe en que estuvo para perecer el género humano, si no le hubiera salvado una ley de la Providencia, se perdieron las ideas de la justicia y del derecho, del gobierno y de la autoridad; no habia mas derecho que la fuerza; rotos todos los vínculos de la subordinación y del respeto, desechos todos los ídolos, casi dispersa la sociedad, aniquilado el principio de la obediencia, los poderes públicos debilitados no bastaban para acudir á la defensa y amparo de los derechos individuales, y en tal estado el hombre tenia que salvarse por sus propios medios.

Las mismas leyes autorizaban la persecución y la venganza privada; el delincuente era muchas veces entregado á los rencores de la persona agraviada y de sus parientes que podian herirlo ó matarlo; y solo trasladándonos á aquellos tiempos en que la sociedad abdicaba de tal modo su poder, es como podemos juzgar de las costumbres de la edad, y como se esplica y se concibe nuestro derecho antiguo en materia de desafíos.

El duelo al fin es un combate personal, pero ordenado, solemne, que con la intervencion de padrinos ó jueces, igualadas las armas, iguala tambien cuanto es posible la condicion de los combatientes; y entre esas luchas sin testigos, con armas desiguales, en que es tan posible herir y matar sobre seguro y por la espalda, entre esos combates sin regla ni ley, y el desafío, la razon y los instintos generosos y nobles se ponen de parte de este último. «Ningun hidalgo mate, corra, deshonre ni fuerçe á otro sin desafiarse», es la feliz espresion de la ley 1.ª, título 5.º, libro 4.º del Fuero Viejo de Castilla. El desafío se concertará en presencia del rey, «é el rey les debe poner dia, é darles plazo en que lidien», é mandar con qué armas lidien, é ponerlos fieles que vean é que oigan lo que ficieren, «é que les partan el campo y el sol» son las palabras testuales de la

ley 8.ª, título 21, libro 4.º del Fuero Real. Todas las leyes de nuestros antiguos Fueros están escritas bajo este espíritu de nobleza y lealtad.

El duelo fué, pues, en los días de su aparición un verdadero progreso social, un adelanto en las costumbres y un noble arranque de dignidad que honra á la especie humana, cuyo destino no es seguramente perseguirse y matarse en una guerra salvaje y desleal.

Contribuyeron no poco á generalizar el duelo y á justificarle las creencias religiosas de la época por dos motivos diferentes.

Por una parte el cristianismo ejercía ya en las costumbres de los pueblos del Norte un influjo saludable y civilizador; y una religión que predicando el santo principio de la igualdad enaltecia al hombre y tendía á sacar al género humano del envilecimiento y degradación de las edades pasadas, naturalmente había de despertar en las almas ese espíritu de independencia, ese sentimiento de alta estimación de uno propio, en que hemos dicho está el origen y el fundamento del desafío.

Bajo otro punto de vista, en el atraso de aquellos tiempos se creía que Dios no abandonaría nunca la causa de la justicia, y que el vencedor en un duelo sería siempre el que tuviese de su parte la razón. En todos los casos en que no era dable á la inteligencia humana encontrar la verdad por los medios racionales, el duelo era una especie de apelación á la Providencia, cuya intervencion se invocaba para que señalase con la victoria de qué lado estaba la inocencia ó el derecho.

Esta ciega confianza en la mediación divina era muy propia y natural en aquellos tiempos; y puede considerarse si en un mundo en que dominaban tales ideas, el encomendar á la suerte de las armas la decisión de todas las contiendas era una costumbre tan bárbara y fuera de propósito como generalmente se cree.

Hoy que el espíritu humano ha descubierto ya todos los medios racionales de averiguar la verdad en los procesos y en todos los actos de la vida civil, hoy nos parece absurdo, repugnante, vandálico encomendar á la punta de la espada (y lo sería seguramente), la decisión de los pleitos. Pero trasladémonos á aquellos tiempos y aun á tiempos mas posteriores, y dígasenos imparcialmente si no es algo mas bárbaro que el duelo, el tormento, la prueba del agua hirviendo, la del hierro caliente, etc., que se han usado entre nosotros con pasmo general hasta una época no muy lejana. El duelo al fin lo

mismo que los juicios de Dios, se apoyaba en las creencias religiosas, en la fé viva que el hombre tenía en la Providencia, en la idea, de que la causa de la justicia no podia ser abandonada por Dios, que es la razon eterna, la justicia misma. El duelo además tenía una tendencia á ennoblecer la especie humana, porque parecia fundarse en que un hombre no podia ser mas que otro en una pelea leal é iguales las condiciones de los combatientes: y bajo todos estos puntos de vista el duelo se recomendaba en aquellos tiempos en cuanto era posible á sí propio, y quisiera el cielo que esta costumbre hubiera sido la mayor preocupacion, el mayor de los errores y aberraciones del entendimiento humano.

Y á la índole particular del duelo, y á los nobles motivos en que podia fundarse ó hallar su disculpa ó justificacion, hay que atribuir el favor de que por largo tiempo gozó en la sociedad y aun en las mismas leyes. El desafio en los dias de su apogeo, no solo estuvo favorecido por las costumbres y las ideas, sino honrado por la opinion, autorizado por las leyes, ennoblecido por las solemnidades y las fiestas con que muchas veces se acompañaba el séquito de este combate singular. La historia nos dá cuenta de muchos célebres desafios á que asistieron los reyes y los magnates para autorizarlos con su presencia.

Poco tiempo despues, ó por las consecuencias funestas que tuvieron algunos lances personales, ó porque los progresos del espíritu humano no toleraban que se dispensase al duelo el favor de épocas anteriores, esta costumbre fué perdiendo su importancia.

Se llegó á conocer, aunque algo tarde, que era una locura exigir de la Providencia que repitiese y multiplicase los milagros en cada desafio, é ilustrada la conciencia pública en este orden de ideas, el duelo desapareció como era natural de los litigios, encomendándose á la razon la decision de las cuestiones forenses.

Ya este fué un nuevo progreso, pero se necesitaba hacer algo mas. A proporcion que el orden se fuera recomponiendo, á proporcion que la autoridad pública, la monarquía y todos los poderes constituidos se fueran recobrando de su antigua debilidad ó aniquilamiento, el duelo tenia que abandonar el campo y reducirse á mas estrechos límites, porque no era cosa de permitir que se apelase á la suerte de los combates en aquellos negocios para cuya determinacion la fuerza pública y las leyes no eran ya impotentes.

Y con efecto, esto ha venido á suceder; esta feliz reaccion se ha

verificado casi del todo en nuestros dias. Se haria sin embargo mucha ilusion un gobierno que quisiera aun hoy empeñarse en la estirpacion absoluta del duelo. La sociedad está ya bastante ilustrada para considerar el desafío como una iniquidad, como un indigno abuso de la fuerza, como un acto de barbaría ó salvajismo, cuando se provoca por un motivo leve, y aunque la ofensa sea grave, si puede buscarse una reparacion en los tribunales; pero esta misma sociedad no solo acepta el duelo, sino que le aplaude cuando se apela á él como un medio de satisfacer á un agravio personal de aquellos para cuya reparacion los poderes públicos no bastan.

Y la sociedad tiene razon. Este modo de considerar el honor no es equivocado. Es por el contrario muy conforme á los sentimientos de nuestra edad; mas aún si se considera que ya en el desafío no decide la fuerza sino el valor, porque el descubrimiento de la pólvora y otros adelantos han igualado al débil con el fuerte. Hagamos alto en esta idea. En lo antiguo, que los duelos no podian verificarse mas que á arma blanca, decidia siempre la fuerza física, y un hombre podia no tener á su pesar esta cualidad, por mas sensible que fuera á las ideas del honor, por mas que se estimase á sí propio. El duelo reducido á una lucha de fuerza no se hubiera ciertamente mantenido en nuestra edad, á pesar de esos sentimientos de dignidad individual que en ella prevalecen. Mas con el descubrimiento de la pólvora el duelo se ha ennoblecido hasta cierto punto, porque tambien se han cambiado y ennoblecido las condiciones del valor; el valor se ha hecho mas ideal, y el desafío que le personifica, no es ya el simbolo de la fuerza bruta, como en los dias de su aparicion, como despues en tiempos posteriores, sino la expresion, la fórmula de ese temple de espíritu, de ese valor del alma que inspira el sentimiento del propio deber; y que no necesita estar auxiliado por las fuerzas físicas ni por ningun otro elemento.

La sociedad de nuestros dias perdona pues al hombre de constitucion débil, porque ni la fuerza es ya una cualidad tan estimable, ni su falta es un defecto que pueda nadie fácilmente corregir; pero no perdona del mismo modo al hombre de ánimo apocado y pusilánime, que huye como una mujer, que se deja maltratar impunemente, que no sabria morir por su patria ni por sus creencias, con quien por consiguiente ni los individuos, ni los partidos, ni los gobiernos, ni las naciones pueden contar para nada. Para tener el valor que se necesita en la actual sociedad basta, no ser extraño á las ideas de

decoro, basta un sentimiento de decencia; y como estos sentimientos de decencia y de decoro son tan poderosos en las sociedades modernas, á lo menos en las clases acomodadas, como lo era la religion en otros tiempos, de ahí que el duelo se mantenga, de ahí la imposibilidad de proscribirlo en todos los casos y situaciones, de ahí que no merezca tal como está hoy recibido la calificacion de una costumbre bárbara, vandálica y repugnante á las leyes de la humanidad, pues cabalmente por suceder lo contrario, por estar apoyados en los instintos mas honrosos de la especie es por lo que es mas fuerte que las leyes.

En el duelo se observa este fenómeno moral en que no se ha reparado lo bastante. Las leyes le castigan con cruel severidad, la Iglesia le anatematiza, y sin embargo el duelo se defiende en medio de los anatemas y de los castigos. La historia de la humanidad nos dá cuenta ciertamente de muchas prácticas y costumbres abominables, absurdas, que han triunfado largo tiempo de la razon y del buen sentido de los pueblos; pero han estado defendidas por un espíritu ciego, tradicional, ó han tenido el favor de las creencias religiosas, de la supersticion ó del fanatismo; mas no hay en la historia de los errores humanos el ejemplo de una preocupacion, que combatida por la religion, castigada por las leyes, haya atravesado como el duelo por los siglos sin debilitarse siquiera.

Y algo debiera decir á los adversarios del desafio la observacion de este fenómeno moral, inconcebible, si el duelo se fundara en un falso punto de honor, si fuera una lamentable aberracion del género humano, si fuera una bárbara preocupacion indigna de los pueblos cultos.

No es pues el duelo una preocupacion de nuestros dias, no se funda en un falso punto de honor.

Es el gran principio constitutivo de las sociedades modernas, es el INDIVIDUALISMO, es el sentimiento de alta estimacion de sí propio el que mantiene el duelo en nuestras costumbres.

La preocupacion, el error, están de parte de los que, animados de ciertas prevenciones contra el desafio, han querido condenarle sin meditar bastante lo que se decian. En este error tienen su fundamento y su origen todos los ataques, todas las apasionadas declamaciones que se hacen contra esta costumbre. No tiene tampoco otra explicacion la inoportuna severidad de las leyes contra el desafio. Ni hay que buscar otro principio al impotente empeño de los gobier-

nos por proscribirlo; empeño impotente al, porque el duelo se levanta triunfante en medio de tantos y tantos elementos conjurados en su contra.

En último análisis, bien considerado todo respecto del duelo, puede hacerse esta predicción. Mientras el honor se conciba de la manera que hoy se concibe, mientras el individualismo domine como principio en las creencias y en las instituciones, subsistirá el desafío, y resistirá á todos los esfuerzos de los gobiernos para su represión. Solo en un cambio completo de los elementos de la civilización actual, solo pasando el mundo por una de aquellas trasformaciones profundas que señalan la hora de una gran revolución en el género humano, solo volviendo á dominar el SOCIALISMO, desaparecerá el desafío moderno para ser reemplazado por los combates, por las virtudes heroicas de la antigüedad, ó volverá á caer la raza humana en el envilecimiento y degradación de los últimos dias de Roma.

(Se continuará.)

Cirilo Alvarez.

DEL FEUDALISMO

Y

DE LOS SEÑORÍOS TERRITORIALES EN ARAGON (1).

ARTÍCULO 8.º

Al esponer la teoría feudal de nuestro reino de Aragon, solo de sus fueros me he ocupado, y de las doctrinas que nuestros juriscónsultos y comentadores han sostenido para explicar sus tendencias, tanto sociales como políticas.

He visto que en el privilegio general se anatematizaba el *mero* y *mixto imperio*; y que despues de asegurar, que no habia existido ni era posible existiese en nuestro reino, se fijaba al mismo tiempo la significación que se queria dar á este término forense; y de todo he

(1). Véanse las págs. 321 y 417. del tomo XIII; las 56, 193 y 307 del tomo XIV, y la 111 y 229 del tomo XV.

deducido, que si la potestad Real nunca habia sido absoluta; menos lo pudo ser el poder dominical de los Señores de vasallos.

Al leer cómo nuestras Cortes declaraban que el reino de Aragon consistia en su libertad, y que solo á precio de esta podrian soportar sus moradores la pobreza y esterilidad de su suelo, héme convencido de que la esclavitud, esto es, el *vasallaje feudal* no cabia dentro de sus instituciones, y que en caso de haber existido en el territorio aragonés, debió ser en pueblos no poblados á los *Fueros del Reino*, y siempre á poder de abusos y usurpaciones, que (merced á la confusion de los tiempos y á la prepotencia de algunos poderosos) habrian prevalecido, como muchas veces prevalece el crimen, contra toda justicia y contra toda ley.

Guiado por este espíritu, en mis estudios feudales, he visto, en efecto, que el abuso de la costumbre, elevado á prueba, bajo el título de *inmemorial* franqueó la puerta á las invasiones del feudalismo, enseñoreado ya de toda Europa; y que sometida á sus hábitos y resabios la Marca-hispana, consiguió infiltrarlos en el condado de Ribagorza, donde se levantaron, convertidos en verdaderos feudos.

Empero he observado tambien, que las Cortes aragonesas se ocuparon de este contagio; y que tratando de poner coto á tales usurpaciones, declararon fuera de la ley á los pueblos que, por débiles ó desavisados se habian sometido á tan bárbaro régimen; ¡Castigo duro, pero merecido, de quienes, con tantos medios forales para combatir este linaje de tiranía, así sucumbian ante el primer amago de la soberbia señorial!

Bastantes eran estos datos y estas doctrinas constitutivas del reino aragonés, para convencerme, de que las instituciones feudales no pudieron compadecerse con la índole política de su monarquía; pero al considerar además que su corona era paccionada, que nunca sus reyes en sus mayores desapoderamientos lograron constituirse en señores de vidas y haciendas; que nunca tampoco pudieron disponer de parte ninguna del reino, ni de cosa alguna de él; y que los pueblos de realengo, libres de por sí, y aforados á las franquicias generales del reino, no podian cambiar de condicion porque pasasen á ningun Señorío particular, no tuve á mal caso, sostener que el Feudalismo era incompatible con la constitucion foral aragonesa.

Esto he hecho en los artículos anteriores, mas sin salirme de los *Fueros*, de los *Actos de corte* y de los procedimientos oficiales de cada jurisdiccion, dentro del estudio ó círculo de sus atribuciones.

Empero no hay institucion sin abusos que la menoscaben y aun desnaturalicen; ni pueblo alguno tampoco en cuya historia no se registren hechos que afean y degradan su índole y su carácter; ni sin acontecimientos lamentables que superiores en fuerza y en poder á todo dique social, no se hayan sobrepuesto á las leyes, por muy robusta que haya sido la organizacion política del Estado donde tuvieron lugar.

Si nunca suceso alguno alcanzase á sobreponerse á las prescripciones legales de un país; si nunca la maldad, y mas aun, el fraude simulado y la usurpacion pudieran romper el freno de la disciplina; nunca tampoco el crimen hubiera quedado impune; y sin la impunidad, hartos siglos hace que los delitos serian una cosa desconocida en las sociedades civiles. Dadme la inflexibilidad de las leyes, y la incorruptibilidad de los tribunales; dadme por cabo y término de ambos extremos, la ineludibilidad de la sancion penal, y os daré la tierra purgada de todo delito. De otro modo, la menor ó mayor frecuencia con que estos se cometen, pero nunca su completa estirpacion, será la medida, con que pueden graduarse la escelencia de las instituciones de un pueblo, la mayor ó mejor bondad de sus costumbres públicas.

En ningunas ha estado la potestad Real mas limitada que en las de Aragon, y en ningunas tampoco ha existido una série tan continuada de reyes mas morigerados, mas humanos y respetuosos. Infinitos son los testimonios que pudieran aducirse de esta verdad, que muchos antes que yo han reconocido y ensalzado; pero la historia de nuestro reino no se presenta por eso limpia de toda mancha, ni la diadema de sus monarcas dejó de mancillarse con actos indignos de la magestad Real.

Acaso los reyes mas señalados por su buen tino en el arte de gobernar, sean los que en casos dados hayan caido en mas graves prevaricaciones, en menos escusables atentados. Y digo esto, porque al fijar mi imaginacion en este punto, viéneseme á mas andar la memoria del Rey Católico, que en la historia aragonesa tiene sobre sí la mas grave imputacion en que haya incurrido ningun otro de los monarcas de nuestro reino.

Y sin embargo, este que tenia á la mano recursos forales de ineludible eficacia para la potestad Real, y que los habia usado antes, y los vino usando despues, con reyes no menos celosos de sus prerogativas que Fernando V, guardó silencio sobre tan grave aten-

tado: y la misma ciudad de Zaragoza, que tantos escándalos promoviera con su *Privilegio de veinte*, presenció muda é impasible el asesinato de uno de sus Jurados á manos de los oficiales del monarca.

Nada he podido averiguar que explique las causas de este silencio; porque la historia no hace mas que referir el hecho, sin que comentarista alguno se haya tomado el trabajo ni aun de calificarlo. Lo refieren con horror, é indican el espanto que puso en el ánimo de las gentes tan grave crimen; pero sin duda ante la impasibilidad de los encargados de su vindicacion, entorpecióseles la mano para escribir sus quejas, y hasta se les embargó la voz en la garganta para transmitir las á otra edad, envuelta en la tradicion.

He querido con esto indicar, que al esponer las doctrinas políticas del antiguo reino aragonés, no pasó por mi ánimo negar que en su historia no se registran hechos repugnantes á sus instituciones, porque esto fuera demasiado pretender en tan larga série de siglos, y en el vaiven de las violentas vicisitudes, por donde atravesó su paccionada monarquía, sino que estos hechos, aun tolerados en circunstancias dadas, aun apoyados por el estravío con que las malas pasiones suelen en dias de turbacion y desasosiego torcer el curso de las leyes, ó reducir las al silencio, nada pueden probar contra las instituciones de los pueblos, así como la escepcion no destruye la existencia de la regla general.

Excepciones de esta índole, y bien graves de suyo, se citan y se comentan en pró del feudalismo aragonés: pero probando su ilegalidad, justificando que fueron contrarias al espíritu y letra de nuestros fueros, quedará probado y justificado tambien, que ni la tolerancia de los monarcas, ni el erróneo parecer de los jurisconsultos en quienes se buscó apoyo, alcanzan á legalizar lo que dentro de sus leyes no tenga posible legitimacion.

Gravísimos son algunos de los hechos que se esponen para probar la existencia del feudalismo aragonés, y esto en épocas en que apenas existian restos feudales, en los demás reinos que constituyen la monarquía española. Son tomados estos ejemplos del promedio ya de la casa de Austria, y tan absurdos por sí mismos, que esto cabalmente debiera argüir contra ellos.

Parece que por los años 1600, y á resultas de una reyerta promovida en la villa del Belchite entre varios de sus vecinos, personas de calidad algunos, y hasta deudos del conde de dicho nombre,

hubieron de venir á las manos con el alcalde de dicha villa, á quien apalearon, dándole además una cuchillada.

Presentes á este caso se hallaban algunos individuos de justicia, que descuidaron la defensa del maltratado alcalde, ó por temor ó por parcialidad acaso, ó porque huyendo los agresores se pusieron en cobro, primero en un monasterio próximo, y despues en la ciudad de Zaragoza. Nada resolvió el conde sobre este escándalo, cuando los testigos presenciales fueron á darle cuenta del suceso á la referida ciudad; pero trasladándose á Belchite, pocos dias despues, tomó á su mano á cinco dellos, condújolos á la villa de Ijar, é hizo dar azotes á uno y garrote á los cuatro restantes.

Ruidoso escándalo promovió en el reino tan grave atentado, que á no serlo, pasára por desahogo natural de las iras señoriales; y esta insurreccion del espíritu público, contra tan rudo proceder, probará siempre, que el procedimiento no deberia estar muy de acuerdo con las costumbres y prácticas del reino, por que con sus fueros de seguro que no lo estaba.

Llegó á oidas de Felipe III no solo la gravedad del caso, sino el riesgo tambien de que (por el desabrimiento y enojo con que se habia tomado en el reino tan inícuo proceder) se suscitasen perturbaciones que pudieran alterar la paz de él, y resuelto el monarca á poner remedio y eficaz correctivo á tan insolentes desmanes, consultó la manera de tomar la satisfaccion debida.

Harto remiso, é irresoluto y aun temeroso andubo su consejo, en darle el que mas pudiera corresponder á tales desapoderamientos; y suponiendo dos cosas, en que de buen grado no se puede convenir, y son, que la villa de Belchite pertenecia á los pueblos desafortados de *potestad absoluta*, y que el ejercicio de esta *dominatura* tenia el apoyo de los fueros en los señoríos jurisdiccionales, acordóse por toda providencia, que se tomasen informes sobre el caso, de quienes pudieran darlos competentemente con secreto y con imparcialidad.

La respuesta del Consejo de Aragon á esta consulta, que se le comunicó despues, fué declarar al conde de Belchite homicida voluntario, como si hubiese ejecutado aquellos *asesinatos violentamente con tiros de escopeta, ú otro género de muerte*; pero desviándose de lo que á la potestad Real competia contra los abusos de jurisdiccion cometidos por aquel señor de vasallos.

Dió por sentado, que el daño era propio y conatural de las li-

bertades de que aun disfrutaba nuestro reino (con piadosa intencion sin duda); y aconsejó la templada y liviana providencia de que se tragese á la corte de Castilla la persona del conde para proceder contra él como desobediente (porque llamado antes despreció el aviso): si bien preveía que de ello habian de resultar por parte de los señores de Aragon *ruegos, importunidades y embajadas*, fundandose en que los monarcas sus predecesores habian tolerado *estos abusos*.

Nótese en todo esto, que la marcada tendencia del Consejo, en esta manera capciosa de señalar el daño y ponderar los inconvenientes de su remedio, no era la reforma y estirpacion de estos desmanes, que solo calificaba de *abusivos*, sino la de las *instituciones*, contra cuya legitimidad nada se podia alegar, si bien indicaba que para ello era necesaria la intervencion de las Córtes.

A importantes reflexiones podría abrir la puerta este dictámen, dado por jurisconsultos de la escuela de Felipe II (pues de ella traían su raíz las doctrinas que profesaban), y que en obrar así no hacian mas que seguir el designio de su maestro, en el punto de anular, bajo formas legales, las libertades aragonesas, así como habia destruido su augustó padre las de Castilla por fuerza de armas en la jornada de Villalar.

Para esta empresa contábase, sin duda, con la servil docilidad, que ya se habia ensayado en las Córtes de Tarazona, á seguida de la decapitacion de Lanuza, cuya magistratura pasó, por su muerte, á manos de oscuros leguleyos, educados al calor de las doctrinas austriacas.

En el mismo sentido de templanza respecto al conde, pero sin tocar el punto de la reforma constitucional, se halla escrita la carta del abogado fiscal, el doctor Miravete de Blancas (carta que sirvió de apoyo al informe del Consejo), proponiendo medidas, de difícil ejecucion en su concepto, si para eludir las echaba mano el interesado del recurso privilegiado de la *Firma*; en virtud de lo cual, á nada se procedió por entonces.

Graves, muy graves de tolerar, son los errores que (en mi concepto) contiene el espediente instruido sobre los asesinatos del conde de Belchite. Cierto es que los desafueros á que se entregaron los señores de vasallos de nuestro reino, durante la dominacion de la casa de Austria, escedieron á los de épocas anteriores, y que esta reaccion feudal tiene una esplicacion muy sencilla; pero nunca lo

será que el reconocimiento de tales abusos se sostuviera al apoyo de nuestros fueros, sino al interés bastardo de tendencias anti-forales.

Una vez abatido el poder señorial de la nobleza por los Reyes Católicos, para robustecer con sus despojos la jurisdicción Real, comenzáronse á temer los acrecentamientos populares, por los que tan de propósito se habian consagrado al entronizamiento del absolutismo monárquico. Esta misma raza de jurisconsultos, tan avezados por sus estudios á las doctrinas del derecho romano, fueron los que, bajo aquellos monarcas, habian declarado que el uso de los *remedios forales* no cabia en las causas de fé instruidas por el Santo-Oficio; declaracion que repitieron bajo su biznieta Felipe II, con motivo de la manifestacion de Antonio Perez, logrando falsear así las libertades públicas de aquel reino, y siendo este falseamiento la causa inmediata y necesaria de su ruina.

Sin embargo, semejante declaracion, era tan absurda con arreglo á los fueros de aquel reino, como contraría á las prácticas mas antiguas y autorizadas, en los puntos en que la jurisdicción foral venia á rozarse con la eclesiástica.

No se tome, pues, á estrañeza que la escuela que entonces atentó tan derechamente contra las libertades del país, sostuviera dos siglos despues (cuando se hallaba mas en sazón el proyecto de su ruina) la potestad dominical de los señores de vasallos, á cuyo servicio y estipendio vivian, y con cuyos abusos medraban.

Pero no por esto, ni por la autoridad que entonces alcanzaron sus dictámenes, deben pasar hoy sin correctivo sus errores y malas doctrinas.

Nunca en Aragon fueron los señores jurisdiccionales señores de potestad absoluta.

En esto han convenido cuantos escritores regnícolas se hayan (de propósito ó por incidencia) ocupado de este asunto. Esos señores feudales ejercian su potestad dominical solo en pueblos *desaforados*, sin que nunca alcanzaran á revestir su poder de forma alguna jurisdiccional.

Bajo este supuesto, que no espero sea desmentido, la villa de Belchite, pertenecia al *Honor* del conde de su nombre, y nunca su señorío pudo tomarse como de potestad absoluta. La administracion de justicia estaba en ella organizada, segun los fueros del reino, como resulta del espediente mismo instruido sobre los asesinatos del

conde. Tenientes de alcalde, jurados y ministros todos de justicia fueron las personas contra quienes se procedió por no haber prestado auxilio al alcalde en su conflicto con los deudos del conde.

Esto manifiesta, que el poder ejerciase en Belchite, como verdadera jurisdiccion, ayudándose de las formas legales en sus procedimientos de oficio, y esto basta para rechazar la condicion de vasallos de *signo servicio* que los jurisconsultos de Felipe III quisieron imponer á los vecinos de dicha villa.

Pero existe por fortuna un documento auténtico, irrefragable, que desautoriza la voluntaria cuanto errónea calificacion de aquellos consejeros. Tengo á la mano, tomándola de la *Coleccion de fueros y cartas-pueblas* del académico Sr. Muñoz, la de dicha villa; y de ella resulta, que Belchite ni fué, ni nunca pudo ser poblacion *desaforada*, ni estar sometida á la potestad absoluta de ningun señor de vasallos.

Don Alonso el Batallador, á quien pertenece dicho documento, otorgó en 1116 á los vecinos de dicha villa, carta de *liberacion tan franca*, como que al declararlos *libres é ingenuos*, quiere que en sus causas usen de los mismos fueros concedidos anteriormente á la ciudad de Zaragoza. Y no solo manifiesta que es uno de sus pueblos de realengo y de *honor*, es decir, de señorío jurisdiccional, sino que despues de declararlos exentos de varios gravámenes, generales entre los pueblos de su índole, manda que se consideren siempre *ingenuos, libres y francos*, ellos y sus hijos, y sus casos y sus tierras, obrando en todo conforme á su voluntad, salva *solo* la fidelidad al monarca otorgante y á sus sucesores.

Huelgan para mi propósito las demás cláusulas de dicha *carta-puebla*, y omito por ello su insercion, puesto que por ser no menos notables pudieran dar margen á mas amplias esplicaciones.

Libre, pues, estaba de todo señorío dominical la villa de Belchite, cuando el Batallador quiso dar fomento y medros á su vecindario con los privilegios y exenciones de su *carta-puebla*; y sus vecinos no pudieron perder su condicion de *ingenuos* cuando por alguna régia merced pasaron al *feudo de honor* de su conde titular. Ignoro la época en que esto aconteció, y los términos tambien en que la *donacion* estuviese redactada, porque importa poco á mi designio la noticia de estos extremos; pero como quiera que los monarcas aragoneses al repartir los *honores* de su reino entre sus *ricos-hombres* no podian cambiar su índole, resultará siempre que

la villa de Belchite nunca pudo someterse á señor alguno de *potestad absoluta*.

Y mal pudo tampoco reconocer el Consejo de Aragon la legitimidad de los actos señoriales de su conde, aunque su término no hubiera sido el de tan infucos asesinatos: ni encarecer tampoco la dificultad de poner remedio á tales escesos con ayuda de los fueros del reino, proclamando además doctrinas tan insostenibles dentro de nuestro régimen foral.

Ya tengo indicado antes, la buena voluntad con que los juriscultos de la escuela creada por Felipe I (de Castilla II) propendian á conceder á los señores de vasallos esa *potestad absoluta* que nunca pudieron tener los de Aragon en los pueblos de sus honores: y cuánto creció la insolencia de estos *régulos* al calor con que la casa de Austria fomentó sus desmanes, para que sirvieran de re- presa á la expansion que á la clase popular se concediera por los Reyes Católicos, cuando necesitaron de su auxilio contra la prepotencia feudal.

Pero dado este paso, se cambió de plan y de sistema. Sometidos á la jurisdiccion real los señoríos de toda especie, y viviendo y recibiendo sus medros de la corona los antiguos ricos-hombres, mas que sus rivales, eran sus servidores; y de sus servicios y buena voluntad necesitaba el trono austriaco para levantar el absolutismo monárquico sobre la ruina de las libertades públicas, plan que inició Carlos I, y que, desarrollado mas resueltamente por su hijo Felipe, pasó para su completo acrecentamiento al primer vástago de la casa de Borbon, que lo llevó á cabo con el hierro de la conquista.

Mas sea de esto lo que quiera, es lo cierto que la villa de Belchite nunca perteneció, ni pudo pertenecer á ningun señorío de potestad absoluta; y que los escesos y desafueros de sus señores podian y debian someterse al ejercicio de la jurisdiccion ordinaria, y de los recursos forales.

Sus condes nunca ejercieron legítimamente mas jurisdiccion que la foral, y ni en sus mismos archivos existen documentos que acrediten género alguno de feudalismo en su *honor*. Hoy, despues del prolijo exámen que de todos ellos se han hecho por los señores de vasallos para sostener sus derechos señoriales, no se conserva memoria de que el conde de Belchite disfrutara en lo antiguo de otra prestacion que dos séptimos del diezmo de algunos, que no todos los términos de dicha villa, y de los privilegios de molinos y

horno, y del de riego para una finca de muy corto valor, que es lo único que actualmente posee en su condado.

De igual índole, aunque mas censurable todavía, es el segundo caso que se nos cita del pueblo de Calanda, relativo al gravísimo atentado cometido en él por la que se titulaba su señora, doña Victoria Pimentel, mujer de D. Martin de Alagon.

Era por lo visto dicha dama, que se habia educado en la corte de Felipe III..... una verdadera señora de horca y cuchillo, que daga en cinto, y pendiente del mismo un par de pistolas, recorría su Estado, componiendo su cortejo de gentes de condicion aviesa, y ariscada, de la que por su índole facinerosa, se conocian en aquellos tiempos con el nombre de *lacayos*.

Decretada en España la espulsion de los moriscos, hubo de apoderarse de sus bienes, cosa que parece ofrecia alguna dificultad, en la villa de Calanda, segun lo indicaba su mismo alcalde, y para allanar el camino, procuró ganar á su servicio la espresada Pimentel, á un tal Salaverte, catalán comarcano, que tenia fama de mozo resuelto, y que habia dado celebridad á su nombre con el terror que inspiraban sus crímenes. Una vez aprovechado este auxilio, los vecinos de Calanda principiaron á temer, que no teniendo á la mano moriscos que atropellar, y desabriéndose Salaverte de no dar alimento á sus instintos facinerosos, quisiera ensayarlos en los cristianos viejos, y en su virtud pidieron á su señora despidiese del vecindario á tan temible huésped.

Acudió la Señora á esta súplica, espulsando á Salaverte de la villa, á quien por harto remiso en su obediencia conminó con la pena de muerte.

No son de referir las malas artes que puso en juego la Pimentel para atraerse la persona de su antiguo servidor, que se andaba algo soliviantado con el proceder de su señora, ni la perfidia altamente alevosa con que, habiéndolo cogido entre sus redes, lo hizo ajusticiar públicamente.

Los medios de que echó mano para conseguir su prision, escenden por su repugnancia á todo encarecimiento; pero son tales, y hasta tal punto envilecian las condiciones de su sexo en una dama de su calidad, que mas que á la estincion de los moriscos, debió haberse consagrado el monarca á la espulsion de las razas señoriales, que de aquella manera ejercitaban sus pretendidos derechos.

Segun el espediente formado por la villa de Calanda en el co-

mienzo del siglo anterior, año 1705, para ante la corte del Justicia mayor del reino á fin de protocolizar en debida forma su fuero de poblacion, resulta, que dicha villa con sus agregados pertenecia á la órden de Calatrava: que en 1602 enajenó su señorío á don Martin de Alagon, conde de Sástago, y á doña Elvira Pimentel su mujer: que muerto dicho Alagon, se rescindió la indicada venta á instancia de la órden de Calatrava, por falta de cumplimiento á esta del indicado conde de Sástago: y que vuelta la villa de Sástago á su anterior estado, se tomó posesion de su señorío por el procurador de Calatrava como consta por escritura pública de 1626, testificada por Manuel Quirós, escribano de S. M. y oficial mayor de la escribanía de cámara de las órdenes de Calatrava y Alcántara.

Dos cosas (entre otras muchas), resultan de la toma de posesion, la una que el señorío era jurisdiccional, y la otra que los vecinos de Calanda podian usar y gozar de todos los fueros, observancias, usos, costumbres, privilegios, franquezas del reino de Aragon: debiendo advertir que en esta carta puebla no se trata de otorgar nuevos derechos á los pobladores de aquella villa, sino de consignar los que siempre habian tenido y disfrutado.

Estas solas indicaciones bastarian, sin el apoyo de ningunas otras, para destruir el carácter de *potestad absoluta* que se ha querido atribuir al señorío de Calanda y sus anejos.

Los que pretenden sostener tan falso dictámen, no se curan de manifestar si la enajenacion del feudo de Calanda se hizo á favor de la Pimentel, estrangera sin duda, segun su apellido, ó á su esposo, quien por el suyo pertenecia á una de las casas de nuestros ricos-hombres, que eran los condes de Santiago. Tampoco espresan si la tal Señora de vasallos, lo era por su marido, y viuda ya, obraba en virtud del usufructo foral, ó si en vida de aquel procedió por si y ante sí al crimen de que se le acusaba.

En uno y otro caso, viuda ó casada, debió notarse una grande irregularidad en sus procedimientos, por los que intentan hoy sostener su potestad feudal; porque ni en vida de su esposo podia administrar ni gobernar su señorío, ni en su calidad de viuda, podia segun nuestros fueros usar de la potestad absoluta, aunque Calanda hubiese pertenecido á esta clase de señoríos, ni sus vasallos lo fueran *servitutis*, ó de *signo servicio*.

Pero hay mas: los pueblos de señoríos pertenecientes á iglesias

ú órdenes eclesiásticas, incluyendo en estas las militares, no estaban sujetas á la potestad absoluta de sus señores, aunque fuese de esta índole su señorío; y aun los que hubieran pertenecido á la potestad dominical, libertábanse de esta condicion, cuando de poder de sus señores absolutos pasaban al del monarca, porque entonces convertíanse en pueblos de realengo, es decir, de señorío jurisdiccional.

Constituidos en su nuevo estado donde el monarca no tenia mas jurisdiccion que la foral, mal podia éste al darlos *su honor*, transmitir al *donatario* mas derechos que los que el mismo obtenia en los pueblos sobre que recaía su donacion; y esto hubo de acontecer, cuando el monarca, separando el pueblo de Calanda del señorío de la órden de Calatrava, lo dió en *honor* á la Pimentel ó á su esposo.

Estas indicaciones, que se apoyan en la doctrina comun de todos los escritores y juriscónsultos, que han tratado esta materia de señorios, son consecuencia legítima de la aversion que se profesaba en nuestro reino á las *Dominicaturas señoriales*, aversion que se descubre distintamente en las mismas leyes que las autorizan. Las observancias del reino no señalan otra causa de legitimidad, que la *costumbre*, pero costumbre abusiva, como que se fundaba, en la violencia y usurpaciones de la jurisdiccion ordinaria, segun los mismos fueros manifiestan.

El de *Ripacurcia*, al reconocer la existencia de los señorios de potestad dominical, no solo dicta las disposiciones convenientes, para impedir su propagacion en el reino, sino que declara fuera de ley a los pueblos que hubieran consentido en semejante vasallaje; y el juriscónsulto Ramirez, tipo entre los nuestros, del mas intransigente ultramontanismo político, no solo asegura, que era general el ódio que se profesaba á esta clase de señorios, sino que supone, que la potestad de *tratar bien y mal á los vasallos*, nunca estuvo en práctica, siendo por el contrario la letra que la consigna una vana fórmula, cuyas consecuencias nadie aceptó jamás. Asegura tambien que esta *Potestad absoluta* traía su corriente del derecho de conquista sobre los infieles, á quienes los conquistadores hicieron merced de la vida y de sus propiedades, de que eran dueños por las leyes de la guerra bajo la condicion del vasallaje de signo servicio, á que los sarracenos se sometian. De tan vicioso ejemplo, supone, pasó el abuso á algunas cartas-pueblas, que aceptaron de sus respectivos señores, los colonos que se resignaban á poblar las tierras de

estos bajo tan dura condicion. Por lo demás, la anatematiza como bárbara, y desde luego puede deducirse de sus doctrinas, que allí donde en el fuero de poblacion no se haya estipulado esta clase de vasallaje, allí donde el vasallo no lo ha aceptado voluntariamente, era contraria á nuestros fueros la *potestad dominical*.

De muy buen grado convengo en esta parte con el jurisconsulto Ramirez, por que sobre sus doctrinas vengo esponiendo nuestra teoria foral, en este punto de los señorios de Aragon.

Véase, pues, si con estos antecedentes pudo el Sacro-Consejo contestar, en la forma que lo hizo á la consulta de Felipe III sobre el asesinato de la Pimental; y véase asimismo si los errores de su dictámen pueden redundar en menoscabo de unas instituciones que rechazaron siempre los escesos y malos hábitos del feudalismo, y que sin embargo, se quieren calificar de esencialmente feudales.

Las bases que sirven de apoyo á esta opinion, no existen en nuestros fueros, sino en las malas tendencias de los sabidores del derecho bizantino, tan plagado de resábios feudales, y que educados además en la escuela tudésca, quisieron traer á nuestro código las doctrinas absurdas de la esclavitud romana, tan de todo punto rechazadas por nuestra legislacion foral.

Pero la carta-puebla de Calanda ha venido á reparar el silencio, que tan sospechoso se hacia en boca de los que, tomando á empeño el sostener el espíritu feudal de la constitucion aragonesa, tan de pasada procedian en el exámen de los dos casos citados. Consta de aquella que el señorío de dicha villa se enajenó á favor del conde de Sástago: que dicha villa estaba poblada á los fueros de Aragon, y que por consecuencia, sin la necesidad de apelar á las doctrinas forales que regian en nuestro reino en punto á la viudedad *señorial* y á los señorios de iglesias y órdenes militares, se pone en descubier-to el grave error con que procedió en su dictámen, tanto el Sacro Consejo de Aragon, como todos los demás jurisconsultos que tomaron parte en el esclarecimiento de este negocio.

Han equivocado, pues, su camino los que con la esposicion de estos dos actos de verdadero vandalismo señorial, háyanse propuesto poner de relieve el espíritu feudal de los fueros aragoneses, y robustecido mis indicaciones sobre la manera con que la casa de Austria le dió medros y acrecentamientos, con su negligencia unas veces, con su asentimiento otras. Tanto Belchite, como Calanda, fueron pueblos dados en *honor* donde no cabia el señorío de *potestad*

absoluta, y donde la Real jurisdiccion pudo obrar de lleno contra los asesinatos allí cometidos, comenzando por privar de él á los tales señores de vasallos. La Pimentel, por otra parte, aun cuando el señorío de Calanda hubiera sido absoluto, no podia ejercerlo por su calidad de viuda, ni por la procedencia eclesiástica que ésta tenia. Cabalmente, desde su egresion de la órden de Calatrava, hasta que volvió á ser incorporado á la encomienda de la misma, trascurrió solo el espacio de unos veinte años, y mal pudo en tan corto trecho crearse costumbre alguna que sirviera de asiento á tan vandálicos abusos.

Para proceder en esta materia por *albedríos* y por *fazañas*, necesitábase de mas tiempo, sin que esta falta pudiera subsanarse con sus excesos.

Manuel Lasala.

DE LA INSINUACION DE LAS DONACIONES.

Es un requisito ó circunstancia esencial para la validez de las donaciones que escedan de quinientos maravedises de oro, esto es, de 25,500 rs. vn., segun unos, y de 7,352 rs. 32 maravedises, segun otros.

La ley 9, tít. 4, Partida 3.^a, dice lo siguiente: «Si un ome quisiere dar á otro, ó á otro lugar, puédelo facer sin carta hasta 500 maravedis de oro. Mas si quisiere facer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuere dado de mas, non valdria. Fueras ende, si lo ficiere con carta é con sabiduría del juzgador de aquel lugar dó fiziesse la donacion.»

Esta debe presentarse al juez de primera instancia del partido en que se hubiere otorgado, por el mismo donante, á fin de que, enterado de no haber mediado violencia, dolo ni coaccion, se sirva insinuarla, aprobando y confirmando su liberalidad, para que sea va-

(1)El número de los capitalistas de 100,000 duros está en comparacion con los de menos capital, en relacion de 1 de aquellos por 3,085 de los segundos. Las leyes deben hacerse en utilidad de los mas, para los casos que se presentan con frecuencia.

ledera y estable. Sin este requisito seria nula, no con respecto á toda la cantidad, sino en cuanto al exceso de los quinientos maravedises de oro.

De modo que el principal objeto de la citada ley, concordante con el derecho comun, fué evitar que los donantes fuesen víctimas de algun engaño ó seducción, ó que por este medio no destruyesen su patrimonio con donaciones inmoderadas.

Mas en Cataluña, al prescribir la ley la insinuacion, tuvo un fin mas previsór y mas elevado, cual fué el de evitar los fraudes que se cometian contra los acreedores en una época en que no podia darse á aquel acto toda la publicidad que se requiere, por no hallarse entonces establecido el registro de hipotecas.

Bien claro lo dice la constitucion 1.^a, tít. 9, libro 8, volúmen 1.^o de las del Principado de Cataluña, con estas terminantes palabras:

«Para evitar los fraudes que con frecuencia se cometen en las donaciones que se hacen, ordenamos que cualquiera donaciones universales, ó de la mayor parte del patrimonio, ó que escedan de quinientos florines (1), deban ser registradas en las curias (escribanías) de los ordinarios de la cabeza de la Vegueria en la cual se hicieren dichas donaciones, escribiéndose el dia en que dichas donaciones se anoten en el libro que se titula de donaciones y heredamientos, con un índice que contenga los nombres y apellidos de los donadores y donatarios y del escribano que hubiese autorizado la donacion; y si las tales donaciones no fueren continuadas diez dias antes del préstamo ó contrato, no hagan fuerza ni valor (nótese esto) en perjuicio de dichos acreedores censalistas, ni otros que tengan sus créditos en escrituras ó vales, sino del dia de las continuaciones de aquellas en adelante.»

En presencia de la letra y espíritu de esta ley, puede muy bien sostenerse que en Cataluña son válidas y obligatorias tales donaciones, aunque les falte el espresado requisito, cuando no han sido hechas en fraude de los acreedores, que es lo que se propuso evitar la ley, y salvas las acciones que competen al donante para revocarla, anularla ó rescindirla, con arreglo á lo prescrito por el derecho comun.

La terminante disposicion de la constitucion citada viene robust-

(1) Cuatrocientas veinticinco libras catalanas, equivalentes á 4,533 rs. 11 mrs. vn.

tenida por el principio de derecho de que la expresion de una cosa es la exclusion de la otra. *Inclusio unius est exclusio alterius.*

Si la ley ha prescrito que no tengan fuerza ni vigor tales donaciones en perjuicio de los acreedores del donante, para evitar los fraudes que con las tales donaciones se cometian en perjuicio de los mismos, naturalmente ha querido que fuesen eficaces y valderas cuando no media esta circunstancia.

Así que, en nuestra humilde opinion, nos parece contraria á esta constitucion la jurisprudencia que declara nulas en Cataluña las donaciones que carecen del espresado requisito de la insinuacion, cuando no han sido hechas en fraude de acreedores.

Ahora que los traspasos y los gravámenes de la propiedad se hacen públicos por medio del registro de hipotecas, podria muy bien suprimirse el requisito de la insinuacion, con tanto mas motivo, cuanto que se ha llenado el objeto que se propuso la constitucion catalana, al paso que tampoco se consigue el que se propuso la ley de Partidas, supuesto que generalmente el juez aprueba la donacion *pro formula* á la simple solicitud del donante, sin hacerle comparecer á la presencia judicial, sin verle y sin interrogarle sobre las circunstancias que han mediado para hacer la donacion.

El célebre Cancejer, part. 1.ª, cap. 8.º, número 8, dice que muchas veces, *y casi siempre*, la insinuacion se hace sin conocimiento del juez, y solo se toma razon por el escribano encargado del registro de donaciones.

Las hay que no necesitan insinuarse aunque pasen de 300 maravedises de oro, tales como las remuneratorias, porque no son sino una compensacion de los beneficios recibidos; las del tercio y remanente del quinto hecho á los descendientes legítimos, porque hasta la muerte del donador no puede saberse si pasarán de dicha cantidad; las que se hacen por causa de muerte; las que se hacen al Rey ó por el Rey; las que tienen por objeto la redencion de cautivos; la reparacion de casa derribada ó cualquiera otra obra pía; las que se hacen por razon de dote ó casamiento, y las donaciones *propter nuptias*; las reciprocas y algunas otras. Véase á Escriche, en su *Diccionario razonado de Legislacion y Jurisprudencia*, tomo 2.º, página 174; á Molina, *De primogenituris*, lib. 2.º, cap. 8.º, núm. 13; *Julius Clarus*, lib. 4, sentencia 5.ª; *Donatio*, 9, 2, núm. 2, et 9; 16, núm. 6; y Antonio Gomez, tomo 2.º, *Var. res.*, cap. 4.º, número 10.

Si las espresadas donaciones no necesitan de la insinuacion ó aprobacion del juez, segun el derecho comun y la respetable opinion del gran número de autores que hemos citado, no se alcanza la razon por qué ha de exigirse este requisito en las demás, supuesto que en estas, lo mismo que en aquellas, puede haber mediado violencia, dolo ó coaccion.

Opinamos, pues, que la ley no debería exigir el espresado requisito, asi por las razones espuestas, como porque cuando la donacion adoleciere de alguno de los espresados vicios ó defectos, las mismas leyes conceden facultad al donante para anularla, rescindir-la ó revocarla, como se hace con los demás contratos, y lo hemos sostenido con buen éxito algunas veces ante los Tribunales.

En Cataluña es una cuestion árdua si la donacion roborada con juramento necesita de insinuacion. Cáncer, *Var.* 1, cap. 8, núm. 4, y otros célebres tratadistas del Derecho municipal, dicen que no, porque el juramento suple la insinuacion, entendiéndose esto en perjuicio del donador que juró; mas no de un tercero, como por ejemplo, de un acreedor del donante. La razon es porque el juramento confirmatorio de un contrato no produce ningun efecto para la confirmacion de este, ó para otro objeto, en perjuicio de un tercero que no contrae ni jura, pues el juramento de uno no puede ser dañoso á otro.

Hay tambien otro caso en que valdrá la donacion, aunque esceda de 500 maravedises de oro y no esté insinuada, como por ejemplo, si el donador hubiese impuesto al donatario la obligacion de tener que mantenerle durante su vida, ó de pagar ciertas obligaciones ó legados que disminuyan considerablemente el valor de los bienes donados ó el importe de la donacion, hasta el punto de no resultar líquida para el donatario la suma de los 500 maravedises de oro.

Así lo declaró el Supremo Tribunal de Justicia en sentencia proferida sobre recurso de nulidad interpuesto por el presbítero D. José Gonzalez de la dictada por la Audiencia de Burgos en el pleito con Casilda Perez, en 21 de noviembre de 1846, publicada en la *Gaceta* del 27 de dicho mes y año, que se halla en el tomo 1.º de la *Coleccion* publicada por la Empresa de la *Revista*, pág. 67; fundándola el Tribunal en el siguiente considerando:

«Que no habia términos hábiles para fijar desde luego el líquido valor de la donacion y la consiguiente necesidad de insinuarla si escedia de la cuota legal, puesto que la prolongacion incierta de la

»vida del donante (á quienes debia mantener el donatario) podria »reducirla á la nulidad, y aun convertirla en gravosa.»

Hay otro caso, en que creemos ha de valer la donacion aunque no haya sido insinuada, y es cuando el donante ha fallecido sin revocarla, ó sin alegar contra ella ninguno de los vicios ó defectos capaces de invalidarla; porque en este caso concurre la razon de la ley 4, tít. 11, Partida 4.^a, que prohíbe las donaciones entre marido y mujer: «Fuera ende (dice), si aquel que fiziere la donacion non la »revocase, nin la desfiziese en vida: *Ca entonces fincaria valedera.*»

Esta misma razon concurre en el caso propuesto, y por consiguiente, donde hay identidad de razon, debe haber identidad de decision. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus debet esse.*

Lo mismo sucede con la donacion hecha por el padre á favor del hijo que está bajo la patria potestad; pues aunque segun el derecho romano no es válida por reputarse ambos una misma persona, se confirma con la muerte del padre si no la ha revocado.

Cuando el donante no ha revocado ni venido contra la donacion durante su vida, ha manifestado su voluntad constante de que subsistiese despues de su muerte, y seria contrariar esta misma voluntad el declararla nula, no pudiendo, por lo tanto, ser este el espíritu de la ley 9, tít. 4.^o, Partida 3.^a, que ordena la insinuacion para que el donante no sea víctima de alguna violencia, intimidacion ó engaño.

Si hay razon para que valgan las donaciones hechas entre marido y mujer y entre padre é hijo en los casos prescritos por el derecho, no la hay menos para que valga la que exceda de quinientos florines muriendo el donante sin haberla revocado.

Si esta opinion pudiese ofrecer alguna duda, se explicaria satisfactoriamente por la citada ley 4, tít. 11, Partida 4.^a, y por las espresadas disposiciones del derecho comun; porque las contrariedades que se observan en ciertas leyes deben explicarse por los principios que se encuentran en otras. *Leges legibus concordare promptum est. Lex unic. Cod. de inoff. testam.*

Es preciso no olvidar jamás, que en ninguna ciencia se hacen mas indispensables y necesarias las reglas de la crítica y de la interpretacion, que en la de la aplicacion de las leyes, en aquellos negocios de grande interés y en los que se disputan cuantiosos derechos.

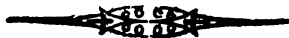
La ciencia consiste, como ha dicho un célebre magistrado, en la

médula de la razón, no en la corteza de lo escrito. Este principio, que ha sido también controvertido, que ha sido hasta negado por los inconvenientes de su abuso, hijo por lo común de falta de rectitud ó de inteligencia, es uno de los fundamentos de nuestra legislación; pues como dice una ley de Partida, *el saber las leyes non es tan solamente el aprender é decorar las letras de ellas, mas el verdadero entendimiento de ellas*. De poco ó nada le serviría á uno el saber de memoria todos los códigos si ignorase el espíritu de sus leyes.

Nos hemos estendido tanto sobre esta materia, por ser de las más difíciles y de mayor importancia y trascendencia, y que con mucha frecuencia ocupa la atención de los Tribunales.

Si no hemos acertado en nuestra opinión, esperamos se nos haga la justicia de creer que la hemos espuesto con el laudable fin de prestar un servicio á la ciencia, que es el fin que nos hemos propuesto en todos nuestros artículos y trabajos jurídicos durante una serie de años.

Francisco de Pou.



DE LA SUCESION FORZOSA (1).

Non se deben facer las leyes si non sobre las cosas que suelen acaescer amenudo.....

En las que se facen de nuevo debe ser catado en cierto la pro que sale dellas ante que partan de las otras que fueron antiguamente tenidas por buenas et por derechas. Ley 13, tit. 33, Part. 7.^a

Despues de quince años de una destitucion inmerecida, debo al Gobierno actual de la nacion mi regreso á la carrera del profesorado español.

Vuelvo, pues, á los estudios predilectos de mi juventud, sino con mas caudal de conocimientos, con menos pasion por cierto, y por consiguiente con mas imparcialidad; pagando de esta manera á mi país y á su Gobierno una muy pequeña parte de la deuda de gratitud que sobre mí pesa.

Una de las cuestiones mas importantes para el porvenir de mi patria, y mucho mas para algunas de las provincias de la Monarquía,

(1) El Sr. D. Francisco Castañs, autor de este artículo, fué por espacio de muchos años profesor de derecho en la Universidad de Barcelona. La intolerancia de sus adversarios políticos le separó del profesorado que habia desempeñado con general aceptación. Restituido á la enseñanza despues de mucho tiempo, fué nombrado catedrático de la Universidad de Salamanca. Apenas se habia posesionado de la cátedra, una muerte repentina le ha arrancado á su familia, á sus amigos y á la ciencia. Deseando contribuir al esclarecimiento de las cuestiones á que dá lugar el proyecto de Código civil, habia ofrecido á la Direccion de la REVISTA escribir algunos artículos, respecto al sistema del derecho catalan. Cumpliendo su promesa, pocos dias antes de su prematura é inesperada muerte remitió este artículo preliminar de otros con que pensaba favorecer nuestras páginas. En él aboga por la conservacion del derecho catalan, en lo que á la cuestion de legitimas se refiere é impugna á nuestro celoso é ilustrado colaborador Don Francisco de Pou. Para dar una muestra de que en nuestra REVISTA caben todas las opiniones que en el terreno científico se ventilan, y un tributo de aprecio á la buena memoria del Sr. Castañs, damos lugar á este fragmento. Si se despertara en todas partes el deseo de hacer juicios comparativos entre las legislaciones forales y la de Castilla, se vendría mas en conocimiento de las ventajas é inconvenientes de la uniformidad del derecho civil en toda la Monarquía, se ayudaria al legislador en sus reformas, se ilustraria la opinion, y el nuevo Código civil saldria en su dia con todas las prendas de adhesion, de conveniencia y de prestigio.—LOS DIRECTORES DE LA REVISTA.

es la que se presenta como resuelta por el art. 642 del proyecto de Código civil, estableciendo la sucesion forzosa y limitando la estension de la facultad de testar: cuestion que antes de resolverse ha sido indudablemente tan meditada y discutida por los ilustrados miembros de la comision de Códigos; como, segun parece, combatido y defendido despues su acuerdo por celosos y apasionados jurisconsultos y escritores del país.

Sin embargo, y á pesar de no tener á la vista mas que la estadística oficial, las disposiciones del proyecto referido y los escritos publicados por mi paisano D. Francisco de Pou, no titubeo un instante en emitir mis observaciones y juicios contrarios á uno y otros; no aspirando al par que aquellos á otro objeto que el de la felicidad general.

Si como catalan puede alguno atribuir mis opiniones á ciego cariño hácia las instituciones de mi país natal, á ese sentimiento tierno que nace con el hombre y se desarrolla con él, sentimiento justo muchas veces y no pocas motejado con la calificacion de *espíritu de provincialismo*; mi calidad de hijo segundo-génito, y la circunstancia de no haber recibido ni antes ni despues del fallecimiento de mis padres, ni siquiera la legítima correspondiente, deberá convencerle de su equivocada apreciacion; y de que solo un convencimiento profundo de la bondad y utilidad general de aquellas antiguas y venerandas instituciones, es el que guia mi pluma, escribiendo contra los intereses y derechos aparentes de esa clase á que pertenezco, y que algunos con mas sentimiento que razon creen postergada é injustamente desatendida.

El Sr. de Pou está sin duda libre de todo compromiso: no es la parcialidad, no el antagonismo provincial los que guian su pluma; si concreta sus observaciones contra la legislacion catalana y la defensa de los hijos segundo-génitos de aquel país, cuando en otras provincias limítrofes y no limítrofes de Cataluña está vigente una legislacion mucho mas dura (segun los principios del Sr. de Pou), y que atiende mucho menos á la suerte y bienestar de los hijos segundo-génitos de las mismas, es porque se ha propuesto sola y exclusivamente hablar de la legislacion especial del país á que debe el ser y en que se halla establecido. Pero no es porque pueda desconocer esta verdad: para demostrarla basta recordar la legislacion foral de Navarra y de Vizcaya, de Aragon y de Valencia, y comparar sus disposiciones con las del Código catalan.

Mientras que en Cataluña la ley ha fijado para legítima de los hijos la cuarta parte de los bienes del padre testador (1), en Navarra por punto general, cumple con dejarle una *robada de tierra en los montes comunes* y la cantidad de cinco sueldos (2); en Vizcaya, *algan tanto de tierra, poco ó mucho* (3); en Aragon, solo cinco sueldos por bienes raices y otros tantos por bienes muebles (4); y en Valencia la parte que quisieren (5).

Mientras que en Cataluña no puede el padre desheredar á sus hijos sin espresar una causa legítima, y obligando al heredero á justificar que es verdadera; en Navarra, por regla general, no hay necesidad de alegarla siquiera, mientras quede salva al hijo ó hijos la mencionada legítima foral.

Mientras, por fin, debe el heredero en Cataluña describir inventario de los bienes y derechos del difunto ante escribano y dos testigos, bajo pena de ser responsable con sus bienes propios de pagar las cargas todas de la misma; puede en Aragon prescindir de esta formalidad, sin que esté obligado mas que á lo que alcanzan los bienes hereditarios (6).

Y sin embargo, no se ocupa el Sr. de Pou de aquellos *pobres desheredados* de estas provincias aforadas; ni cita en sus diferentes escritos, ni conozco yo jurisconsulto ni publicista alguno de las mismas que haya probado con razones convincentes y con datos inequívocos, ni lo injusto y perjudicial de su legislacion, ni la necesidad de su reforma, ni la conveniencia de la proyectada por el Código civil; como, en mi humilde opinion, tampoco lo ha justificado él por lo que respecta á la legislacion catalana, ni lo creo posible, cuando datos inequívocos, documentos oficiales, la historia y la lógica demuestran lo contrario.

En la conviccion de que el Sr. de Pou nada ha omitido de cuanto conducirle pudiera á su objeto, y habiendo yo suplido su silencio en lo que mira á la legislacion foral de Navarra y Vizcaya, Aragon y Valencia, paso á ocuparme detenida y ordenadamente de todos los

(1) Lib. 6.º, tít. 5, const. seg.

(2) Lib. 3.º, tít. 13, ley 16 de la Nov. Rec. de Navarra. La *robada de tierra* es mas de media fanega, y equivale á 400 varas cuadradas de Navarra, que admite un robo de sembradura.

(3) Ley 11, tít. 20 de los fueros de Vizcaya.

(4) Fuer. ún. de testam. nobl.: fuer. ún. de testam. civium.

(5) Const. 42 de Jaime V.

(6) Observ. 3.ª, y ley 12 de testam.

asertos y razonamientos que ha aducido; esperando probar completamente y de una manera incontrovertible la inexactitud de aquellos y la incongruencia de estos: y como consecuencia legítima y definitiva, «que no solo es justa, útil y necesaria la conservacion del fuero catalan y de las otras provincias forales; sino tambien que puede «ser conveniente elevarlo á la categoría de ley general de la Nación;» si es que se cree de tanta urgencia y de tan indispensable cumplimiento el precepto constitucional relativo á la uniformidad de la legislacion.

I.

Los defectos que se imputan al fuero catalan, y por razon de congruencia, al de las demás provincias citadas, son los siguientes:

- 1.º Que su disposicion es contraria al derecho natural.
- 2.º Que contribuye poderosamente al celibato, disminuye en consecuencia el número de matrimonios, y por lo mismo la poblacion y riqueza pública.
- 3.º Que es una de las causas de la emigracion al Nuevo-Mundo, aumenta la empleo-manía, y el número de profesores en las carreras científicas de una manera superabundante.
- 4.º Que el fuero catalan vincula la propiedad en un corto número de individuos, que generalmente hablando, se dedican al ocio y á los placeres; entrando tan solo en la circulacion una cuarta parte de la riqueza provincial; y que sus efectos son muy parecidos á los resultados que han dado los mayorazgos en Castilla.
- 5.º Que el fuero catalan como vinculador ha impedido la division de la propiedad en perjuicio de la agricultura y de la riqueza nacional.
- 6.º Que el fuero catalan introduce la pobreza y el desaliento, fomenta las semillas del mal moral, turba la armonía y la concordia de las familias, abre ancho campo á los pleitos y deja sin ocupacion una masa enorme de individuos *con grave riesgo de la pública tranquilidad.*

Estos son los puntos que he visto descollar en los escritos del Sr. de Pou. Si alguno he omitido, le suplico se digne recordármelo; protestándole que habrá sido contra mi voluntad, y que como los anteriores no quedará sin la debida refutacion.

Para proceder con la claridad debida examinaré por su orden cada uno de los citados puntos; haciéndome cargo de los asertos en que

aquellos se apoyan, y de las consecuencias ó ilegítimas ó equivocadas que se hayan deducido.

CUESTION 1.ª

¿El fuero catalan es contrario al derecho natural?

No seguiré al Sr. de Pou en la escursion que ha hecho por el campo histórico de la legislacion de Castilla y de Cataluña; que si dá una muestra de su erudicion, nada prueba á su objeto, y antes lo contrario; como en ocasion mas oportuna me hago un deber de evidenciar.

Para resolver pues la cuestion propuesta, es conveniente el examen prévio de si la facultad de testar es permitida por el derecho natural y si existe en lucha ó en armonía con el derecho civil. Al efecto es preciso definirlos.

Por derecho natural entiendo yo el conjunto de prescripciones permisivas y negativas escritas por el dedo eterno de la Providencia en la conciencia humana, y que no tienen ni pueden tener mas objeto que la conservacion y perfeccion del hombre en el orden físico, moral é intelectual: y por derecho civil el conjunto de leyes escritas y promulgadas que, basadas en las eternas prescripciones del derecho natural y que regulando las relaciones del individuo con la familia y del ciudadano con el ciudadano, deben tener por objeto la conservacion y perfeccion de la sociedad en todas sus partes.

Es visto pues que el derecho civil no puede estar en lucha con el derecho natural, cuando aquel es la manifestacion práctica de este, y cuando uno mismo ó idéntico es su objeto final.

Ahora bien; la facultad de testar considerada en abstracto, la facultad de disponer hoy del destino que debe darse mañana á las cosas que nos pertenecen; la facultad, ó mejor el deber de prevenir lo conveniente para nuestra conservacion y perfeccion futura, para la conservacion y perfeccion futura de la familia que es nuestra emanacion y la reproduccion nuestra; para la conservacion y perfeccion de la sociedad que constituimos, y de que en bienes y en males somos solidarios; es una de esas prescripciones eternas, positivas en la esencia, permisivas en la forma, escritas por la mano de Dios en la conciencia de la humanidad y reveladas por toda la creacion.

Luego la facultad de testar, independiente de la forma, es de derecho natural.

En vista de esto, y á pesar de los elogios que al Sr. de Pou merece Mr. Linguet, yo me creo dispensado de refutar las opiniones del escritor que sienta de un modo absoluto «que del verdadero derecho natural no existe el menor vestigio en la sociedad, que es incompatible con ella y que lleva necesariamente consigo la destruccion del derecho civil. Que la esencia del derecho natural es una *libertad indefinida*; y que la del derecho civil es la *privacion absoluta* de esta libertad.»

¡Desgraciada la Sociedad cuyas leyes no estén basadas en los eternos principios del derecho natural!

La facultad de testar no es indefinida, sino limitada por el derecho natural por cuanto el hombre no debe disponer de sus cosas de una manera contraria á su conservacion y perfeccion; á la conservacion y perfeccion de su familia y de la sociedad.

Así es que la facultad de testar, reconocida por el derecho civil de todas las naciones cultas, no debe sufrir mas restriccion que la indispensable para conservar y perfeccionar la sociedad, objeto principal por el que el hombre está enlazado con ella, habiendo indicado en parte la aplicacion por sí mismo del derecho natural y sujetado su criterio individual al criterio del legislador.

De ahí la variedad del derecho civil en lo relativo á los testamentos y sucesiones en todas las naciones, y aun en diferentes pueblos de una misma nacion. Admitido por todas el principio, se hallan divergentes en la aplicacion.

De ahí las diferencias entre los fueros de Cataluña, Navarra y Vizcaya, Aragon y Valencia con la legislacion de Castilla.

Aquellos, teniendo por objeto la conservacion y perfeccion de la familia, reconocieron en el padre al legislador casi absoluto de sus bienes, permitiéndole disponer en su última voluntad de las tres cuartas partes de ellos á favor de cualquiera de sus hijos, y aun en favor de estraños á la familia, quedando reservada á los hijos todos legítimos la otra cuarta parte de la que, solo en determinados casos pueden ser privados.

La legislacion de Castilla, atendiendo al individuo mas que á la familia, al hijo mas que al padre, limitando el círculo de la autoridad de este, desconfiando de su inteligencia, y sentimientos, le permite disponer solamente del quinto de sus bienes para satisfacer á sus sentimientos religiosos, ó de justa gratitud ó por otro motivo, y del tercio á favor de uno ó mas de sus hijos y descendientes, reser-

vando para los hijos lo restante que forma la mayor parte del patrimonio del testador.

Los fueros mencionados lo fueron casi todo al cariño previsor, á la inteligencia y justicia del padre, á quien queda libertad bastante, ya para satisfacer exigencias del alma, y afectos del corazon, ya tambien para evitar en lo posible las consecuencias de la desigualdad física, moral ó intelectual de sus hijos: libertad que queda muy reducida, por no decir nula, por las leyes de Castilla.

Sentados estos precedentes, entremos de lleno en la cuestion.

Los derechos y deberes son correlativos y nacen de la diferente condicion del hombre. En el estado ó condicion de familia, lo que es un deber en el padre es un derecho para el hijo, y vice-versa.

La condicion de padre le constituye en el deber de conservar y perfeccionar la existencia física, moral é intelectual de sus hijos; y de este deber natural nace el derecho de estos á los alimentos y á la educacion: derecho sancionado por la legislacion foral de una manera conveniente y racional para la época mas importante de la vida, para la época de debilidad y de ignorancia, de sensaciones y sentimientos diversos y encontrados, y duradero hasta que pueda dirigirse por su inteligencia y sentimientos, hasta que pueda bastarse por su fuerza corporal.

¿A qué otra cosa tienen derecho los hijos, además de los alimentos y de la educacion? ¿Pueden aspirar por solo la condicion de hijos á los bienes que libremente heredados, adquiridos y conservados por el padre deja despues de su muerte, impidiéndole disponer de ellos? Por derecho natural, no; porque esto sería negar al padre el derecho de dominio, el derecho que tienen los mismos hijos sobre sus cosas; porque sería perpetuar la desigualdad que la organizacion, ó la falta de educacion ha producido entre los hombres, cuando la aspiracion de la humanidad es hácia la igualdad perfecta; sería conceder á la ciega casualidad lo que negaría á la inteligencia, prevision, cariño y justicia del padre; cuando este en la distribucion de sus bienes no debe prescindir de que todos sus hijos se hallan en distinta condicion y en diferentes necesidades por su edad y constitucion física, por su estado normal, por el desarrollo de su inteligencia, por su posicion y relaciones con la sociedad.

¿Y quién puede apreciar con mas justicia y mejor criterio que el padre los defectos, virtudes, necesidades y demás circunstancias de

sus hijos? ¿Quién mejor que él está en el caso de conocer y querer suplir las consecuencias de semejante desigualdad?

La ley no puede descender á esos pormenores y menos prevenirlos. Por consiguiente la legislacion que menos limite la facultad de testar, es la mas conforme al derecho natural.

Por consiguiente la legislacion foral relativa á esta cuestion, no solo no es contraria al derecho natural, sino que sus prescripciones son mas conformes á él que la legislacion castellana y la proyectada reforma.

Pero se dice con mas sentimiento que verdad «que los padres abusan ó pueden abusar de semejante derecho; que pueden dar á «un extraño las tres cuartas partes de los bienes con postergacion de los hijos; y que la ley civil debe preverlo é impedirlo.» ¿Y es cierto que en Cataluña, ó en las demás provincias forales hayan abusado ó abusen los padres de semejante facultad? Yo no lo creo, ni lo temo posible.

Sin embargo, el Sr. de Pou lo afirma; dá las razones en que se apoya, razones á mi juicio, insuficientes é insostenibles. ¿Despues de cinco siglos de existencia que cuenta el fuero catalan ¿se conoce algun caso en que el padre sin grandes motivos haya dejado á un extraño las tres cuartas partes de los bienes, y solamente una cuarta á la totalidad de sus hijos? Yo no lo creo; porque á ser así, no habria el Sr. de Pou dejado de hacer valer este argumento, cuando concretando los hechos, el principal fundamento de su discurso es el de que «los padres por lo comun instituyen heredero al hijo primogénito «quedando para todos los demás solo la cuarta parte de los bienes; «de manera que por la ley recibe aquel una porcion igual á los demás como á hijo; y por el padre las restantes tres cuartas partes «como á heredero.» Y para presentar de mayor bulto la desigualdad que semejante proceder á primera vista introduce entre los hermanos, hace la siguiente deducccion.

«De modo que un padre que tenga ocho hijos y un patrimonio de 100,000 duros de capital, corresponden al heredero 75,000 por dicho concepto y los restantes 25,000 repartidos entre todos los hijos, «corresponden 3125 á cada uno de ellos. De modo que el heredero «(que es casi siempre el hijo primogénito) se lleva 78,125 duros, «cuando á sus infelices hermanos solo les corresponden 3125.»

Este es el principal argumento y la base de la opinion del señor de Pou, cuya inexactitud paso á probar con datos y documentos.

1.º Que son muy pocos los padres que en las provincias forales dejen al morir un capital líquido de 100,000 duros.

2.º Que es muy raro y escepcional el caso en que le sobrevivan ocho hijos (1).

3.º Que en Cataluña el padre cuando instituye heredero á su hijo primogénito, no le dá, sino que le restituye hasta cierto punto unos bienes cuya conservacion y aumento algunas veces se debe solo á su laboriosidad y economía.

4.º Que no es exacto por punto general que á los segundo-génitos se les deje solo la cuarta parte de los bienes.

No se oculta al Sr. de Pou en su ilustracion que no deben hacerse leyes sino para los casos que con mas frecuencia ocurren, que deben redundar en beneficio de los mas; y que el hacerlas en beneficio de los menos, no debieran llamarse leyes, sino privilegios.

Ahora bien; ¿por qué en corroboracion de sus opiniones aduce el ejemplo del padre que deja á su fallecimiento un capital de cien mil duros y no el de centenares de millares que dejan solo mil, ó menos, ó nada?.....

En efecto, ninguno que recorre las provincias catalanas, y especialmente sus pueblos mas importantes, y fija su atencion en este particular, nadie dificilmente podrá afirmar que el número de los que poseen un capital de 100,000 duros llegue á un cinco por ciento, no de la poblacion, sino ni del total de los contribuyentes: pero si á mas de su esperiencia y observaciones examina la Estadística oficial, se convencerá que su importancia es casi nula, y que sin otras consideraciones no merece la atencion del Legislador. Examinemos, pues ese documento oficial.

¿Cuál es la poblacion de Cataluña, Aragon y Valencia? (2)

¿Cuántos de sus habitantes contribuyen al Tesoro para su propiedad rústica, urbana ó pecuaria?

¿Cuántos por su industria y comercio?

¿Cuántos pagan una contribucion que suponga un capital de cien mil duros?

El siguiente estado responde oficialmente.

(1) Y es mas raro todavía en una familia opulenta.

(2) La estadística oficial no comprende á Navarra y provincias Vascongadas; por esta razon no las incluyo en mis cálculos, á pesar de ser provincias forales y ser su legislacion tan parecida á la de Cataluña.

PROVINCIAS.	Habitantes.	Familias.	TOTAL DE CONTRIBUYENTES		CONTRIBUYENTES DE 5,000 RS.	
			Territorial.	Industria y Comercio.	Territoriales.	Industriales y Comerciantes.
Barcelona...	713,734	146,350	95,694	29,339	61	47
Gerona..	310,970	61,708	57,072	10,679	16	1
Lérida..	306,994	60,664	53,149	6,332	3	»
Tarragona..	320,593	67,894	66,431	10,433	11	3
Huesca..	257,839	49,204	46,941	7,232	23	»
Teruel..	238,628	57,050	59,148	7,154	20	3
Zaragoza..	384,176	89,477	99,500	13,344	42	3
Alicante..	578,958	91,605	82,754	11,698	28	»
Castellon..	260,919	62,208	90,575	7,342	4	»
Valencia..	606,608	138,013	169,812	18,331	26	8
TOTALES.	3,779,419	824,153	821,076	121,794	234	65

NOTA. Las casillas de habitantes y familias están copiadas del Nomenclator oficial de 1857, pág. 994; y las restantes de la Estadística administrativa de 1855, págs. 81 y 243.

El exámen del estado anterior arroja por resultado total 942,870 contribuyentes propietarios, industriales ó comerciantes, de los cuales solo 299 lo son por cuotas de 6,000 rs. vn. en adelante, que suponen por término medio un capital de 800,000 duros.

La buena fé que guia mi pluma no me permite callar que nuestra estadística administrativa no es tan perfecta ni tan precisa que no deje lugar á duda: creo, pues, que hay contribuyentes que lo son á la vez por propiedad, industria ó comercio; y que si bien no figurara por la cuota espresada, contribuyen, no obstante, por estos conceptos en la misma ó en distintas provincias por cantidades menores, que acumuladas, les constituyen en la categoría de capitalistas de 100,000 duros; y por lo mismo que es mayor su número de lo que parece (1).

Pero téngase presente tambien que si no me hago cargo de ese aumento, porque carezco de datos oficiales, por la misma razon y para compensarlo dejo de rebajar casi todas las cargas que deben deducirse para la regulacion de la legítima, y que tal vez son de mayor importancia que aquel; tales como el capital de los censos y censales con que está gravada la propiedad, el 2 por 100 del derecho de hipotecas, el importe desde el 2 hasta el 10 y mas por 100 en los laudemios, la diferencia de valor de una finca en renta ó en venta, etc., etc.; y que además de esto hay bastantes de esos mismos contribuyentes indubitados que ó no deben legítima, ó no deben regirse por la legislacion catalana (2).

En vista de esto ¿tienen alguna significacion 299 contribuyentes por un capital de 100,000 duros en contraposicion á los intereses de los restantes 942,471 que representan un capital mil veces ma-

(1) La estadística oficial no arroja datos bastantes para apreciar su importancia. Uno, sin embargo, ofrece (pág. 82 á 86), que hace mucho á mi objeto, y es el siguiente:

Agglomerando las cuotas de contribucion desde 1,000 rs. arriba, resulta que 53 contribuyentes pagan por sus propiedades el que menos 50,782 rs.; y que ninguno de ellos es catalan.

¡Qué buen ejemplo de la division de la propiedad en Castilla!

(2) Entre los primeros deben contarse los bancos y cajas de crédito, las sociedades industriales y mercantiles, teatros, liceos, circos, célibes, etc.; y entre los segundos los que nacidos y habitantes en Castilla se rigen por las leyes de este país, entre otros puede citarse al Excmo. Sr. Duque de Medinaceli, que contribuye en Barcelona con la cuota de 34,372 rs. vn.

yor y estremadamente dividido, y derechos de una cuantía inapreciables? (1).

¿Dónde están pues los términos hábiles de la comparacion del Sr. de Pou, cuando el mas descollante dista tanto de la exactitud?

De esta misma falta adolece el otro término de aquella, cuando supone una familia de ocho hijos, caso que ocurre con la misma, si no mayor rareza que aquel.

Abranse sino las páginas del último censo (el estado anterior) y comparando el número de habitantes con el de las cédulas ó familias, se verá que, por término medio, constan estas de cinco individuos, incluso los padres: por consiguiente, es mucho conceder si por regla general se fija de tres á cuatro el número de los hijos legítimos.

Son por lo mismo evidentes las dos equivocaciones del Sr. de Pou, al hacer la indicada comparacion y demostrados con datos oficiales mis dos primeros asertos.

Paso pues, al tercero, para cuya purificacion me servirá tambien la estadística oficial y la historia.

Francisco Castañs.

DE LOS INTERESES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO.

¿Hay en el día términos hábiles para una demanda judicial sobre reduccion de intereses en el contrato de préstamo?

Yo entiendo que sí, aun cuando parezca no avenirse muy bien con semejante dictámen la ley de 14 de marzo de 1856, que autorizó, como es sabido, la libre contratacion en esta materia. Para mí es cosa evidente que estipulándose un interés tan crecido, que esceda en *mucho* ó en *algo* de una mitad sobre el tipo ordinario, sobre el tipo comunmente usado donde esta especulacion se conozca, sobre el tipo económicamente presumible donde no se conozca; para mí, digo, es indudable que habrá lugar en estos casos al recurso ordinario de lesion *enormísima* ó *enorme*, ya para la rescision

:

del contrato, ya para la reduccion de intereses á su justo limite, segun el prestamista eligiere.

Effectivamente: la abolicion de la tasa, que fué lo único que sábiamente ordenó la ley mencionada, no lleva consigo la supresion de las demás garantías que á dicho contrato son inherentes por su consideracion general de oneroso; en cuyo supuesto, dándose tales acciones en todos los de esa especie, con arreglo á las leyes 2.^a y 3.^a, tít. 1.^o, lib. 10 de la Nov. Recop., no encuentro razon alguna para que el contrato de préstamo, mediando interés, deje de subordinarse á las condiciones y requisitos jurídicos que regulan en general la contratacion onerosa.

La abolicion de la tasa, repito, no fué mas que la supresion de una especialidad en el contrato de préstamo: la ley no hizo otra cosa que desencarcelarlo del estrecho círculo en que estaba encerrado, dándole la expansion y la holgura que sin perjuicio de la moral, y sin autorizar el exceso y el fraude, estaba de muy antes demandando la ciencia económica, y que es, á no dudar, el freno mas poderoso contra las demasías de una especulacion insolente, sin rivalidad y sin competencia.

Mas al decretar la ley la abolicion mencionada, dejó subsistentes las garantías comunes del derecho civil; borró, por decirlo así, el círculo mínimo del contrato de préstamo sin tocar al círculo máximo de la contratacion general. ¿Por qué, pues, al pactar intereses, habrémos de pisar esta línea? En el órden legal, en el derecho constituido, no es ciertamente una omnimoda libertad el resultado contrapuesto á la tasa, para que de su estincion se deduzca la absoluta carencia de limite en la estipulacion de intereses. El arrendamiento, la compra-venta, y demás actos de contratacion onerosa, no están sujetos á tasa, y sin embargo no se pacta impunemente el precio indiscreto que constituye las citadas lesiones. Para escluir, pues, de la sancion civil de las mismas al préstamo no gratuito, era preciso que de un modo terminante lo hubiera declarado la ley, no bastando al efecto la sola enunciativa (art. 2.^o) de que «podrá pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo.» Así se pactan los precios y rentas en los ya citados casos de compras y arriendos, y, á pesar de ello, hay *lesion enorme* y *enormísima* en tales contratos, con las acciones consiguientes para remedio del mal.

En suma: el préstamo á interés quedó, sí, exonerado de su an-

figa restriccion peculiar ; pero no relajadas ó modificadas en concepto alguno las condiciones y garantías comunes de la contratacion onerosa , á la cual corresponde el citado convenio ; esas garantías y condiciones le afectarán hoy como á los demás de su clase , y formarán , digámoslo así , su circunscripcion y horizonte legal.

Creo, por lo mismo, que es admisible en el dia, legal y oportuna en su caso, una reclamacion judicial sobre reduccion de intereses en el contrato de préstamo.

José Arias Brime.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

¿Será válido y producirá efectos legales en España el matrimonio civil contraido por dos españoles residentes en Francia, observando las formalidades que allí se exigen para la legitimidad del matrimonio (1)?

ARTÍCULO 2.º

Segun el derecho español.

I.

Examinando esta importantísima cuestion, segun el derecho internacional, hemos descubierto la ley de civilizacion y de progreso que habia hecho prevalecer en los Estados de Europa, á despecho del principio absoluto de su soberanía, el derecho internacional privado, para resolver los conflictos que hacen frecuentes la discordancia de legislaciones, y las relaciones hoy tan continuas entre unos y otros pueblos, que parece que aspiran á formar uno solo en lo porvenir.

Tócanos hoy estudiar esta misma cuestion bajo el punto de vista puramente español.

(1) Véase la pág. 133 del tomo XV.

No desconocemos, sin embargo, que bien podíamos en rigor prescindir de hacerlo, despues de haber demostrado que el derecho internacional privado de Europa proclama en todas partes la legitimidad del matrimonio civil contraído en Francia por dos extranjeros con completa observancia de las formalidades establecidas en el Código de Napoleon. Porque España, que en la asamblea de las naciones cultas ocupa un lugar distinguido, no ha podido menos de sentir lo mismo que las demás, sus hermanas, la necesidad de buscar una regla universal, un supremo criterio para poner en armonía la discordancia de su derecho con el derecho de otros Estados, ora esta discordancia ocasione la residencia en su territorio de súbditos extranjeros, ora nazca de actos lícitos celebrados en país extraño por sus propios hijos.

Así es, que nos proponemos, al escribir este artículo, no tanto demostrar que no rechaza nuestro derecho lo que la Europa proclama, no tanto allegar nuevas razones que robustezcan la tésis que sustentamos—la legitimidad del matrimonio civil celebrado en Francia por dos españoles—como reivindicar para nuestra pátria la gloria de haber sido la primera entre las naciones de Europa que, en medio de la ignorancia, del estrépito de las armas y del aislamiento en que vivian los individuos y los pueblos en la edad media, percibió la direccion á la unidad del espíritu humano, que impele á los pueblos á multiplicar sus relaciones, á fomentar unos mismos intereses, á adoptar unas mismas costumbres, á observar un mismo derecho, á regirse por unos mismos principios, y á vivir una misma vida. Con este motivo tendremos oportuna ocasion de admirar una vez mas la inmortal obra del Rey Sábio.

II.

El derecho debe ser la justicia.

Esta es una de esas ideas fundamentales que constituyen é iluminan la conciencia de todos los hombres, y que es de desear que á la vez constituyan ó iluminen la conciencia de todos los pueblos.

Eminentemente práctico aquel supremo fin—la justicia—no se ha de realizar estudiando *á priori* la naturaleza humana y construyendo el derecho positivo con arreglo al resultado de esta íntima, antropológica observacion. La inflexibilidad de los principios ajústase mal frecuentemente con las necesidades presentes de la vida

civil; y el saber y la razón de la humanidad, que es la historia, ofrece garantías de acierto, que no siempre se encuentran en las más sublimes especulaciones de la filosofía. Los hechos, las necesidades sociales, las costumbres y hasta las preocupaciones de los pueblos, señalan al legislador, no menos imperiosamente que los principios puramente racionales, el camino que debe seguir al dictar y al reformar el derecho. Las leyes son impotentes, lo mismo cuando lastiman los primitivos derechos del hombre, que cuando desconocen las grandes necesidades sociales.

El carácter mismo del hombre, eminentemente social, sus múltiples inclinaciones, sus incesantes deseos, su incansable actividad y hasta sus mismas pasiones continuamente le incitan á establecer nuevas relaciones con otros hombres, ora sean hijos de su propio país, ora extranjeros, ensanchando así de día en día la esfera de su actividad y desarrollo. El derecho no puede prescindir de este espíritu ni dejar de seguir este civilizador impulso. De otro modo pesaría con insoportable tiranía sobre los ciudadanos, y sus disposiciones serían primero eludidas y después destruidas por la gran corriente de las ideas y por la suprema ley de la necesidad.

Nuestra propia historia lo demuestra.

Después de la gran ruina del imperio romano occidental, dos razas, mejor dicho, dos pueblos ocupaban nuestra Península: el visigodo vencedor y el romano-hispano vencido. La altivez y valor del fiero conquistador le hacía mirar con desprecio al subyugado español, que á su vez, incomparablemente más civilizado, juzgábase, aunque vencido, superior á sus dominadores. El recelo, el antagonismo, el ódio entre ambos pueblos era natural, y común el deseo de levantar entre ellos insuperable barrera. De aquí la ley de razas, y el Código de Eurico, ley de los godos, y el Breviario de Aniano, ley de los romanos.

Todo esto, sin embargo, fué inútil. Los dos pueblos vivían dentro de un mismo territorio, y esto bastó para que el espíritu social; que lleva siempre el hombre hácia el hombre, aniquilase sucesivamente todos los obstáculos que á uno de otro separaban. El tiempo se encargó de la obra, y amortiguáronse las antipatías, y estrecháronse las distancias, y comenzaron las relaciones; y aquellas dos razas, tan enemigas y antipáticas, mezclaron y confundieron sus glorias y sus dolores en una misma vida y en una misma historia, formando un solo pueblo, como dice un distinguido publicista, en el

templo, en el foro y en el hogar (1). Los siglos dictaron la ley al legislador. Y los siglos la dictarán, siempre que exista sin satisfacer una gran necesidad social.

III.

En el primer período de nuestra reconquista pocos serian los extranjeros que vinieran al suelo español, por todas partes afligido y profundamente turbado por el rápido triunfo de las armas árabes. Menos serian todavía los españoles que pasaran el Pirineo conservando vinculos políticos ó civiles con su patria: Los habria, sin duda alguna, que huyendo de los azares y males de la guerra buscaran en extraña tierra seguridad y proteccion para su persona y bienes, ya que ni una ni otra cosa enconstraban en la propia. Pero los que así cobardemente abandonaban la madre patria, cuando tenia necesidad del valor y esfuerzo de todos sus hijos, rompian de una vez y para siempre todos los lazos que á ella les unian, y perdian, por este solo hecho, su primitiva nacionalidad. En aquellos tristisimos, pero gloriosos dias, la razon y la historia convienen en que no habia mas españoles que los que con las armas en la mano disputaban el territorio á los soldados del Profeta.

Sin embargo, bastante tiempo despues; cuando nuestras gloriosas monarquías comienzan á engrandecerse y estienden por tierra de moros anchamente sus fronteras, nobles y principes extranjeros, sobre todo en el siglo XII, conducidos por el deseo de adquirir gloria y riquezas, ó impelidos por el espíritu religioso y caballeresco, característico de la época, vinieron á nuestro país á tomar parte en la campaña de siete siglos que contra la media luna abrieron tan heroicamente nuestros padres en Covadonga.

A su vez es probable que las mismas condiciones de los tiempos llevaran tambien á los españoles á las naciones extranjeras, ya para intervenir en cuestiones políticas y alianzas diplomáticas, ya para arreglar asuntos de comercio, ya tambien para probar fortuna en empresas guerreras; que ofrecian tanto mayor aliciente á aquellos espíritus aventureros cuanto mas difíciles y extraordinarias parecian.

(1) Pacheco.—*De la Monarquía visigoda y de su Código el libro de los jueces ó Fuero Juzgo.*

De este modo, la razon indica que debieron nacer en Europa las comunicaciones entre unos y otros pueblos, y la historia acredita que así efectivamente sucedió.

Estos hechos y este estado de cosas ofrecia desde luego al derecho una interesante cuestion que resolver; á saber, á qué ley deberian arreglarse los actos que verificaban los súbditos de un país en el territorio de otra nacion; cuestion delicada que decidieron con admirable espíritu nuestras leyes de Partida á favor del país en que los actos ocurrian, de la misma manera que habia sido resuelta antes por los grandes juriconsultos de Roma, de la misma manera que ha sido resuelta despues por la Europa entera.

En el famoso título 1.º de la Partida 1.ª el gran legislador de Castilla esplica en la ley 15 el modo como deben obedecer las leyes y juzgarse por ellas. Allí, despues de consignar el general principio de que los súbditos del legislador están obligados á obedecer las leyes, añade las siguientes importantísimas palabras. «E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiessen el pleito, ó postara, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes: ca maguer sean de otro lugar nom pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiessen onde ellas han poder: *É aunque sean de otro señorío, nom pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna de estas cosas.*

Así, en el siglo XIII, el sábio Rey D. Alfonso, parece un prodigio, asentaba los fundamentos del derecho internacional privado, que han sido en nuestros dias objeto de tan sérios y concienzudos trabajos; y sobreponiéndose á la ignorancia de su época enseñaba al mundo que los principios eternos de derecho y de justicia no tienen por término las arbitrarias divisiones del territorio; y que lo que es justo y legítimo en el país en que sucede, no puede ser considerado como injusto ni ilegítimo en otras regiones de la tierra donde brille el sol de la civilizasion.

¿Qué diria la historia si nuestros misioneros al llevar á las tribus idólatras la luz del Evangelio, y al esparcir entre ellas la moral purificada en el visol del cristianismo predicáran ó consintieran como buena la doctrina de que al convertirse á la fé cristiana dejan los infieles de ser esposos y padres legítimos, porque su union no habia sido bendecida por la Iglesia! ¿Qué diria la Europa si hoy se diera aquí el espectáculo de considerar á todos los españoles, que

han contraído matrimonio en los países á que la fortuna ó la desgracia los ha llevado, sujetándose á las formas allí establecidas, como esposos ilegítimos, y como ilegítimos se consideráran también sus hijos! ¡Qué diría el mundo si se declarara manceba á la española que contrajo matrimonio con un extranjero, que no siendo católico, ó siéndolo no quiso sujetarse á recibir la bendición eclesiástica, despues de haber contraído el matrimonio civil, en un país en donde esta clase de matrimonio fuera la forma legal del contrato!

Semejante absurdo, tal inmoralidad, tanta ignominia no establece, no la ha podido establecer nuestro derecho. Al contrario, unas veces con su silencio, otras, como en las Partidas, con términos espresos ha proclamado siempre legítimos todos los actos civiles, y por consecuencia el matrimonio también, celebrados en el extranjero con arreglo á las leyes allí vigentes.

IV.

No era posible, atendida su ilustración, que desconocieran esta doctrina los distinguidos jurisconsultos que intervinieron en la formación del proyecto del Código civil español, que hoy está sujeto á la censura pública. Y así es que adoptando lo que de hecho venia rigiendo en España, lo que se ha elevado á la categoría de derecho internacional europeo, lo que está en la moral, en la conciencia de todos los hombres justos, en el interés de las familias, del Estado y de la sociedad misma, dijeron en el artículo 50: «El matrimonio contraído en el extranjero, siendo los dos contrayentes ó uno de ellos español, se regirá por las leyes de España, en cuanto á la capacidad é impedimentos dirimientes del español: salvo que si no se hubiese celebrado en presencia del párroco y dos testigos, y los contrayentes vinieren al reino, lo ratifiquen á los dos meses de su venida, debiendo estenderse la correspondiente partida en el libro de matrimonios.»

Y en verdad que al establecer estos principios no rompian los autores del proyecto la historia de nuestro derecho; lejos de eso, no hacían en la primera parte del artículo mas que aplicar al caso del matrimonio lo que para todos los actos de la vida civil habian ordenado en general, como hemos visto, las leyes de Partida. No eran ciertamente innovadores atrevidos, sino escrupulosos conservadores.

Descúbrese esto patentemente al examinar el comentario del se-

ñor García Goyena, referente á este artículo, en donde, lejos de dar razones para cambiar el derecho antiguo, todo lo que dice es lo mismo que nosotros venimos sosteniendo con arreglo al derecho actual, á saber; que la faz de la Iglesia no es en rigor mas que una solemnidad del acto; que el párroco no es mas que un testigo calificado (1); y que las formas y solemnidades de los actos se rigen por las leyes del país en que tuvieron lugar.

No necesitamos encarecer la gran autoridad del distinguido juriscónsul que acabamos de citar. De él dijo al Gobierno el digno presidente de la comision del Código civil, que su interpretacion y resoluciones podian considerarse como auténticas, por haberse hecho prévia discusion y con aprobacion de la seccion.

Tambien merece elogio la escrupulosa diligencia que, en el artículo que hemos transcrito, puso la comision en separar lo que pertenecia al *estatuto personal* de lo que correspondia al *estatuto formal*. En todo lo que del primero es propio, sujeta al español á la ley de su país. En lo que es propio del segundo á la del país en que se celebra el matrimonio; dando este nuevo tributo á la santidad de los principios, á la conciencia pública, al bien de la familia, á la necesidad social. Segun esto, si un Español contrae matrimonio en Francia, por ejemplo, con una prima suya sin dispensa, aunque el matrimonio en iguales circunstancias seria válido y subsistente entre franceses, porque el parentesco mas allá del grado tercero no es allí obstáculo para la celebracion del contrato (2), sin embargo, siendo, como hemos dicho, uno de los contrayentes español no seria válido, porque en España el impedimento llega hasta el octavo grado, y el que se casa prescindiendo de esta disposicion infringe, en cualquiera punto en que se encuentra, una ley que se refiere á su estatuto personal, es decir, en el caso presente á su capacidad. Empero si el matrimonio se ha de celebrar ante la Iglesia ó ante la autoridad civil, á la ley del país en que el acto tiene lugar es á la que toca decirlo.

Ha venido á sancionar tambien estos principios fundamentales de derecho una disposicion moderna: el Real decreto de 17 de octu-

(1) Las razones en que nos fundamos para sostener estas proposiciones las espondremos con toda estension en el siguiente artículo, cuando tratemos la cuestión bajo el punto de vista del derecho canónico.

(2) Arts. 161 y 162 del Código civil francés.

bre de 1851. Este decreto declara que son válidos y causan ante los tribunales españoles los efectos que proceden en justicia, todos los contratos y demás actos públicos notariados en Francia ó en otro cualquiera país extranjero, siempre que concurren en ellos la circunstancia de que el asunto materia del acto ó contrato sea lícito y permitido por las leyes de España, que los otorgantes tengan aptitud ó capacidad legal para obligarse con arreglo á la ley de su país, *que en el otorgamiento se hayan observado las formas establecidas en el país donde se hayan verificado los actos ó contratos*, y que en el del otorgamiento se conceda igual eficacia y validez á los actos celebrados en territorios de los dominios españoles.

Esta sancion moderna de los principios que sostenemos, esta consagracion nueva de las disposiciones emitidas en las leyes de Partida, este reciente tributo rendido en España á la causa de la civilizacion del género humano, hace insostenible, al menos en nuestro concepto, la opinion que, á primera vista y sin profundizar la materia, pudiera alguno sustentar contraria á la legitimidad en España del matrimonio civil contraido en Francia por dos españoles que tenian allí su residencia. Y debe tomarse en cuenta que las disposiciones que constituyen el mencionado Real decreto fueron adoptadas despues de una detenida deliberacion, en la cual se oyeron á los mas autorizados cuerpos del Estado, entre ellos, al Tribunal Supremo de Justicia y al Consejo Real. De modo, que los principios en él consignados no solo tienen la autoridad legal que les corresponde como parte de nuestro derecho escrito, sino que llevan en si la gran autoridad científica y moral de que disfrutaban los individuos que componen aquellas altísimas corporaciones.

V.

Acabamos de ver que nuestro antiguo y novísimo derecho dá fuerza legal en España al matrimonio contraido por los españoles en el extranjero, siempre que teniendo capacidad para hacerlo segun la ley de su origen, se atienden en su celebracion á la del país de su residencia.

Y para terminar nuestra tarea cúmprenos ahora hacer ver que, aun cuando no hubiera declarado espresamente la validez de esta clase de matrimonio, tendríamos sin embargo que convenir en ella y reconocer sus efectos legales.

Hay principios tan cardinales, tan rudimentarios de derecho que las leyes no pueden desconocer; antes siempre en ellas se presuponen. Negar esta verdad, seria arrancar del derecho la moralidad.

Por el contrario, hay doctrinas tan funestas y tan absurdas, que no es necesario que la ley las rechace con claros términos para condenarlas. Negar esta verdad, seria convenir en que el objeto del derecho podria ser en algun caso degradar al hombre, destruir la familia y perturbar el Estado.

Entre estos principios, que es necesario siempre acatar, ninguno quizá es mas interesante, mas fundamental, mas universal, que aquel que proclama que el estado civil de las personas es indivisible. Su olvido implica los mas grandes errores, las mas trastornadoras consecuencias. El que es padre de familia, en Francia, el que es hijo legítimo en Italia, el que es soltero en Bélgica, el que es casado en Inglaterra, como padre de familias debe ser considerado, ó como hijo legítimo, ó como soltero, ó como casado en España y en todo el mundo. Esta es una doctrina general, de derecho natural, de sentido comun. La existencia de un individuo que sea á la vez casado y soltero, legítimo é ilegítimo, mayor y menor de edad, es un absurdo incalificable, un imposible moral, una idea que persigue y no alcanza á comprender la mas perspicaz inteligencia.

Ahora bien, sostener que nuestro derecho niega fuerza legal á todo matrimonio celebrado en el extranjero, que no sea contraido ante el párroco y testigos en la forma establecida en el Concilio de Trento, es injuriar á nuestro país, suponiendo que nuestras leyes sancionan el conjunto de despropósitos jurídicos que acabamos de censurar.

Y no se crean exajeradas nuestras palabras, porque, sin remonarnos á teorías, concretándonos solo al terreno de la práctica, tenemos en nuestra mano el hacer ver á los que tal pensáran, que desde el momento en que semejante idea prevalezca, la familia se destruye, la poligamia empieza, la moralidad concluye y el Estado se aniquila.

En efecto: hemos visto que, segun el Código francés, el matrimonio civil contraido por dos españoles en Francia es allí válido y legítimo: legítima llama la ley francesa á la esposa, y legítimos á los hijos. Ahora bien, ¿el derecho español rechaza este matrimonio? Pues entonces aquellos contrayentes pueden venir á España y ca-

serse con quienes mejor les plazca, segun la forma de la ley española. Y, si semejante doctrina no fuera condenada por todos los pueblos cultos, sucesivamente recorriendo países la mujer podría tener tantos maridos legítimos, y el marido tantas mujeres legítimas, y los dos tantas clases de hijos legítimos ó ilegítimos cuantas fueran las naciones que visitasen, toda vez que en todas podrían casarse segun la forma de sus leyes, pues no reconocerian estas la eficacia de los anteriores enlaces, en la hipótesis que dejamos establecida.

A tales absurdos conduce derechamente el no reconocer que lo que es legítimo en el país en que sucede es legítimo en todas partes. A tan trastornadores y disolventes resultados lleva el negar la indivisibilidad del estado civil de las personas. Tanta inmoralidad y vergüenza podría caer sobre nuestro derecho si rechazára, tratándose de la forma de la celebracion del matrimonio, el principio adoptado por toda Europa: *locus regit actum*.

Afortunadamente dejamos demostrado que tanto las leyes de Partida, como nuestro derecho moderno establecan lo contrario. El Africa no comienza en los Pirineos.

Alejandro Croizard.

DE LOS INSTRUMENTOS OTORGADOS ANTE LOS CONSULES.

¿Que valor y fé deben tener en España los instrumentos otorgados por súbditos extranjeros ante los cónsules españoles?

Está generalmente admitida como regla de derecho internacional que los cónsules y demás agentes comerciales tienen fé pública para autorizar contratos, testamentos y toda clase de instrumentos públicos que hayan de producir efecto en la nacion á que aquellos pertenecen; pero algunos limitan esta facultad á los actos otorgados por súbditos de la misma nacion, y en este sentido parece hallarse redactado el art. 2.º de la Real orden de 8 de mayo de 1827, segun el cual ningun cónsul ni vice-cónsul extranjero será interrumpido por las autoridades locales en recibir y legalizar protestas de averias,

ni en otras funciones estrajudiciales azejas á su empleo que desempeñen *con súbditos de su nacion.*»

Por el principio de reciprocidad á esto deberian limitarse tambien los cónsules españoles en el extranjero, respecto del punto de que tratamos. Sin embargo, en el art. 22 del Real decreto de 29 de setiembre de 1848, se dispuso lo siguiente: «Los cancilleres de los consulados, mientras lo son, se reputan notarios con fé pública en lo judicial y escriturario dentro del distrito de aquellos. Los documentos que autorizaren harán fé en juicio y fuera de él en la demarcacion del consulado, y legalizados por el cónsul, en todo el reino.»

No obstante lo genérico de esta disposicion que se refiere á toda clase de documentos, sin distinguir si han sido otorgados por naturales ó extranjeros, algunos letrados han creido que debia entenderse con la limitacion antes indicada de que los documentos sean otorgados por súbditos españoles. Esto ha dado lugar á varias reclamaciones, siendo una de ellas la que en 1857 elevó al Ministerio de Estado el Cónsul de España en Burdeos por haberse negado los Abogados de Zaragoza á bastantear un poder que ante él habia otorgado un súbdito francés. Con el fin de adoptar una disposicion general relativa á este asunto, se pidió informe al Tribunal Supremo de Justicia; y pasado el espediente al Ministerio fiscal, éste, con fecha 4 de diciembre de dicho año de 1857, emitió el siguiente dictámen, para cuya publicacion estamos autorizados.

«El Fiscal dice: Que con Real órden de 9 del mes próximo pasado, se remitió á consulta de este Tribunal la comunicacion que el Ministerio de Estado dirigió al de Gracia y Justicia con fecha de 29 del mes anterior, encareciendo la necesidad de que se adopte una disposicion general relativa á la fé que deban merecer los instrumentos otorgados por súbditos extranjeros ante los cónsules españoles.

Motivó dicha comunicacion la que, en 17 del mes últimamente citado, elevó el cónsul de S. M. en Burdeos al Ministerio de Estado, en que manifestaba que cuando se hizo cargo del consulado tuvo ocasion de enterarse de que por práctica de antiguo observada, los vecinos de Burdeos y de su distrito otorgaban poderes ante los cónsules españoles, para que produjeran su efecto en nuestros tribunales, tanto de la Península como de Ultramar. Que siguiendo esta jurisprudencia contra la cual nunca ni en ningun caso se ofreciera la menor dificultad

autorizó escrituras de la expresada clase para ser presentadas en Palencia, Bilbao, Pamplona, Tolosa, Habana, Santiago de Cuba y Guayamo, y que en marzo y julio últimos Mr. Juan Bautista Domadieu de aquel comercio, otorgó poderes ante el mismo con objeto de promover ciertas reclamaciones ante los juzgados de Bilbao, Pamplona y Zaragoza, los cuales, aunque admitidos en los dos primeros puntos, no fueron aceptados por los abogados del último, quienes se negaron á bastantearlos por ser extranjero el interesado.

Considera dicho cónsul errónea semejante doctrina, puesto que se halla en contradicción abierta con la práctica observada en los tribunales de España y Ultramar de que tiene conocimiento, á tenor de los antecedentes indicados, y reclama que se dé la oportuna disposición para evitar desacuerdos de esta especie, si se juzgase conveniente; llamando á la vez la atención de la superioridad hácia otro concepto, erróneo asimismo, que sientan los abogados de Zaragoza, reducido á que los cónsules españoles tampoco pueden autorizar poderes otorgados por súbditos de nuestra nación cuando los notarios ó escribanos del país en que residen entienden nuestro idioma.

El Ministerio de Estado al acompañar esta exposición, no solamente significa su conformidad con lo manifestado en ella, sino que la apoya, añadiendo que en su concepto se incurriría en la contradicción mas manifiesta, si se aceptase la fé pública de los cónsules para legalizar los documentos otorgados en el país de su residencia, y se les negase para autorizarlos por sí mismo.

Estos precedentes fijan con toda lucidez los términos de la cuestión que determina la consulta, y una vez conocidos, bastará en sentir del Fiscal, una breve reseña de las disposiciones legales referentes á la materia para concluir con sencillas deducciones; que el dictámen de los abogados de Zaragoza, que con sobrada razón combate el cónsul de Burdeos, está destituido de todo fundamento, así en el orden legal como en el de la conveniencia pública.

En 1836 algunos abogados de Barcelona devolvieron á varios particulares de Marsella poderes otorgados ante la cancillería del consulado español de dicha última ciudad, bajo el concepto de que no hacían fé en nuestros tribunales. Dada sin duda la oportuna queja, se comunicó al Regente de aquella Audiencia una Real orden, su fecha de 29 de diciembre del mismo año, en que se prescribió que en Cataluña fuesen aceptados con arreglo á las disposi-

ciones vigentes, los poderes y demás instrumentos públicos que se otorgasen ante los cónsules de la nación en el extranjero, cortándose perjuicios á los interesados.

También debe citarse con el mismo propósito que la Real orden anterior, la de la Regencia del reino de 9 de junio de 1842, por la que se manda á los tribunales que no admitan documentos procedentes del extranjero, que no estén autorizados ó legalizados por los cónsules ó agentes consulares de S. M., acreditados en el país de que aquellos procedieran.

Tampoco debe olvidarse en la presente investigación una de las disposiciones que contiene el Real decreto de 29 de setiembre de 1848 dado, segun se lee en su preámbulo, con el objeto de adoptar las medidas necesarias referentes al orden judicial de los consulados de España en los países extranjeros, y en especial en los puntos de Levante y costas de Berbería. En su artículo 22 se dá á los cancilleres de los consulados la fé pública, así para lo judicial como para lo escriturario, teniendo validez los documentos que autorizan en todo el reino, si fueren legalizados por los cónsules respectivos.

La Ley de Enjuiciamiento civil en su art. 282 determina de otra parte, que los instrumentos otorgados en el extranjero tendrán validez ante nuestros tribunales cuando reúnan los requisitos prevenidos en el país de que proceden, ó los que requieren las leyes españolas para su autenticidad; precepto que, lejos de oponerse á la práctica recordada y á las Reales órdenes anteriores, las comprende sin la menor duda en su íntimo pensamiento.

Por último, los Reales decretos de 17 de octubre de 1854 y de 17 de noviembre de 1852 que puntualizan los indicados requisitos, no hacen mérito especial de la calidad de las personas autorizantes, de modo que así pueden referirse á los notarios ó funcionarios que tienen fé pública en el extranjero como á nuestros cónsules.

De esta tan breve como sucinta reseña se desprende un principio, que nunca debe perderse en las cuestiones de derecho internacional privado que se rozan con las facultades de nuestros agentes consulares en el extranjero. Este principio es, que los cónsules, vice-cónsules españoles, y hasta los cancilleres en su caso, son considerados como notarios públicos, y que en consecuencia los actos que ante ellos pasan sin distinción de personas respecto de los otorgantes, deben ser aceptados por nuestros tribunales, como por lo general lo han sido siempre, segun con sobrada razón lo aduce el

cónsul de S. M. en Burdeos en su comunicacion de 20 de octubre último.

Y á este principio acompaña una consideracion, que no es de poco peso, pero referente á las casas consulares, las cuales por el hecho de tener en ellas sus moradas y oficinas los representantes de nuestra nacion en el extranjero se reputan como parte de ella, especialmente respecto de los actos que en las mismas tienen lugar.

Si fuera necesario aducir ejemplos de las aserciones del cónsul de Burdeos, que deben mirarse como una deduccion legítima de la regla que acaba de asentarse, muchos en verdad se pudieran citar; pues es cosa sabida, que, tanto ahora como antes, se han admitido gestiones en los tribunales en virtud de representacion fundada en escrituras de poder, autorizadas en el extranjero por funcionarios de aquella clase; y si la legislacion moderna no rechaza dicha autorizacion, antes bien tiende con continuos esfuerzos á dilatar su esfera; si procura constantemente estrechar las relaciones de familia entre las naciones civilizadas é independientes; si así conviene al interés de todos los países y de cada uno de ellos, inconveniente fuera, y aun ilegal si cabe, retirar á nuestros cónsules una facultad reconocida por inconcusa práctica y fundada en declaraciones terminantes.

Es, sin embargo, muy digno de observarse al tratar de esta cuestion, que entre España y algunas naciones estas reglas internacionales se han llevado á la perfeccion por medio de tratados consulares; mas á pesar de esto, no porque así se haya estipulado parcialmente, se deduce que la regla general que emana de aquel principio haya caducado, puesto que en todos casos es indudable la validez de los instrumentos otorgados ante los cónsules españoles en el extranjero, sin consideracion alguna á las facultades que adornan á los cónsules extranjeros en nuestro país.

Dicha regla general viene observándose en España sin depender de los convenios consulares, toda vez que es anterior á estos, y no nació de sus estipulaciones. Estos convenios la perfeccionan, la ratifican y estienden sus beneficios á las naciones que los celebran; pero no ejercen influencia alguna respecto á aquellos países que todavía no los han ajustado con España: y en tanto es así, en cuanto las reglas y preceptos que comprenden el derecho de gentes, puesto que se dirigen á la prosperidad y bienestar del mundo civilizado, son de favorable interpretacion; de modo que la con-

quista que hace en un punto, muy presto se comunica á otros y se generaliza; las ventajas que consiguen dos naciones, pronto las reclaman las demás.

Entre otros convenios de que tiene conocimiento el Fiscal, citará á propósito el ajustado entre España y Cerdeña en 3 de abril del año último, en el cual y en su art. 6.º se dispone que los cónsules generales, cónsules, vice-cónsules de ambas naciones tienen el derecho de recibir en sus cancellerías, en el domicilio de las partes y á bordo de los buques de su país las declaraciones que los capitanes tripulantes, pasajeros, negociantes y cualesquiera otros súbditos quieran hacer, incluso los testamentos y últimas voluntades y todos los demás actos notariados, sin exceptuar los que llevan por objeto establecer hipotecas: que tambien tienen el derecho de recibir en sus cancellerías todos los actos convenionados entre uno ó mas de sus compatriotas y otras personas del país en que residen; así como todos los actos convenionados relativos esclusivamente á los ciudadanos del país de su residencia, con tal que se refieran á bienes situados ó á negocios que deban tratarse en el territorio de la nacion á que pertenezca el cónsul ó ajente, ante el cual se celebren.

A este grado de perfeccion deberá llegarse antes de mucho tiempo, respecto de otras naciones con las cuales se están fijando las bases para iguales tratados, cuyo efecto será que se hagan estensivas á los ajentes consulares de los respectivos países las facultades y preeminencias de que están revestidos los nuestros, por virtud de la jurisprudencia y disposiciones al principio indicadas.

En todo caso no puede suscitarse para nosotros dificultad de ningun género, porque se trata del efecto que deben producir en España tales documentos, acerca de lo cual, si rigurosamente se considera, ninguna combinacion con reglas y leyes estrañas se necesita, mucho mas cuando el principio absoluto de reciprocidad que establecian los decretos de 17 de octubre de 1851 y de 17 de noviembre de 1852, no lo reproduce esplicitamente la ley vigente de Enjuiciamiento, que previene tan solo, como queda dicho, que los instrumentos procedentes de países estranjeros tengan las formas en ellos establecidas y los requisitos que para su autenticidad requieran las leyes españolas.

El Fiscal cree suficiente lo espuesto para concluir que, si los instrumentos á que se refiere la consulta pendiente, proceden de

algun país con el cual se hayan celebrado convenios consulares ú otros de su especie, deberán hacer fe en España, según lo convenido en estos: en tales casos deberá estarse á lo estipulado en los tratados. Que los procedentes de los demás países por el hecho de ser autorizados ó legalizados por nuestros consules, tambien han de ser admitidos como válidos, en virtud del principio, práctica y disposiciones de que se ha hecho mérito; y que convendrá hacerlo entender así á quien corresponda, para evitar quejas de los agentes consulares y perjuicios á los interesados.

En este concepto, entiendo el que suscribe podrá evacuarse el informe reclamado por la Real orden citada anteriormente, ó de aquel otro modo que al Tribunal pareciere mejor.»

Si no estamos mal informados, el Tribunal Supremo de Justicia evacuó su informe en los términos propuestos por el Ministerio fiscal. No tenemos noticia de que el Gobierno haya publicado resolución alguna sobre este asunto; pero en vista de las razones y fundamentos legales en que se apoya el luminoso dictámen fiscal, que precede, y de la autoridad que le dá la conformidad del Tribunal, es de esperar que, luego que sea conocido, se fije la jurisprudencia en el sentido que en el mismo se espresa.

Los Directores de la Revista.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

DEL JUICIO EJECUTIVO.

CONSULTA.

¿En los juicios ejecutivos, viene obligado el reo ejecutado á enumerar los hechos y fundamentos de derecho en el escrito en que alegue sus excepciones?

Comenzamos por indicar que abrigamos la conviccion de que la Ley de Enjuiciamiento civil no impone semejante obligacion. Se ofrece, sin embargo, esta cuestion en un caso práctico; y nos parece conveniente ocuparnos en el análisis de los preceptos de dicha ley relativos á este particular, como medio de fijar nuestras ideas, tratándose, como se trata, de un punto de procedimiento que desde luego reconocemos puede sustentarse con copia de razones por uno y otro lado.

Preciso nos es reconocer ante todo que, en general, la Ley de enjuiciar que nos rige ha dado un paso muy avanzado en pro de la lealtad y franqueza en los debates del foro, cuando ha establecido al tratar de las demandas ordinarias, la indeclinable obligacion de numerar los hechos y fundamentos de derecho que vienen á formar la base de las acciones. Con semejante precepto se evitan las divagaciones, se metodiza el juicio, se auxilia grandemente al juzgador, y se cierra por otra parte le puerta á toda táctica insidiosa.

Y esta es la razon en que muy bien puede apoyarse la opinion que se pronuncia por la obligacion en que el reo ejecutado está de enumerar los hechos y fundamentos de derecho, en su escrito de excepciones, auxiliada de otro lado por el silencio de la ley sobre este punto.

Reconocemos verdaderamente que todo esto tiene mucha fuerza; pero nos parece que la tienen mucho mayor las razones que de contrario pueden alegarse en apoyo de la opinion que arriba dejamos indicada. Directamente contribuye á nuestro intento no perder de vista la índole y naturaleza del juicio ejecutivo. En él, con efecto, no se trata de hacer declaracion alguna, sino de asegurar la in-

mediata realizacion de lo que ya se tiene por suficientemente discutido y declarado en virtud de una escritura pública ó de una confesion judicial; y de aquí, las variantes del modo de actuar en esta clase de juicios, relativamente al juicio civil ordinario, y la necesidad de estar á la letra de la Ley en cuanto concierne á las formas del procedimiento.

Una de esas variantes en que debemos fijarnos precisamente, porque es de donde tomamos el fundamento para asentar que el reo ejecutado no viene obligado á la numeracion en un escrito de excepciones, es la que mira respecto á la forma de demandar y contestar. En el título del juicio ordinario se leen dos artículos espresos, son los 224 y 253, que previenen de una manera terminante que la demanda y contestacion respectivamente se formulen esponiendo sucintamente y numerando los hechos y fundamentos de derecho.

¿Es acaso lo mismo lo que en las ejecuciones tiene dispuesto la Ley de enjuiciar? Bajo ningun concepto. Existe si un artículo, el 945, que prescribe que la demanda ejecutiva se formule en los términos prevenidos para la ordinaria; pero cuando se dispone acerca de la oposicion y alegato del ejecutado, la ley guarda un profundo silencio, que si bien antes hemos reconocido que puede favorecer á una con la razon general de la ley, la opinion que ha llevado á la resolucion práctica del caso, en contrario á la opinion que sostenemos, favorece mucho mas á la resolucion negativa de la pregunta sobre la que nos hallamos escribiendo. Ello es cierto que la ley fué en extremo esplicita al circunscribir las formas de la demanda y de la contestacion en los juicios ordinarios: tambien es verdad, que igual solicitud de expresion se halla al ocuparse de las demandas en las ejecuciones: luego es claro, á nuestro entender y como consecuencia indelible de semejantes espresiones prescripciones, que cuando ha callado al hablar de la contestacion en esta clase de procedimiento, ó sea del escrito de excepciones, su silencio no puede ni debe suponerse casual, ni suplirse por una interpretacion, que muy bien se confundiría con una aclaracion de la ley, atribuyéndose así al poder judicial facultades que, propia y legalmente hablando, son y corresponden al mismo legislador. Ese silencio no es inmotivado, ni puede atribuirse á descuido del autor de la Ley de Enjuiciamiento, que en la materia de que nos vamos ocupando ha sido estremadamente exacto al señalar

las formas del procedimiento. Ese silencio es para nosotros un precepto mudo del legislador, que ha querido, callando, dejar al libre arbitrio de todo ejecutado la facultad de numerar ó la de alegar sus excepciones á la antigua usanza.

Creemos ver para esto muchas razones: 1.^a que, no dándose en las ejecuciones discusion propiamente dicha, falta el motivo determinante para precisar las formas de enjuiciar á la misma idéntica marcha del juicio ordinario: 2.^a que, siendo el procedimiento en las ejecuciones de todo punto singular en su comienzo y sucesivo tracto, las formas adoptadas deben ser usadas y guardadas así como las ha prescrito la ley, y no de otra manera; puesto que estas formas son una escepcion de las del juicio ordinario: 3.^a que, acortado grandemente el término de la alegacion por parte del reo ejecutado, y reducido todo á un simple escrito por cada parte, no cabe enmienda de un error padecido en los hechos, como lo hay en los juicios ordinarios con el otorgamiento de las réplicas, de las dúplicas y de los escritos de ampliacion; y como pudiera suceder con la mayor facilidad que ese error se diera por parte del ejecutado, viniendo así á padecer un detrimento la verdad, que es el blanco de todo procedimiento, de aquí la necesidad de que quede al libre arbitrio de aquel, sobre el cual pesa la demanda ejecutiva, el numerar ó no los hechos que basan la excepcion.

Con esta potestad se concilia todo, pues que á la vez que el ejecutado no viene espuesto á ser víctima de la ejecucion, que el que la incoa ha tenido un tiempo ilimitado para preparar, no deja de verse suplido en esta ocasion por la ley misma el justo homenaje á la franqueza del procedimiento; en la determinacion que hace de las únicas excepciones admisibles, y en la facultad de ordenar las pruebas que atribuye al Juez.

Por lo espuesto, pues, se vé que así como el procedimiento civil ordinario ha sufrido enmienda en demandas y respuestas y tambien el procedimiento ejecutivo con relacion á las demandas, no se ha introducido variante alguna relativamente á la forma de la contestacion del ejecutado; que por lo mismo se vemos con la libre facultad de numerar ó no su alegato de excepciones, segun los casos y circunstancias, y la conveniencia de su derecho.—MANUEL BRULLA.

Contestacion.

Respetamos la opinion del Sr. Brulla en la cuestion que propo-

ne; pero no podemos dejar de manifestar con franqueza que profesamos otra muy distinta.

La locucion de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil es, por punto general, clara y precisa, de modo que está al alcance de todas las inteligencias; y aunque no puede negarse que, en algunas ocasiones, ofrece motivo á dudas con su silencio, en medio de esa oscuridad, no es difícil conocer su espíritu, estudiando su objeto y sus tendencias en la totalidad de sus disposiciones.

Fijándonos en los artículos que tienen relacion con la pregunta, observamos, con efecto, que la Ley, al dictar reglas para la tramitacion del juicio ejecutivo, guarda silencio acerca de un punto que pudo tener presente el legislador, porque precisamente conduce á su sistema de reforma. Despues de establecer los trámites del juicio en la parte que concierne al actor ejecutante, y previendo el caso de oposicion del ejecutado, dispone en el artículo 962, que se entreguen los autos á su procurador por término de cuatro dias para que dentro de ellos alegue sus escepciones; y pasando á declarar cuáles deben ser estas, como únicas admisibles, nada prescribe respecto de los requisitos que ha de contener el escrito de oposicion. De aquí nace la duda de si el ejecutado tendrá obligacion, al formularla, de numerar los hechos que refiere y los fundamentos del derecho que alega en su favor.

Aunque la Ley no fija estos requisitos para la oposicion del ejecutado, es preciso suponer que exige todos aquellos que sean necesarios para la claridad y buen orden del juicio, como los tiene prevenidos terminantemente respecto de otros escritos de igual naturaleza. En el art. 224, al tratar del juicio ordinario, determina las formalidades que deben observarse en la redaccion de la demanda; y despues en el 226, preceptúa que los Jueces repelan de oficio todas las que no se hubiesen acomodado á las reglas prescritas. Estas disposiciones tienen por objeto establecer la sencillez y claridad en las peticiones de los litigantes, de modo que se conozca perfectamente la persona del demandante y la del demandado, el Juez ante quien se pide, la cosa que se reclama, el derecho que se ejercita, y los hechos de que este se deriva. Y como todos estos puntos son comunes á ambos litigantes, porque uno y otro deducen sus pretensiones para conseguir el fin que respectivamente se proponen; no podia la Ley dejar de estender su precepto al demandado, cuyo derecho interesa conocer del mismo modo. Así es que, ocupándose

de la constestacion en el art. 253, dispone que se formule en los mismos términos prevenidos para la demanda. Mas todavía, siendo consecuente en sus prescripciones, comprende tambien en ellas la demanda ejecutiva, mandando en el art. 945, que se observen las mismas solemnidades en su redaccion.

Ahora bien; si el espíritu que domina en todos estos preceptos es, como se comprende, regularizar y simplificar las peticiones de las personas que litigan, ya demandando, ó ya defendiéndose, ¿qué razon hay para desconocer ese mismo objeto, ese mismo interés, cuando se trata del demandado en el juicio ejecutivo? Ciertamente que la Ley ha guardado silencio al ocuparse de su oposicion relativamente á los requisitos que debe contener; pero de este silencio no puede deducirse que no los exige, porque equivaldria á permitir la confusion y el desórden que se oponen á las buenas prácticas. La Ley ha prescindido de las formalidades que deben observarse en la oposicion del ejecutado; pero esto nunca puede autorizar para creer que permite un escrito desreglado, sin designacion de las personas que intervienen en el juicio, sin expresion de lo que se pide, y sin concierto en los razonamientos, que son requisitos de que ninguna ley ha dispensado jamás. Si, pues, estas solemnidades han sido siempre obligatorias y se consideran tambien ahora, á pesar del silencio de la nueva Ley, no puede aprovechar este mismo silencio para suponer que el demandado en el juicio ejecutivo está fuera de la regla general establecida en cuanto á la esposicion y numeracion de los hechos y fundamentos de derecho, que es un principio adoptado por la Ley misma.

En nuestro concepto, sea cual fuere la naturaleza del juicio, es obligatorio, tanto al demandante como al demandado, esponer con claridad y numerar además los hechos y los fundamentos de derecho en todos los escritos que afectan á la esencia del negocio, como son: la demanda, contestacion, réplica, dúplica y alegatos, sin escluir, por consiguiente, el escrito de oposicion en el juicio ejecutivo. Este sistema tan recomendado por los resultados que ha producido en los tribunales administrativos, facilita la resolucion de los pleitos, dando á los Jueces antecedentes bien ordenados para pronunciar sus fallos con acierto.

Hernegildo María Ruiz.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR.

CONSULTA.

Los españoles menores de edad, residentes en territorio extranjero, en Méjico, por ejemplo, ¿pueden nombrar curador, con arreglo á los arts. 1237 y 1238 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para que los represente en los juicios voluntarios de testamentaría que se verifiquen en la Península, ó quedan sujetos á lo que disponen los artículos 416, 417 y 418 de la misma ley?

Creemos fuera de toda duda que los españoles, menores de edad, residentes en territorios extranjeros pueden nombrar curador con arreglo á los arts. 1237 y 1238 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pues mientras no pierdan su nacionalidad están sujetos á las leyes que rigen en España, en cuanto se refiera á su estado y capacidad. De aquí, que están obligados á hacer el nombramiento de curadores, si bien, en cuanto á la forma, habrán de atenerse á lo dispuesto en los tratados de relaciones judiciales con la nacion en donde los menores tengan su domicilio, ante cuya autoridad judicial deberán hacer nombramiento y remitir las diligencias, para mayor autenticidad, al Juez que conozca del juicio voluntario de testamentaría, conforme á lo dispuesto en el art. 34 del Real decreto de 17 de noviembre de 1852 sobre Etranjería. No veo, pues, contradiccion entre los artículos de que llevo hecho mérito, y los de la misma ley 416, 417 y 418; y por consiguiente creo que unos y otros pueden aplicarse en sus respectivos casos.

Tal es mi dictámen, y desearia sirviese de motivo para que VV. ocupen las páginas de la REVISTA esponiendo el ilustrado de sus autorizados Directores. —B. D. R.

Contestacion.

Estamos conformes con el bien pensado dictámen que antecede, en su parte sustancial. Solo nos separamos de él en un punto, y á la verdad el menos importante. El art. 34 del Real decreto de 1852 sobre estranjería, se refiere á los exhortos de los jueces extranjeros,

no á las diligencias que como actos de jurisdiccion voluntaria se practican ante ellos y que se entregan á las partes, ya originales, ya en compulsa, ya en otra forma. Estos documentos se legalizan en la forma que las leyes previenen, por regla general, respecto á los documentos extranjeros, y así hacen fé en juicio.

Los Directores de la Revista.

DEL JUICIO VOLUNTARIO DE TESTAMENTARIA.

CONSULTA.

El art. 414 de la Ley de Enjuiciamiento civil ordena, que para promover el juicio voluntario de testamentaria, se presente la partida de defuncion de la persona de cuya sucesion se trate y el testamento del difunto.

El art. 331 dispone que el juicio de ab-intestato no pueda prevenirse sino en el caso de que no conste la existencia de disposicion testamentaria y el finado carezca de descendientes, ascendientes, ó colaterales dentro del 4.º grado.

El art. 376 previene, que terminados los pleitos cuyo objeto es declarar quiénes son los herederos, se arregle la tramitacion á lo establecido para el juicio de testamentaria.

En vista de estas disposiciones legales se pregunta. ¿Muerto intestado un sugeto sin dejar descendientes, pero sí ascendientes, podrá la viuda acudir á los tribunales pidiendo la formacion del juicio voluntario de testamentaria con objeto de resolver las cuestiones que produce naturalmente la disolucion de la sociedad conyugal? En caso negativo, ¿qué clase de juicio deberá provocarse?

El que suscribe es de opinion, que no pudiendo tener cabida el juicio de ab-intestato, toda vez que la ley lo escluye cuando existen ascendientes, descendientes ó colaterales dentro del 4.º grado, porque supone que en este caso se ha llegado desde luego sin necesidad de controversia al estado que marca el art. 376, ó sea el de ser conocidos los legítimos herederos, debia entablarse el juicio volun-

tario de testamentaria, acomodándose á la tramitacion marcada para el mismo; pero habiéndose en la práctica contradicho esta opinion, negándose la pretension aducida, sin otro fundamento que la de no presentarse el testamento del difunto, como dispone el artículo 414 de la ley, acude á ustedes rogándoles que con su superior ilustracion se sirvan ocuparse de esta cuestion en su apreciable periódico; pues siendo muy frecuente en la práctica, conviene quede dilucidada hasta el punto que sea posible.—J. LOPEZ SOMALO.

Contestacion.

Aceptamos como nuestro el dictámen que precede, si bien haciendo una modificacion, no en el fondo, sino en alguna de las frases que contiene, y aun creemos que en ello estará conforme el consultante. Esta modificacion se reduce á que en lugar de considerar que en el caso propuesto en que el finado tenia ascendiente hay lugar al juicio voluntario de testamentaria, creemos que hay un juicio ab-intestato si bien adoptando las formas y los trámites establecidos en el juicio de testamentaria, por haber herederos conocidos. Así lo deducimos del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando dice tratando del juicio ab-intestato que *declarados quienes son los herederos, se acomodará el juicio á los trámites establecidos para el de testamentaria*. No sirve citar contra esta nomenclatura el art. 351 de la misma ley, porque este no dice que no haya juicio ab-intestato, cuando existan descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, sino que se limita á decir que el juez no pueda prevenirlo. El fin de la ley en este artículo fué evitar que se convirtieran de oficio en judiciales los ab-intestatos que, por haber herederos conocidos, no debian diferenciarse de los casos en que el finado habia dejado testamento; recordaba antiguos abusos y queria corregirlos. Por lo demás, escusado es indicar que cuando los descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado no aceptan la herencia, entonces la autoridad judicial no podrá escusarse de prevenir el ab-intestato.

Los Directores de la Revista.



PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

CONSULTA.

¿Há lugar á la prision del que fingiéndose dueño de una cosa la enajena, arrienda, grava ó empeña; delito que tiene señalada en el Código una pena pecuniaria en toda su estension? (art. 455.)

Contestacion.

No dudamos responder negativamente. Para ello nos fundamos:

1.º En que la privacion de la libertad de los procesados, que no es nunca una pena segun terminantemente lo reconoce el art. 22 del Código, no puede tampoco tener efecto sino en aquellos casos en que esta medida es conveniente á la administracion de justicia, con arreglo á las disposiciones legales, para que no quede eludido por la fuga el cumplimiento de la sentencia.

2.º Porque aun cuando el delito sea calificado con el nombre de estafa y no con el de engaño, diferente de la estafa propiamente dicha, títulos ambos que usa en el Código el epígrafe de la seccion 2.ª, cap. 4.º, tít. 14; lib. 2.º en que está comprendido, la escepcion que establece el art. 5.º del Real decreto de 30 de setiembre de 1853, no puede sin embargo ser aplicable á este caso, pues lo contrario seria sacrificar á su letra el espíritu de esa misma disposicion legal, que tiende marcadamente á reducir los autos de prision prodigados antes sin conveniencia alguna pública y sin necesidad suficiente; significacion que claramente revela la esposicion de motivos que precede á dicho Real decreto.

3.º Porque en tales casos no hay que asegurar el cumplimiento de penas personales, sino el embargo de bienes bastantes.

4.º Porque es anómalo y absurdo, que lo que no puede hacerse nunca en virtud de sentencia ejecutoria, como es en este caso el privar de su libertad al procesado, tenga efecto durante la sustanciacion de la causa sin motivo ni razon que lo justifique. Esto que parece podria ser aplicable á otros casos, como por ejemplo al reo menor de 18 años que comete un hurto por valor que no llega á cinco duros, porque entonces la pena es de multa, no lo es, sin em-

bargo, puesto que en tal caso, á diferencia del propuesto, la pena señalada al delito es personal, y hasta la sentencia definitiva no se aprecian las circunstancias que hacen rebajarla uno ó mas grados.

3.º Porque el acordar la prision del reo sería *«opuesto á la razon, depresivo de los derechos de seguridad individual y altamente pernicioso por sus consecuencias,»* palabras que se usan en el preámbulo del Real decreto de 30 de setiembre de 1853 para motivar sus disposiciones en el sentido de restringir los autos de prision que anteriormente se prodigaban sin motivo.

Los Directores de la Revista.

DE LA ASISTENCIA DE CINCO MAGISTRADOS

PARA LA VISTA Y FALLO DE CIERTAS CAUSAS.

Digo en mi artículo sobre sustanciacion de causas criminales (1), que me ocuparía de las que se siguen contra ausentes; sin renunciar á mi propósito, me parece conveniente iniciar la siguiente cuestion.

¿Será necesaria la asistencia de cinco magistrados para ver y fallar las causas por delitos á que la ley impone como principal una pena temporal, y como accesoria una perpétua?

Hé aquí una cuestion en mi juicio de mucha importancia, de grandes consecuencias, porque su resolucion podrá causar una gravísima novedad en los tribunales colegiados; principiarié mis observaciones deseando verlas combatidas para ilustrarme, ó apoyadas para convencerme; ojalá se discutiesen todas las cuestiones solo ante la razon, ante la lógica: de la discusion en esta forma brota la luz, de la discusion apasionada sale por lo comun la confusion, el error, raras veces la verdad.

La regla 42 de la ley provisional para la aplicacion de las disposiciones del Código penal dice: «El número de cinco magistrados es únicamente necesario: 1.º para ver y fallar aquellos procesos en que el juez haya impuesto, ó pedido el fiscal de S. M. la pena de muerte, ó alguna de las perpétuas.» Aquí debo observar que el juez ha de imponer la pena principal despues de calificar el delito y apre-

(1) Véase la página 393 y siguientes del tomo XIII de esta REVISTA.

ciar las pruebas; pero en cuanto á la accesoria no cabe error, siempre ha de ser la designada por la ley: en la primera cabe graduacion, en la segunda no; podrá, repito, haber error en la aplicacion de la principal, pero es imposible en la accesoria.

Veo una ley, la acato; sin embargo, como se trata de reforma, deseo contribuir por mi parte á que se haga con perfeccion. ¿Será conveniente y justo que la pena accesoria sea mas grave que la principal? ¿Será conveniente y justo que el juez y los tribunales obligados á recorrer tres grados para la pena principal, no puedan recorrer estos mismos grados para la accesoria? Supongamos, lo que es muy frecuente, que se sigue una causa contra cuatro ó mas procesados y que á uno de ellos se deben imponer veinte años de cadena, á otro quince y á otro doce, pues todos tres han de sufrir la misma pena accesoria que es perpétua; supongamos que á otro procesado en la misma causa se le debe con arreglo al artículo 74 rebajar la pena al grado inferior y se le imponen siete ú ocho años de presidio mayor; sin embargo de haber variado la naturaleza, la intensidad y la duracion de las penas principales, las accesorias son siempre perpétuas (arts. 55 y 56).

Si la ley hubiese querido que se vieran por cinco Magistrados las causas en que se ha de imponer pena perpétua, aunque fuese accesoria, es para mí seguro que hubiese establecido que se vieran por este número aquellas en que se hubiese de imponer, ó cadena temporal, ó presidio mayor: pasemos al segundo caso de la regla 42.

Cuando la Sala crea que el reo merece alguna de dichas penas perpétua:, aunque el juez inferior no la haya impuesto, ni pedido el fiscal de S. M., yo, en vista de esta disposicion terminante, pregunto: ¿es posible que las salas de justicia crean nunca que el reo merece distinta pena accesoria de la que la ley señala? No, esto no es posible; luego lo que la ley ha querido es que se vean por cinco Magistrados las causas en que pueda haber error en la imposicion de una pena perpétua: solo así se concibe el caso 2.º

Es pequeño el número de causas á cuya vista hayan de concurrir cinco Magistrados; pero si se adoptase la opinion de que era necesaria la asistencia de este número para todas las causas en que haya de imponerse ó cadena temporal, ó presidio mayor, se notaría un gran retraso en el despacho ó se habia de aumentar notablemente el personal de muchas Audiencias.

Mi opinion es que la asistencia de cinco magistrados es solo ne-

cesaria para ver y fallar las causas, en que se haya de imponer como principal una pena perpétua; deseo oír la ilustrada opinion de otras personas para rectificar mi opinion ó para afirmarme en un juicio.

Bernardo Latorre.

ORGANIZACION JUDICIAL.

CONSULTA.

¿El juez de paz que se halla desempeñando las funciones de juez de primera instancia por enfermedad ó ausencia del de partido, puede continuar desempeñando simultáneamente el juzgado de paz?

Contestacion.

Poco dudoso es para nosotros que nadie á un mismo tiempo puede desempeñar las funciones de juez de paz y de juez de primera instancia. Estas son incompatibles entre sí: no se concibe que el que juzga de ciertos negocios en la primera instancia tenga en los mismos el carácter de juez de apelacion: esta es una de aquellas incompatibilidades que aunque no están escritas en las leyes, son de buen sentido. No todo ha de escribirse por el legislador: muchas cosas que omite se suponen: la ley solo formula los principios y las reglas generales, todo lo demás lo hace la jurisprudencia, que es la que completa lo que en su carácter de abstraccion la ley no ha escrito. Respecto al punto consultado ninguna duda ha habido en Madrid: cuando los jueces de paz son llamados á desempeñar un juzgado de primera instancia, son reemplazados en el juzgado de paz por sus suplentes: esto es lo que creemos que debe hacerse: cualquiera otra práctica nos parece viciosa y digna de censura.

Los Directores de la Revista.

DERECHO CIVIL.

CONSULTA.

¿Está vigente la ley que prohíbe á los labradorez ser fiadorez sino entre sí mismos?

Contestacion.

No creemos que la ley 7, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion que prohíbe á los labradorez ser fiadorez, á no ser entre sí, sea beneficiosa ni á ellos mismos ni al Estado. Creemos mas, que lejos de favorecerles, les perjudica; porque á falta de este medio tienen á las veces que obligarse como pagadorez principales por otras personas, cuando á no ser por la ley prohibitiva su fianza sola bastaría, viniendo á resultar así, que contraigan una obligacion principal en lugar de una accesoria, y que queden privados de los beneficios que la ley concede á los que solo subsidiariamente se hallan obligados. Y es que con frecuencia sucede que los beneficios de ley ó derechos singulares introducidos á favor de una clase por un legislador bien intencionado, pero poco previsor, se conviertan contra aquellos á quienes se ha querido favorecer. La ley no debe tener la pretension de conservar en perpétua tutela á las personas: cuando estas tienen toda la inteligencia necesaria para comprender la índole y la estension de sus obligaciones, no es conveniente que se les coarte la libre facultad de contratar: nada hay que justifique esa suposición de ignorancia y de poca prevision de los labradorez, que no se considera en otras clases de la sociedad menos favorecidas. Esta prohibicion no está en los códigos civiles modernos, ni tampoco en el Proyecto del español; ni es de creer que subsista cuando se reforme nuestra legislacion en esta materia. Pero mientras esto no suceda, nada hay á nuestro juicio que autorice á considerar como no vigente la prohibicion, ni como válidas las fianzas que con infraccion de la ley se presten. Por esto creemos, que los tribunales no dejarían de aplicar la ley recopilada.

Los Directorez de la Revista.

SECCION BIOGRAFICA Y BIBLIOGRAFICA.

SPECULUM JURIS Ó SPECULUM JUDICIALE DURANTIS.

Tal es el título de una famosa obra de Derecho que no será desconocida ni estraña para cuantos se hallen medianamente versados en el estudio de sus antigüedades. El crédito de que ha gozado es tan considerable, que no será perdido el tiempo empleado en presentar una breve noticia de ella y de su autor.

Llámasese vulgarmente Durando, ó por ser este su verdadero nombre, ó por acomodarse menos al castellano el de Durantis ó Duranti, con que le designan los críticos en obras mas modernas. Fué de origen francés, nacido en Puimisson, pueblo insignificante del Langüedoc. Cursó el derecho en Bolonia bajo la direccion de Bernardo Parmense ó Parmensano al decir de algun historiador, pues en esto hay diferencia; en la biografía que precede á una de las ediciones de su obra, se afirma que fué discípulo del Hostiense, cosa en verdad harto indiferente, como no sea por el honor que resulte á sus maestros de haber tenido un alumno que tan bien aprovechara sus lecciones. Por el siguiente testo, deducido de sus escritos, *lib. 1, tit. de tutore, par. 3.º, licet contrarium servaretur Mutina eo tempore quo ibi in Decretis legebam*, se vé que esplicó derecho canónico en Módena. Persona sumamente apreciable por su ingenio y la precocidad de sus talentos, Durando obtuvo elevados cargos y fué favorecido con graves y honoríficas distinciones. Siendo de muy corta edad entró al servicio del Papa, y en 1274 acompañó á Gregorio X en calidad de Secretario al concilio de Leon.

Mayores pruebas de deferencia, si asi puede decirse, recibió de Nicolás III: como lugarteniente espiritual y temporal de este Pontífice, tomó posesion de Bolonia y de la Romanía, y recibió el juramento de obediencia. Martino V hizo mas; le nombró en 1281 vicario espiritual, y en 1286 lugarteniente de estas provincias, conservándole Honorio IV en las mismas funciones, que desempeñó hasta fin del año 1288. Tampoco este hecho puede ponerse en duda, pues se halla confirmado por otro pasaje de sus obras, que uno de sus

biógrafos ha tenido el cuidado de citar. Lib. 1.º, tit. *de jurisd. omn. judic.*, p. 1.º, núm. 35, dice: «*Prout in plerisque locis B. Petri invenimus factum esse, dum eramus ibi rector et capitaneus generalis, vel etiam in provincia romaniole, dum essemus ibi, et in civitatibus Romanie, Urbini et Massæ Trabariæ comes et rector generalis.*» Aunque nombrado obispo de Menda en Languedoc el 1285, no tomó posesion hasta el 1291: el arzobispado de Rávena, para el que tambien fué elegido en 1295 por Bonifacio VIII no le admitió por desempeñar mas delicadas funciones en la Romaña y la Marca de Ancona; pero el partido de los Gibelinos, que era allí prepotente, hacia tan cruda guerra, que al cabo de dos años de este penoso servicio, volvió á Roma, donde murió el 1.º de noviembre de 1296. Otras particularidades, y hasta fábulas se refieren de su vida, que han merecido, por lo menos las últimas, el desprecio de los autores; pero no entra en el plan de este artículo ocuparse de unas ni otras. Estos ligeros apuntes se prestan por sí solos á una consideracion, aunque sencilla, de mayor interés.

Durando dejó escritas á su muerte varias obras: el dia en que ocurrió tan lamentable suceso, no puede ser otro que el citado; pues su epitafio, que Savigny ha copiado de Sarti, y que es un resumen de su vida, consagra á este particular el siguiente dístico: *Et Romam rediit Domini sub mille trecentis-quoter amotis annis tumulante Minerva-subripit hunc festiva dies et prima Novembris.* Pues aunque esto sea; aunque no muriese, como en alguna biografía se lee, poco tiempo despues de publicado el *Speculum*, que le acabó el autor el año de 1271, en cuya época tenia solo treinta y cuatro años, ¿quién se dá idea de su facilidad? ¿quién no se asombra al mirar su aplicacion y su constancia? Se le ha visto desempeñando cargos importantes, pasando de una provincia á otra, teniendo que ejercer una autoridad penosa de suyo, y mas por las complicaciones de los tiempos. Necesitaba compartir su atencion entre las comisiones especiales y el deber del ministerio pastoral que habia de cumplir de algun modo. Auditor de palacio, y obispo y lugarteniente y gobernador, apenas debia quedarle tiempo para ejercer tan honoríficos destinos; ¿cuándo le tuvo, de dónde le sacó, para no abandonar el estudio, para dejar escritos varios libros? Esto honra su laboriosidad, y habla muy alto en favor de los tiempos en que se realizaban tales milagros literarios. La generacion actual, superior en otras cosas, tiene que avergonzarse de no presentar

muchos de estos ejemplos; y decimos muchos, porque Durando en su tiempo tuvo imitadores. O el género de vida, ó las necesidades del siglo, ó la especial tendencia de los estudios, contribuyen á que estos sean mas brillantes, si se quiere, pero en general menos sólidos. Falta el tiempo, falta la calma, ó tal vez sobra la pereza para enterrarse en los archivos y bibliotecas, entregarse á la contemplacion de autores, de los cuales solo una hoja cuesta un dia de lectura, y revolver antiguos é ignorados manuscritos. Si hay hombres que aun en la actualidad se distinguen por este género de trabajos, la verdad es que no son en gran número: consiste acaso en que hay estensos horizontes abiertos á la ambicion por la prensa periódica, por la política, mientras que por el otro camino se alcanzan, sí, algunos, se divisan los de la inmortalidad; pero la inmortalidad sin provecho.

El título de algunas de las obras de este autor servirá para conocer su objeto y tal vez su importancia. *Repertorium aureum* que es una coleccion de Decretales por orden de títulos con espresion de las cuestiones principales y comentarios en que han sido tratadas. *Commentarium in concilium lugdunense*; ó sea comentario á las Decretales de este concilio, el cual ofrece naturalmente mayor interés por la circunstancia de haber sido redactor de ellas. *Speculum legatorum* ó tratado sobre los deberes de los legados. *Rationale divinorum officiorum* que es un tratado de liturgia. Y el *Pontificale* que lo es de los deberes de los obispos.

Pero entre todos estos libros ninguno ni tan lato ni tan notable como el *Speculum*, que fué puede decirse, la bandera de una escuela, nombre por el cual se conoce á Durando bajo el solo epíteto de Speculador, que han llevado despues muchos de sus discípulos; el *Speculum* en prueba de cuya celebridad bastará con decir que desde el año 1473 al 1678 se han hecho de él treinta y ocho ediciones.

Convendrá dar idea de este libro como base de algunas reflexiones. Examinado en su estructura se vé que es sencilla y natural: consta de cuatro libros que se dividen en varias partes y estas en títulos. El primero que trata de los jueces, abogados, etc., tiene los siguientes títulos: *De iudice delegato; de legato, de dispensationibus; de arbitro, de arbitratore; de jurisdictione iudicum; de recusatatione; de actore; de accusatore; de procuratore; de sindico; de actore constituto; de tutore; de curatore; de avvocato; de exordis et*

arengis: de teste: de salariis. El segundo libro comprende el procedimiento civil y los títulos de esta parte de la obra son: *de actione seu petitione: de cessione juris et actionis: de comparantia juris: de rescripti presentatione: de citatione: de contumacia: de pimo, de secundo decreto: de dilationibus, de feriis: de exceptionibus et replicis: de satisfactionibus, de reconventione: de petito et possessio: de litis contestatione: de juramento calumnie: de positionibus, confessionibus, probationibus, de instrumentorum editionibus; de præsuntionibus, de juramenti delationibus: de disputatione et allegatione advocatorum, de renuntiatione et conclusionem: de requisitione consilii: de remissionibus, de sententia, de executione sententiae, de adpellationibus: de restitutione in integrum, de expensis: de fructibus: de pœna temere litigantium.* El tercer libro contiene escasos tratados de procedimiento criminal, á saber: *de accusatione, de inquisitione: de notorio crimine: de abolitione et purgatione: de libellorum conceptione* y otros. El cuarto mas nutrido envuelve la aplicacion práctica del derecho y de la parte de contratacion: sus títulos mas principales son *de commodato, venditionibus, emphiteusis censibus, de fidejussoribus, de obligatione et solutione, testamentis, sucessionibus, sepulchris: de statu monachi, jure patronati, sponsa, liis et matrimoniis, consanguineis: qui filii sint legitimi, de divortiiis: de secundis nuptiis, etc.* La obra acaba con un repertorio que contiene todas las materias de los textos del Decreto y Decretales y el índice.

En cuanto á su mérito intrínseco, es posible que no corresponda á toda la celebridad y al favor que ha venido disfrutando. El autor, segun observa Savigni, sin descuidar la teoría, supo aprovechar los frutos de su larga esperiencia, con lo cual puede mirarse su obra como una de las mejores fuentes para hacer el estudio de la historia dogmática del derecho. Sin embargo, como le escribió aprovechando las noticias de los escritores que le habian precedido, entresacando pasajes enteros sin citarlos; y como tiene por costumbre esponer ajenas opiniones y reservarse la suya, la obra carece de originalidad, el autor tiene en parte merecido el concepto de plagiario que Juan Andrés llegó á formar de él. *Joannes Andre. in Spec. Lib. 1, Tit. de off. omni. jud. p. 8: hoc exportando conjunxit Guiliemus duo furta.* Pero el mejor ó peor método seguido en la redaccion será un defecto que haga desmerecer, no que invalide, que anule el interés de la obra. Del mismo se han tachado las de casi todos los colecto-

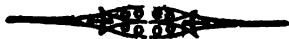
res: en él incurrió Graciano, y no por eso, su Decreto dejó de prestar buenos servicios, de merecer por su importancia el que de orden pontificia, una comision ilustrada se encargase de rectificar sus errores, de salvar sus anacronismos, de poner en armonía doctrinas al parecer discordantes. Los tiempos cambian; y en comparacion con las de aquellos, el Durando como tesoro de doctrina, tiene lo que todas y es superior á muchas. Hay una sola que no admite comparacion, conocidamente superior en el fondo y en la forma, y esa obra, sobre cuya autoridad se ha disputado, que la opinion de los autores no ha podido concordarse acerca de si fué un verdadero Código ó un libro doctrinal, es nuestra, es el Código de las Partidas; monumento el mas grandioso que pueden presentar los siglos de legislacion y de ciencia. Los que con imprudente descaro se atreven á descubrir sus faltas, no han considerado las de los libros tenidos por mejores en los tiempos de su publicacion: coincidia en formacion con la del *Spéculo*, aunque se publicaron años antes, y que se vea la Diferencia entre el Código que se impugna y el *Speculum* que tal vez se aplaude. Los dos son el resúmen de lo mejor y mas selecto en materia de derecho, pero hay entre el *Speculum* y las leyes de Partida la inmensa diferencia de que mientras aquel carecia de originalidad, sino por las doctrinas, por la especial aplicacion de ellas, no es sino muy original el Código de las Partidas; mientras aquel se formaba de las opiniones descosidas de cien autores, hay en este tal unidad de doctrinas que se duda si fué uno el autor; mientras la disposicion del uno carece de artificio, admira ver en el otro el órden verdaderamente artistico, sin dejar de tener la sencillez del natural; mientras el estilo del primero se resiente de falta de homogeneidad, es desigual, y á veces hasta incorrecto, agrada ver el estilo del segundo que aun en nuestros mismos dias podia ser modelo de lenguaje; mientras en aquel, que es en algunas partes completo, faltan muchas cosas, este lo contiene todo, ea este nada falta desde las materias religiosas y canónicas por las que principia la Partida 1.^a hasta el derecho criminal difusamente tratado en la 7.^a, y con la circunstancia de que, en medio de sus errores, de vicios y falsos principios sostenidos por las preocupaciones de la época, para anatematizarle, para rechazarle como bárbaro, es necesario no haberle leído, no haber apreciado lo que vale su filosofía. Cuidado que no habrá escritor, por amante que sea de as glorias nacionales, por muy apasionado que sea de este Código

que haya disimulado sus defectos. Desde Floranes y otros académicos distinguidos que ilustraron esta materia, iniciando las primeras cuestiones, siguiendo por Sempere y por Marina que se habrán escedido de justos pero no de parciales, hasta venir á parar al autor—cuyo nombre por delicadeza se calla—de cierta introduccion célebre á este Código, publicada en una edicion moderna, en la cual se han apurado todas las dudas, desatado todas las cuestiones, reunido los mas eruditos antecedentes y hecho su mas escrupuloso análisis,— todos los historiadores, todos los críticos han sido severos jueces de este libro, sin perdonar á sus autores la falta de oportunidad, la redundancia y hasta el servilismo.

Pero habrian sido injustos, si á pesar de eso no le hubieran colocado el primero entre los códigos de los pueblos civilizados; si hubieran sido capaces de sospechar, aunque por patriotismo no lo hayan dicho que el *Speculo*, cualquiera que sea por otra parte su mérito, merezca la preferencia.

Esto es lo que hemos querido que se tenga presente: solo con este objeto nos ha podido ocurrir el ligero estudio de la obra de Durando. No fué el modelo que pudieron tener á la vista los autores de las Partidas, porque aunque se formara por los mismos dias, el *Speculum* se publicó algunos años despues: no puede tampoco ponersele en parangon, no hay términos hábiles para comparar el *Speculo*, esta obra plagiada, y el Código de las Partidas, verdadero original que la España tiene el orgullo de ofrecer á los buenos legisladores.

Benito Gutierrez.



SECCION DOCTRINAL.

DE LA REIVINDICACION DE LOS EFECTOS PÚBLICOS AL PORTADOR, SEGUN EL DERECHO CONSTITUIDO (a).

Introduccion.

Tiempo hace que tenia casi concluida la redaccion del siguiente trabajo sobre la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun la legislacion hoy vigente en España, con el propósito de publicarlo é ilustrar la opinion, en mi concepto, lastimosamente estraviada: sin embargo, no habria probablemente visto la luz pública, merced á lo inconciliable de este género de escritos con mis tareas profesionales, si no hubiese leído un folleto titulado «Consideraciones sobre la improcedencia de la reivindicacion de los títulos al portador.»

Lo que me decidió á hacer esta publicacion no fueron las contradicciones observadas en dicho folleto (1), ni tampoco el deseo de re-

(a) Abiertas las páginas de la REVISTA á todas las opiniones que se defiendan con copia de erudicion y con talento, damos cabida al concienzudo trabajo que sobre la *reivindicacion de los efectos públicos al portador* ha escrito el Sr. D. Domingo Rivera, distinguido abogado del Ilustre Colegio de Madrid. Examinando la cuestion solamente bajo el aspecto del derecho constituido, sostiene la opinion que en repetidos fallos de esta Audiencia territorial ha prevalecido, dejando á la apreciacion de los poderes públicos la conveniencia ó inconveniencia de la reforma de nuestro derecho en punto tan grave y de consecuencias tan trascendentales. Reconocemos la urgencia de que una medida legislativa venga con su autoridad soberana á poner término á una cuestion que ha tomado grandes proporciones, y que examinada bajo el punto de vista de la legalidad existente trae tan divididos á los letrados, y pudiera con el tiempo dar lugar á fallos encontrados, con desprestigio de la administracion de justicia. De todos modos, la Audiencia de Madrid ha encontrado en D. Domingo Rivera un defensor ilustrado, que ha sabido esponer con lucidez, con buen juicio, y con interesantes datos los fundamentos de sus sentencias. Amigos de la discusion amplia, daremos cabida en la REVISTA á cualquier escrito en que con buenas formas y con razones científicas ó legales se sostenga una opinion diferente.—*Los Directores de la REVISTA.*

(1) En la página 3, plantea la cuestion sobre reivindicacion de los títulos al portador, y asegura ser una de las mas importantes que pueden

futar una tras otra sus observaciones, pues para ello habria sido preciso redactar de nuevo las mias: me impulsó con especialidad las formas duras é inconvenientes, en mi juicio, con que se aprecian y califican los fallos ejecutorios pronunciados por la Real Audiencia de Madrid ajustados á la legalidad existente.

Calificar las sentencias de un Tribunal superior de ataques á la ley y de espoliacion (pág. 6); atribuir estas sentencias á la falta de conocimientos especiales en los magistrados (pág. 13); decir que la responsabilidad de los tenedores de títulos al portador *se trae como por los cabellos*, y que cada una de estas sentencias producen una alarma (págs. 14 y 16); afirmar *que el poder judicial, sin hacer el menor caso de que su mision no es otra que aplicar la ley buena ó mala..... se ha colocado por una mala inteligencia en abierta contradiccion, no solo con la letra y espíritu de la ley, sino hasta con el mismo país* (pág. 17); y concluir repitiendo (págs. 19, 21 y 23)

debatirse en este momento por la errónea interpretacion que se está dando á la ley, y por la aplicacion equivocada que de la misma se está usando en los tribunales.—Pero en la siguiente línea dice, que no parecerá extraño á los lectores que se ocupe de esclarecer esta importantísima cuestion, que es una de las que están reclamando una reforma indispensable ya en la legislacion que rige sobre la materia.—En qué quedamos ¿el mal de que se lamenta el autor del folleto, está en que la ley es mala, á su juicio, ó en que se aplica erróneamente por los tribunales?.....

En la página 6, al final, dice que pudiera citar infinidad de sentencias judiciales (desearíamos que se hubiese hecho esta cita, pues no tenemos noticia de ninguna), en que aplicando la no reivindicacion de los títulos al portador... vienen formando la jurisprudencia práctica en esta cuestion—Pero al fóllo 17 añade que, el poder judicial, sin hacer el menor caso de que su mision en todo rigor, ni es ni puede ser otra que aplicar la ley buena ó mala...; se ha colocado por una mala inteligencia en abierta contradiccion, no solo con la letra y espíritu de la ley, sino hasta con el mismo país.

Para convencer que los tribunales están en contradiccion con el país sobre esta cuestion, pregunta el autor del folleto (pág. 17) ¿Quién es el representante de la nacion? El Gobierno. ¿Qué ha dicho el Gobierno cuando ha sido interpelado en 5 de abril de 1856 y 18 de abril de 1858 por la aplicacion que hacia el poder judicial de la ley en las cuestiones de los títulos al portador? Ha dicho bien claramente que el modo de obrar del poder judicial, estaba en contradiccion con lo que el Gobierno entendia que debia hacerse.»—Mas en las páginas 19 y 20, el autor del folleto cita varias órdenes de ministros mandando no pagar unos títulos entregados á una casa de París que quebró; expropiar y prender á otros poseedores de títulos sustraídos del correo; formar causa y no pagar otros títulos dados en garantía, etc., etc. ¿Qué Gobiernos son los representantes del país, los interpelados, ó los que autorizaron Reales órdenes y decretos mandando proceder á la retencion y suspension de pago de los títulos robados, etc.?....

que sería nunca acabar referir la *anarquía, la arbitrariedad y contradicciones de todo género* que se hallan en los fallos de los tribunales sobre títulos al portador: todo esto me causó profunda sorpresa, y por respeto á la institucion, y aun si se quiere, estimulado por el deseo de vindicar opiniones que he sustentado con éxito ante los tribunales de la corte, me decidí á concluir y dar la última mano á mi escrito.

Por fortuna, los fallos de la Real Audiencia de Madrid á que el folleto alude, nada deben temer del exámen ilustrado que se haga de ellos, bajo el punto de vista del derecho constituido, y para combatirlos, el autor de dicho folleto ha supuesto (pág. 7) que en los considerandos de la sentencia á que alude (2) se sientan como sus bases principales, que la ley de Bolsa exige para que se pueda adquirir la propiedad de los títulos al portador: 1.º, que las personas sean comerciantes; y 2.º, que los títulos no estén prescriptos. ¿Pero de dónde ha sacado el autor del folleto tan estraños fundamentos? Nos inclinamos á creer que, de la mala inteligencia de los considerandos que haya leído; quizá por no estar redactados con la perspicuidad que sería de desear en asuntos de esta importancia.

Redactados unos mejor que otros, la parte dispositiva de los fallos que conocemos está sustancialmente conforme con el espíritu de las leyes reguladoras de la propiedad mueble, dentro de la cual se comprenden los efectos al portador. Los tribunales tienen circunscritas sus funciones á juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, y ni á ellos, ni al que defiende la legalidad de sus actos, les incumbe analizar, si los efectos públicos al portador exigen ó no por su naturaleza una legislacion especial: tal vez una parte de los magistrados que fallaron en sentido favorable á la reivindicacion, profesen la creencia de que estos valores debieran ser irreivindicables.

Como quiera que esto sea, si la opinion del país es tan uniformemente favorable á la reivindicacion, como el autor del folleto supone; si el Gobierno, las Córtes, el Consejo Real, la Caja de amortizacion, el Banco de España, la Junta de comercio, etc. etc., están conformes en la no reivindicacion, ¿por qué no se presenta un proyecto de ley, ó se dicta un Real decreto, declarando la irreivindicacion de los efectos públicos, ó cuando menos, que está vigente el artículo 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, que crea

(2) Nos parece referirse al inserto en segundo lugar en la cita citada.

derogado los tribunales de justicia?... Si mis noticias son ciertas, hace mas de un año que el Gobierno de S. M. tiene en su poder un proyecto de ley, y por cierto con poquísimos artículos, favorable á la no reivindicacion ; Y por qué no le ha presentado para su discusion y sancion? ; Preciso es reconocerlo! Examinada la cuestion superficialmente, su resolucion parece facilísima, mas quien la profunde auxiliado de la ciencia, acaso encuentre infinitas dificultades capaces de hacerle retroceder con espanto.

Por hoy mi tarea es mas sencilla; no intento examinar el asunto como economista, ni legislador: voy solo á tratarlo como espositor del derecho constituido.

¿Son irrevindicables los efectos públicos al portador? ¿Son dichos efectos semejantes á la moneda, y por lo mismo, pueden recibirse sin averiguar su procedencia, bastando la simple entrega de ellos, para transferir su dominio de una manera irrevocable?

Primera parte.

SUMARIO.

Sec. I. §. 1.º Gran interés de actualidad de la anterior cuestion. §§. 2.º y 3.º Escaso número de asuntos de esta especie ocurridos, y jurisprudencia formada por la Real Audiencia de Madrid.—II. §§. 1.º, 2.º y 3.º Interpelacion de un diputado al Gobierno sobre la oscuridad de la legislacion relativa á estos valores, y sus opiniones sobre la materia, creyendo que los valores al portador están en el mismo caso que la moneda. §§. 4.º y 5.º Refiere lo que sucede en Francia é Inglaterra sobre estos valores. §§. 6.º y 7.º Pide un diputado que se observe el art. 78 de la Constitucion sobre la garantia nacional de la Deuda pública, y que el Gobierno declare subsistente el Real decreto de 10 de setiembre de 1831, pues esta era la causa de hacerse los empréstitos en España al 38 por 100.—III. §§. 1.º, 2.º y 3.º Otro diputado apoya la interpelacion, y dijo que está hundido el crédito si se sujeta el papel moneda á la reivindicacion. §§. 4.º y 5.º Que los títulos al portador no son aun propiedad como otra cualquiera, no debiendo conocerse otro dueño, sino quien los presenta.—IV. §§. 1.º, 2.º y 3.º Los Ministros de Fomento y Gracia y Justicia que contestaron á los interpelantes estuvieron poco felices, desconociendo al parecer la cuestion legal provocada, y haciendo concesiones inconvenientes.—V. §. 1.º Donde esta cuestion se ha tratado á su altura ha sido en el foro de Madrid, hallándose en contradiccion los representantes del Ministerio fiscal. §§. 2.º y 3.º Allí se ha sostenido que segun

la legislación especial y general vigentes, los efectos al portador son irrevindicables. §. 5.º Y que son semejantes al dinero.—VI. §. 1.º La elocuencia de un jurisconsulto distinguido hizo vacilar el juicio de una Sala de la Real Audiencia de Madrid. §§. 2.º y 3.º Entoaces pensé publicar este escrito y motivos que lo impidieron.

I.

1.º Hé aquí una cuestion de gran interés de actualidad en los Tribunales, por la magnitud y trascendencia de la materia, por el merecido renombre de algun jurisconsulto iniciador en el foro de la contradictoria que viene debatiéndose, y por la celebridad dada al asunto, con motivo de una interpelacion dirigida al Gobierno de S. M., sobre la jurisprudencia que los Tribunales venian confirmando acerca del dominio de los efectos públicos al portador.

2.º Hasta la representacion de esta última escena, la cuestion formulada como epígrafe de este artículo venia agitándose meramente en el agosto á la par que modesto y silencioso recinto de los Tribunales. No son muy frecuentes, si nuestras noticias son ciertas, los procesos instruidos con motivo de robos, hurtos ó estafas de efectos públicos al portador, y este dato estadístico revela ser el mal supuesto de la reivindicacion menos grave de lo que se exagera; pero sea cualquiera el número de aquellos procesos, es indudable la jurisprudencia uniforme de las tres Salas de justicia de la Audiencia del territorio de esta corte, llamada á entender de esta clase de asuntos, por cuanto en la Bolsa de Madrid es donde se negocian principalmente esta especie de valores.

3.º En las diferentes decisiones llegadas á nuestra noticia, la Real Audiencia de Madrid ha reconocido uniformemente la procedencia de la accion reivindicatoria de los efectos públicos salidos de manos de su legítimo dueño por medio de un delito (3); declarando ser

(3) El primer asunto de esta especie, de que tenemos noticia, fué fallado por la Sala primera de la Real Audiencia de Madrid en 27 de octubre de 1855, en causa contra D. Andrés Vizcayno y consortes, sobre sustraccion de la Direccion general de la Denda de 3.086,085 rs. nominales en títulos al portador. Los considerandos de dicha sentencia no contienen la razon legal del fallo; pero la Sala sentenciadora juzgó la procedencia de la reivindicacion, pues decretó la restitution á la Direccion general de la Denda pública de los títulos que procedentes de la sustraccion habian sido retenidos, sin perjuicio de la accion civil que pudiera corresponder á la Ha-

esta la legalidad existente, ora los títulos se hallan en poder de un tercero adquirente por un medio legal, ora los detente por un título desnudo de las formas legales: solo distingue la suerte de los terceros poseedores, reservando á los primeros su repetición contra quien les corresponda, y negando este beneficio á los segundos.

cienda para reintegrarse del valor de los demás, y reservando su derecho á *D. Joaquin Angel Echarri, respecto á los que se le ocuparon, para repetir su importe contra quien corresponda.*—El segundo fallo que conocemos fué dictado por la Sala tercera de la misma Real Audiencia de Madrid, en causa sobre sustracción del correo de 900,000 rs. en títulos al portador del 3 por 100, remitidos en dos pliegos á Barcelona, y los considerando referentes al punto de la reivindicación dicen así: «Considerando que si por la ley de Bolsa de 10 de setiembre de 1831 se determinaba que los efectos públicos vendidos en Bolsa no estaban sujetos á reivindicación, y su adjudicación era válida y subsistente, consumado que fuese el contrato, aunque el poseedor fuese de mala fé, despues por la orgánica provisional mandada cumplir por decreto de 5 de abril de 1846, nada se dispuso sobre la reivindicación, y en su art. 113 se manda queden derogadas y sin efecto las leyes, decretos, reglamentos y demás que hasta entonces regian acerca de esta materia, y que la de igual naturaleza de provisional publicada por otro decreto de 8 de febrero de 1854, tampoco dispuso cosa alguna sobre la reivindicación. Considerando que aun cuando la adquisición hecha de parte de los títulos por la casa de W. fuese en Bolsa y por medio de un agente, con sujeción al art. 15 de dicha ley de 1831, que previene se hagan siempre con intervención de ellos, no le dá derecho á estimarlos como propios, toda vez que fueron producto de un robo, y pertenecen á la viuda de R. y B., como verdaderos dueños de ellos, no siendo aplicable el párrafo 3.º del artículo 116 del Código penal, por no hallarse prescrita la cosa, con arreglo á lo establecido en las leyes de Bolsa vigente. Considerando que menos puede acogerse á estas, para reclamar la pertenencia de otros títulos, D. E. de M., por no haberse sujetado en las compras que hizo á ninguna de las citadas prescripciones.—Vistos los arts. 7, 11, 14, 15, 115 y 116 del Código penal y las leyes de Bolsa de que se ha hecho mención; fallamos.... que se entreguen á la viuda de R. y B. los títulos que le fueron remitidos, y cuyas series y numeración resultan testimoniadas en la causa.... reservando su derecho á la casa de W. para ejercitarlo contra el vendedor de los títulos.....—En causa seguida contra D. J. N. de F. con motivo de haber enajenado unas acciones de carreteras entregadas por su dueño con el solo objeto de constituir con ellas una fianza para responder de cierto cargo, el Juez de primera instancia del distrito del Barquillo de esta corte, dictó sentencia confirmada por otra de 14 de abril de 1839, pronunciada por la Sala primera de la Real Audiencia de Madrid, en la cual se apuntó el siguiente Considerando: que aun cuando G. comprara de buena fé las acciones de carreteras, siendo un hecho indudable que al venderlas D. F. dispuso de cosa ajena y consumó el delito de estafa, es indudable tambien que aquel no pudo adquirir las, porque segun las leyes civiles, y especialmente el art. 116 del Código penal, donde quiera que esté la cosa allí clama por su dueño, y cuando ha salido de poder de éste por efecto de un delito, debe serle restituida con resarcimiento de daños y perjuicios, aun cuando se halle en poder de un tercero no responsable del delito.....

II.

1.º En la sesion pública celebrada por el Congreso de los Diputados el dia 23 de abril del año pasado de 1858, cierto orador anunció una interpelacion, *sobre un negocio que creta urgente, y que podía traer fatales consecuencias al crédito del Estado*: precisando su objeto, dijo ser la completa oscuridad que encontraba en la legislacion de España sobre los valores al portador, pues al mismo tiempo que están autorizados por el Gobierno, no hay legislacion sobre ellos, y pueden sufrir graves perjuicios los tenedores de una propiedad tan respetable.

2.º Esplanando su idea el orador aludido, en la sesion del siguiente dia 28, reseñó la importancia del crédito y la creacion de los valores al portador declarados irreivindicables por el art. 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831..... y que, sin embargo, unos títulos fueron robados, un agente los vendió á un comerciante, y poseyéndolos éste de buena fé, se encontró con un auto judicial deteniéndolos, por haber parecido su propietario. Por manera, añadió, que se aplica á estos valores la ley de Partida, segun la cual, la cosa robada vuelve á su legítimo dueño. Aplicada la ley á la reivindicacion de estos valores, ¿quién sería el que depositase en ellos su fortuna? ¿Qué padre de familia se atrevería á dejar en ellos la fortuna á sus hijos?

3.º Los valores al portador, continuó, están en el mismo caso que la moneda y deben aplicárseles los mismos principios.... Refiere la obligacion del depositario de dinero, el cual solo es deudor de cantidad, mas no de las mismas monedas, y deduce lo propio de los títulos al portador: estos títulos son de quien los adquiera de buena fé. ¿Pero fueron á poder del que los vendió por un crimen? Pues castiguese el crimen, y los títulos queden en quien los adquirió de buena fé..... Esta misma aclaracion pidió para los billetes de Banco, acerca de los cuales no ha mucho se dictó un auto judicial dejando ciertos números fuera de circulacion.....

4.º Como por vía de contraste entre las sentencias de nuestros Tribunales y las de los Tribunales del vecino imperio, ese mismo orador refirió al Congreso que la propia casa á quien se intervenia esos valores, habia pasado por una situacion análoga en Francia; pero para que se vea hasta dónde se llevan en aquel país las ideas de respeto á esa propiedad, esa misma casa fué defraudada en las

cajas por uno de sus dependientes, que se fugó con cinco millones de francos en acciones de ferro-carriles..... El cajero que hizo ese hurto dejó la Francia y se fué á los Estados-Unidos; pero mas tarde puso en circulacion esos valores, y á nadie se le ocurrió la idea de poner interdito á esas acciones: se persiguió al criminal, pero los documentos están en circulacion.....

5.º Circunscribiéndose á los billetes de Banco, dijo ser comun en Inglaterra su falsificacion; pero en el momento en que se advierte se cambia el timbre, sin dejar por eso de pagar los billetes falsificados: hasta tal punto se lleva allí el respeto al papel del Estado.

6.º Dentro de la propia sesion, el mismo orador protestó no ser su ánimo poner el peso de su opinion en contra de una sentencia de los tribunales..... Yo he citado, decia, un caso especial, para hacer ver que habia una falta en la legislacion..... para pedir que se aplique el art. 78 de la Constitucion que pone la deuda pública bajo la salvaguardia especial de la nacion, lo cual no se consigue, si los títulos al portador no son libres como el aire.....

7.º Resumiendo su interpelacion, pidió al Ministro de Gracia y Justicia que se declarase subsistente el art. 7.º del Real Decreto de 10 de setiembre de 1831, que el interpelante creia vigente, y sin embargo los tribunales fallaban en sentido contrario; que el mal existia hacia mucho tiempo y no se remediaba, siendo esta la causa por que los empréstitos se hacian en España al 38 por %, en vez del 60, ú 80, como en otros países. Que el caso era que habia una sentencia dada... que era contraria al crédito, era contraria á estos valores al portador... y si hay y ha de haber valores al portador, es preciso que haya legislacion que los garantice.....

III.

1.º Llegó su turno á otro orador, y refiriéndose á las providencias judiciales anteriormente aludidas, dijo *que el crédito estaba herido*.... Hubo un tiempo, añadió, en que la circulacion y el cambio estaban sujetos al principio de reivindicacion; mas fué en edad remota, en los albores de la civilizacion.—Entonces no existia el crédito, no existian los billetes de banco, no existian los títulos al portador, no habia ni siquiera moneda, no habia pecunia sino *pecus*... Regía entonces, como no podia menos, y de un modo absoluto, el principio de la reivindicacion, y todas las transacciones estaban bajo su influencia; pero corrieron los tiempos, se acabó la permuta y na-

ció la venta, vino la moneda, y desde entonces perdió ese principio gran parte de su poderío....

2.º Se creó despues el papel moneda, que reúne mayores ventajas que el metálico; mas todas las vá á perder si se le sujeta á la reivindicacion... Es decir, que para aceptar un miserable billete de doscientos reales, sería menester tener á la vista la larga historia de este billete....

3.º He demostrado, continuó, la incompatibilidad de esta clase de valores con la reivindicacion... para lo cual no hay necesidad de recordar lo que se hizo en tiempo de Ballesteros, ni necesidad de recurrir á las legislaciones especiales... La cuestion está ya resuelta en nuestras leyes seculares, por que es cuestion de derecho comun..., pues aunque el autor de las Partidas no leyó en las estrellas el advenimiento del crédito..., pero consignó en aquel Código los principios eternos de la justicia.....

4.º Los títulos al portador, continuó diciendo este elegante y poético orador, no son una propiedad como otra cualquiera; si fueran una propiedad, se aplicaria el principio de la reivindicacion. ¿Pero á quien se le ocurre reivindicar una escritura librada por un Escribano, á título de ser propio el papel en que está escrita?... Pues el papel de crédito está en el mismo caso....

5.º El papel de crédito es del portador..., dijo en conclusion el orador aludido; pues la ley dice que de cualquier manera que el hombre quiera obligarse queda obligado: por consecuencia, los billetes de banco, y en general los títulos al portador, deben pagarse al que los presente, y solo á él, como quiera que á él solo fué hecha la promesa.... Si desgraciadamente fué un ladron que robó el billete, anticípese la justicia y arrebátele el billete de las manos, porque si de él llega á desprenderse, el mal no tiene remedio.

IV.

1.º ¡Qué ocasion tan brillante ofrecieron aquellos mas fáciles que, histórica y jurídicamente, exactos oradores, si en la sesion del 28 de abril hubiese tocado el uso de la palabra á algun diputado competente para tratar los puntos históricos y de legislacion allí lastimosamente mal parados!... Mas no sucedió así, por desgracia: aun los Ministros de Fomento y de Gracia y Justicia, advertidos previamente de la escena que debia representarse, estuvieron menos

folices de lo que hay derecho á exigir de los jefes de estos departamentos.

2.º El primero se circunscribió sustancialmente á decir lo ocurrido en nuestra Bolsa, regida siempre por una sèrie de proyectos planteados por decretos. Siguió haciendo su enumeracion, y luego concluyó en estos términos. «No hay duda, que los títalos al portador y los billetes de banco tienen condiciones de moneda, y como tal deben disfrutar de la consideracion de libre curso, como moneda y no como cosa: esto es en tésis general, y sin que yo descienda á casos particulares. Consecuente con esto, el Gobierno presentará el remedio para este vacío, ora por un Real decreto, ora por un proyecto de ley..., porque todavía no ha decidido...; pero sí que pondrá remedio á este mal.»

3.º El Ministro de la Justicia empezó mencionando los dos procesos criminales pendientes de sustanciacion y decision, sobre sustraccion de efectos públicos; y si por desgracia, añadió, la ley fuese, como no espero, interpretada de una manera inconveniente ó perjudicial al crédito, el Gobierno adoptará las disposiciones convenientes para evitar estos conflictos en lo sucesivo... Es mas: si por consecuencia de una mala interpretacion el Gobierno necesita aclarar la ley, no solo la aclarará, sino que *procurará sean indemnizados aquellos que resultasen perjudicados por una providencia injusta*, adoptando las medidas necesarias para que eso se verifique. El Jefe de la magistratura concluyó su peroracion con estas inolvidables palabras: «Lo que puedo decir es, que los compradores de buena fé pueden tener la seguridad de que no serán perjudicados en sus intereses; *que esos créditos deben estar libres en la circulacion*; que no serán lastimados ni perjudicados nunca; antes bien tendrán el apoyo y proteccion del Gobierno, amparo justo y tutelar que no puede negarles jamás.»

V.

1.º Las opiniones sustentadas por los interpelantes, y en cierto modo patrocinadas por quien á la sazón era Ministro de la Justicia, han tenido en el foro el apoyo de voces mas autorizadas; á cuyo accidente es debido, en mi juicio, la celebridad adquirida por esta cuestion, y la contradiccion lamentable en que acerca de ella se halla el ministerio fiscal, sosteniendo el de fuero civil la irreivindicacion de los efectos públicos, mientras el fiscal especial de Hacienda

tiene manteniendo con éxito el error de semejantes ilegales doctrinas (4).

2.º Los efectos públicos al portador, dicen los mantenedores, en el foro, de las opiniones de los interpellantes en el Congreso de los

(4) El fiscal especial de Hacienda cerca de la Real Audiencia de Madrid dijo en su censura relativa á la causa contra D. Andrés Vizcaino y consortes sobre sustraccion de los 3.086,085 rs. mensuales mencionados en el primer lugar de la anterior nota: «No tienen sin embargo, derecho los citados herederos á que se les entregue, segun han pretendido, los títulos que como procedentes de la sustraccion fueron ocupados á sus causantes, y los cuales deben restituirse á la Direccion general de la Deuda pública, con arreglo á lo establecido en el art. 116 del Código, salva la repeticion para reintegrarse de su importe contra D. C. G., ó contra quien corresponda.» La disposicion que en apoyo de su solicitud invocan, del artículo 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, expresiva de que «los efectos públicos vendidos en Bolsa, ya sea que estén emitidos al portador, ó ya lo estén á favor de persona determinada, no están sujetos á reivindicacion, y su enajenacion será válida y subsistente consumado que sea el contrato, aun cuando el vendedor los poseyera de mala fé...» no tiene ninguna aplicacion al caso presente, no solo porque en él no se trata de efectos públicos vendidos en Bolsa, sino tambien por que el indicado Real decreto se derogó por el de 5 de abril de 1846, que despues de haber sido derogado á su vez, fué restablecido en todas sus partes por el de 24 de marzo de 1848, y es el que se halla vigente en la actualidad.

En comprobacion de que el fiscal de Hacienda está conforme con los actos oficiales del Gobierno, recomendamos la lectura del Real decreto de 21 de agosto de 1857, inserto en la *Gaceta* de Madrid de 27 del propio mes. Allí se verá que, autorizado el Gobierno por la ley de 23 de febrero de 1855, para dar en garantia de las operaciones de crédito que hiciera el Tesoro, los títulos del 3 por 100, cuya emision se autorizó por la misma ley, se verificó una negociacion de 5.600,000 rs. en garantia de la cual se entregaron al acreedor 23.332,000 rs. que se obligó á devolver cuando se hiciesen efectivos los pagarés; pero este murió antes del vencimiento, y de las diligencias practicadas por el juzgado que previno la testamentaria resultó que una gran parte de aquellos títulos habian pasado á terceros poseedores. Sin embargo, considerando el Gobierno que el Tesoro tenia un derecho evidente á recoger, llegada la época del vencimiento y pago de los pagarés, los títulos entregados en garantia, *escitó al Tribunal que entendia en la testamentaria á que requiriera á los tenedores conocidos de los títulos para que los entregaran, previo el oportuno resguardo, y se les diese ingreso en la Caja general de depósitos hasta la terminacion de aquella.*—Si el Gobierno hubiera creído irraivindicables los efectos públicos al portador, de seguro no habria escitado, ni el Tribunal habria decretado aquella retencion.—Verdad es que en el artículo 1.º mandó pagar los cupones de dichos títulos por la tesorería de Hacienda pública, ó por la Comision de Hacienda en París; pero esta paga no puede demorarse sin faltar á la obligacion contraída á favor del tenedor del título, mas esto nada prejuzga, por que si despues en el juicio sobre propiedad se declara la restitucion de los títulos, dicha restitucion se efectuará con los cupones ó intereses vencidos y pagados: conciliándose de esta suerte los derechos del tenedor que se presume dueño, *entretanto que una ejecutoria no declare otra cosa.*

diputados (II y III), son irreivindicables cuando se adquirieron con buena fé, segun el Real decreto de 10 de setiembre de 1831; y en todas las disposiciones posteriores de Bolsa, se establece el mismo principio con estas ó las otras frases...

3.º En el acto de abonarse su precio, el dominio de los efectos públicos se trasfiere al comprador de una manera irrevocable, ó lo que es lo mismo, á estos actos vá unida la prescripcion de las acciones que contra el comprador pudieran dirigirse. Es ciertamente anómala esta disposicion, si se considera con arreglo á los principios de la legislacion comun; pero deja de tener este carácter, si se aprecian las consecuencias que la naturaleza de los efectos al portador debe producir....

4.º La prescripcion legal existe y se encuentra consignada en las leyes posteriores al decreto de 1831, y ni las leyes comunes civiles, ni la restitucion del art. 116 del Código penal son aplicables al presente caso, sino al párrafo 3.º de dicho artículo que habla de la prescripcion de la cosa con arreglo á las leyes civiles...

5.º Los efectos públicos al portador, se dice por último, son semejantes al dinero, y por lo mismo, pueden recibirse de cualquiera sin averiguar su procedencia, bastando la simple entrega de ellos para trasferir su dominio de una manera irrevocable.

VI.

1.º Cuando el 28 de abril de 1858 se representó en el Congreso de los diputados la escena ligeramente reseñada (II, III y IV), tenía estudiada y resuelta en conciencia la cuestion objeto de la misma; y tanto, que me lisongee de haber contribuido á fijar el juicio vacilante de quien podia contribuir á establecer jurisprudencia. Las teorías de un profesor distinguidísimo, mas que por su ciencia, y cuenta que no es poca, por su busto fascinador, por su habla persuasiva y por su autoridad avasalladora, consiguieron dejar perplejos los juicios deliberantes. Entonces observé que, la cuestion sobre reivindicacion de los efectos públicos al portador no debia tratarse en la region de los principios, como economistas ni como legisladores, sino encerrarla dentro de los límites de la legalidad existente en España: este es el atributo del orden judicial, aplicar las leyes á los pleitos civiles y criminales (5).

(5) A los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de

2.º Por eso me causó gran sorpresa la lectura de los discursos pronunciados con motivo de la interpelacion aludida, y seguramente habria publicado entonces estas modestísimas reflexiones, si casi simultáneas y personales aficciones no hubieran tenido arrojado mi espíritu. Yo creía, y sigo hoy creyendo, en la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun la legislacion española, cuando salen de su legítimo dueño por medio de un delito; me complacia la noticia de haber rectamente aplicado la Real Audiencia de esta corte las prescripciones soberanas vigentes sobre la materia, y los discursos parlamentarios pronunciados en contrario sentido me causaron malísimo efecto.

3.º ¿Y cómo no sufrir esta impresion, despues del rudo ataque dado á la institucion secular mas venerable, acusada de sacrilegio contra uno de los mas venerados dioses del nuevo olimpo, sin que se levantara voz alguna á vindicar satisfactoriamente los ultrajes inferidos al númen verdadero?.....

Segunda parte.

SUMARIO.

VII. §. 1.º No es cierto que los títulos al portador exijan que su dominio sea de quien los detenta. §. 2.º Son origen de fraudes. §. 3.º Por eso los prohibieron nuestros legisladores. §§. 4.º y 5.º Su historia en Francia. §. 6.º último estado: los admitieron casi todas las legislaciones, y los Gobiernos los prefirieron para representar su deuda.—VIII. En los efectos al portador se distinguen dos relaciones distintas, la una entre el librador y el título, y la segunda, entre el crédito ó derecho que el título representa y las leyes reguladoras del dominio sobre los bienes muebles.—IX. §. 1.º Los dos objetos esenciales de los efectos al portador son, la fácil circulacion, y no cuidarse el librador del tracto sucesivo del título. §. 2.º Se sigue de aquí, que la obligacion del librador está solo relacionada con el título.—X. §. 1.º No obstante la obligacion al título, puede judicialmente interdecirse por un tercero que se crea dueño, como sucede con los valores nominativos. §. 2.º Nada hay en los títulos al portador que demande el sacrificio de las leyes reguladoras de la propiedad. §. 3.º Dichos títulos representan una cosa, un crédito, un derecho relacionados con las leyes sobre el dominio. §. 4.º Deduciéndose que la propiedad de estos valores se presume á favor del detenta-

aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado (artículo 66 de la Constitución).

dor; pero sin perjuicio de que se pruebe lo contrario.—XI. §. 1.º Es inoportuno invocar el artículo 78 de la Constitución. §. 2.º Los documentos públicos ó privados son la prueba de un derecho, mas no el derecho mismo. §. 3.º Confirmacion de este aserto con las leyes, decretos y Reales órdenes sobre la forma de expedir duplicados de títulos al portador, en casos de robo, sustraccion y pérdida de los primitivos.—XII. §§. 1.º y 2.º Refutacion de la idea consistente en que en España se hacen los empréstitos al 38 por 100 por causa de la reivindicacion.—XIII. §. 1.º Las causas influyentes á favor del crédito se encierran en dos, confianza en la buena fé del deudor, y seguridad de que sucesos esternos no le forzarán á faltar á sus obligaciones. §§. 2.º y 3.º La desconfianza es el instrumento dispuesto siempre á herir el crédito, sea cualquiera el agente que la impulse.—XIV. §§. 1.º y 2.º Hay uniformidad de opiniones sobre que la desconfianza es perjudicial al crédito del deudor; pero hay divergencia de opiniones acerca de la reivindicacion de los títulos al portador. §§. 3.º y 4.º Se agitan tres opiniones, la absoluta de los interpelantes, la limitada de los modernos reformadores, y la reivindicacion constante de la escuela romana. §. 5.º Lo opinable no puede herir al crédito. §. 6.º Deduciéndose de todo que la reivindicacion no puede ser causa de la depreciacion de nuestros valores.

VII.

1.º No tengo la creencia de exigir la índole y carácter de los efectos al portador, que su dominio sea de quien los detenta, *possideo, quia possideo*: en mi juicio, quien así se espresa discurre sin ilustrado criterio, y sin conocimiento exacto de las leyes de los pueblos mas civilizados de la Europa.

2.º Los efectos al portador son origen de infinitos fraudes, y muy ocasionados á procesos civiles y criminales: bajo de este aspecto, son incuestionablemente preferibles los nominativos.

3.º Convencidos de aquella funesta propension, nuestros legisladores los prohibieron constantemente. En las famosas Ordenanzas de Bilbao, comprensivas de la legislacion mercantil vigente en la mayor parte del reino, hasta la publicacion del Código de Comercio sancionado en 1830, se ordenó que en los vales por dinero prestado se espresase, entre otros requisitos, la persona á quien debia hacerse la paga. Todavía fué mas explícito el Código de Comercio de 1830, pues declaró ineficaces en juicio los pagarés en favor del portador sin espresion de persona determinada (6).

(6) Porque se practica entre comerciantes hacer vales por dinero prestado..... y en su formacion ha habido algunas variedades, dadas y diferen-

4.º Igual suerte cupo algun tiempo en Francia á esta especie de valores. Su primera forma consistía, dice un distinguido escritor (7), en un billete de pago de cierta suma, á favor de una persona cuyo nombre quedaba en blanco, sucediendo frecuentemente que se transmitían por infinitas manos sin quedar huella de ninguna de ellas; mas el Parlamento de Paris los prohibió por decisiones de 7 de junio de 1611 y 26 de marzo de 1624, motivadas en la funesta propension indicada.

5.º Para resmplazar esta especie de valores, añade el mismo escritor, se idearon los billetes al portador, pagaderos á la persona que los posee á la fecha de su vencimiento; pero estos billetes fueron prohibidos como los anteriores, por decreto de mayo de 1716, y reestablecidos posteriormente: encerrándose la jurisprudencia de los tribunales del vecino imperio, sobre esta especie de valores, en las dos siguientes conclusiones: 1.º que los billetes al portador, lejos de estar prohibidos por las nuevas leyes, están autorizados por la de 15 thermidor, año 3.º y que las disposiciones del Código civil que requieren en toda obligacion el nombre del acreedor, son aquí inaplicables; y 2.º que la obligacion al portador otorgada por ante notario, no está prohibida por ninguna ley, y dá al portador la facultad de proceder ejecutivamente contra el deudor.

6.º La varia suerte de los billetes al portador en España y Francia cabría probablemente á esta especie de valores en los demás países; mas sea de esto lo que quiera, el hecho cierto es que, la generalidad de los códigos mercantiles sancionados en los diferentes Estados de Europa, reconocieron eficacia civil á los efectos al portador, y que algunos Gobiernos prefirieron esa forma en los documentos representativos de las sumas que toman prestadas y constituyen la deuda pública.

VIII.

El exámen juicioso de la fadete y naturaleza de las obligaciones

cias, se previene y ordena que en los tales vales se ha de espresar la cantidad, dónde se ha de hacer la paga, en qué término y á quién, con la fecha y firma entera; núm. 1, cap. 14 de las Ordenanzas de Bilbao.—Los pagarés en favor del portador, sin espresion de persona determinada, no producen obligacion civil ni accion en juicio. Código de Com., art. 571.

(7) M. D. Dalloz Ainé, *Repertoire methodique et alphabetique de legislation, de doctrine et de jurisprudences*, verb. *effets de commerce*, números 920 al 923 inclusivos.

y derechos de los efectos al portador, requiere distinguir en ellos dos relaciones distintas. La una, la especialidad de las obligaciones y derechos constituidos entre el librador del título al portador y el título mismo, y la otra, la relación del crédito representado por ese mismo título al portador; con las leyes reguladoras del dominio sobre los bienes muebles, en los países donde están admitidos los efectos comerciales ó públicos al portador: gran parte de los errores cometidos en la materia proceden, en mi juicio, de no haber alcanzado á percibir, ó establecer, esta importantísima distinción.

IX.

1.º Cuando el Gobierno de un Estado, de una sociedad mercantil, ó un particular emiten obligaciones escritas en un documento al portador, se proponen evidentemente dos objetos esenciales, inconciliables con las obligaciones nominativas, á saber: facilitar la circulación de estos valores, y eximirse de toda responsabilidad en las contiendas que puedan suscitarse con ocasión del tracto sucesivo, de una en otras manos, sobre el dominio de los créditos representados por dichos títulos: comparadas las ventajas é inconvenientes de los títulos nominativos y al portador, cualquier hombre de negocios de regular criterio se persuadirá de ser aquellas dos condiciones las escelencias que recomiendan los efectos al portador, y los hacen aceptables, no obstante sus reconocidos inconvenientes (VII. §§. 2.º y 3.º).

2.º Pues si la fácil é irresponsable trasmisión, son las condiciones especiales de esta especie de valores, su aceptación supone necesariamente la obligación directa del emitente á favor del título emitido: cualquiera que presenta á su vencimiento el efecto al portador, ese tiene personalidad para requerir la paga, y si se hace, queda bien é irresponsablemente consumada. Porque el librador no puede negarse, sin lastimar su crédito, á realizar una obligación relacionada solo con el título que se le presenta, así como tampoco puede negarse al pago de un crédito nominativo, despues de identificada la persona á cuyo nombre fué expedido.

X.

1.º Al modo que un vale á la orden de persona determinada es eficaz civilmente desde el punto mismo en que vencido el plazo se presenta identificado el acreedor, y esto no obstante, las leyes civiles y de procedimientos sancionan remedios conservadores de los

derechos de un tercero, por virtud de los cuales se interdice ó suspende la paga sin lastimar el crédito del librador, ajeno absolutamente al motivo de la interdiccion (8), del propio modo, la condicion especial del vale pagadero al portador, es tambien sin perjuicio de que el tercero asistido de algun derecho lo ejercite ante los tribunales: es absurdo creer que pueden circular libres como el viento (II, §. 6.º), unos valores sujetos á las condiciones legales de la riqueza mueble, siendo esta su segunda relacion antes mencionada (VIII).

2.º Si la índole y naturaleza de los efectos al portador requieren que el emitente reconozca como acreedor solo al poseedor del título, nada hay en ellos que demande el sacrificio de los principios de justicia que cada pueblo ha creído conveniente sancionar en sus legislaciones comunes, acerca del dominio de las cosas; y aun cuando lo demandase, debería desecharse como perniciosa una institucion inconciliable con los sagrados derechos de la propiedad.

3.º En buen hora que el emitente de un efecto al portador esté solo obligado al título: esto mismo sucede con los billetes de lotería pagaderos al portador, aun cuando carezcan de esta espresion. Mas juntamente con la relacion entre el portador del título mismo y el librador, ese título representa una cosa, un crédito, un derecho; ese derecho está regulado y relacionado por las leyes protectoras del dominio sobre las cosas muebles; esas leyes prescriben el modo y forma de adquirir y perder el dominio, y ciertamente serian inútiles todas estas soberanas prescripciones, envolverian una redundancia censurable, si frente á frente de esas mismas prescripciones se escribiesen otras, ordenando que la circulacion de los efectos al portador fuese libre como el viento; que contra ellos no se diese accion reivindicatoria, y que pueden recibirse de cualquiera sin averiguar su procedencia, bastando la simple entrega de ellos para trasferir su dominio de una manera irrevocable. Los billetes de lotería son siempre al portador: ¿y quién ha negado jamás que esos

(8) El embargo del valor de una letra solo puede proveerse en los casos de pérdida ó robo de la letra, ó de haber quebrado el tenedor (*Cód. de Com.*, art. 497).—Siempre que por persona conocida se solicite del pagador de una letra la retencion de su importe, por alguna de las causas que se refieren en el artículo precedente, debe detener su entrega por lo restante del dia de su presentacion; y si dentro de él no le fuese notificado el embargo formal, procederá á su pago (*Id.*, 498).

billetes pueden ser objeto de retenciones provisionales, de acciones reivindicatorias, y de cualesquier otros preceptos judiciales protectores de la propiedad?.....

4.º Del respeto que recíprocamente es debido á las dos condiciones distintas existentes en los efectos al portador (VIII), se deduce que la propiedad de estos valores se presume á favor del poseedor; pero que esta presuncion no es irrevocable, sino dependiente del éxito de las pruebas judiciales suministradas para convencer ser otro, y no el detentador, el legítimo dueño. Entre tanto que no exista un decreto judicial, provisional ó definitivo, el poseedor de un efecto al portador es el único acreedor del librador: esto solo exige la índole especial de la obligacion al portador, la cual queda estinguida desde el punto mismo de recogerla el obligado. Mas si se contiene en los tribunales sobre la propiedad de uno de esos valores; si en el curso del litigio, ó en la ejecutoria, se decreta la interdiccion de un efecto al portador, ó la restitution á su verdadero dueño, y en ambos casos es formalmente requerido el librador, el punto referente á su obligacion queda intacto; la contienda es puramente de dominio, y por tanto ajena al crédito del Gobierno, de la empresa ó del particular obligados.

XI.

1.º Supuestas las anteriores observaciones, fácil es comprender la inoportunidad con que se invoca el art. 78 de la Constitucion política, el cual pone la deuda pública bajo la salvaguardia de la nacion (II. §. 6.º): esta invocacion seria oportunísima, si el Gobierno descuidase el pago de sus obligaciones al vencimiento de un efecto al portador; mas carece de aplicacion racional cuando no se trata de la relacion entre el título y el librador, sino de un litigio sustentado entre dos personas que pretenden ser dueños del crédito ó derecho representado por ese mismo título. Volvemos á repetirlo; esta no es cuestion de crédito, sino una contienda sobre el dominio de un mueble sometido á las leyes reguladoras de esta especie de propiedad, segun las respectivas leyes de cada país.

2.º Demostrado, en mi juicio, que el poseedor de un efecto al portador se presume ser dueño de él mientras no se pruebe lo contrario (X. §. 4.º), que la obligacion del librador de dicho efecto es directa al título (IX. §. 2.º), que esta obligacion se estingue desde el punto mismo de recoger el título al portador el obligado (X. §. 4.º).

y que la índole especial de estos valores requiere dejar absolutamente exento al librador del resultado de las contiendas que pudieran suscitarse con ocasion del tracto sucesivo, de una en otras manos, sobre el dominio de los créditos representados por los efectos al portador (IX. §. 1.º), todavía se ofrece al exámen un punto importantísimo de derecho resuelto por las leyes comunes, segun las cuales deben resolverse todos los casos semejantes ó análogos, mientras una ley especial no limite su uso. Los documentos públicos ó privados no son otra cosa sino la prueba de un derecho, mas no el derecho mismo, y en el sentimiento universal está que no se pierde el derecho á un inmueble, ó á un crédito, si el dueño ha perdido ó le han sustraído la escritura ó el vale justificativo de sus derechos. Existen medios legales de subsanar la pérdida de un protocolo, y los vales al portador se subsanan por otros cuando perecieron ó fueron robados, sustraídos, etc.

3.º En confirmacion de este aserto, invocaremos el texto de diferentes soberanas disposiciones dictadas desde 1827 hasta el dia, mandando espedir duplicados de los documentos de créditos extravíados, destruidos ó robados, sea en poder de personas particulares, ó en el curso ordinario de las oficinas del Estado, prévias las formalidades establecidas al efecto (9); cuyo duplicado no se daría,

(9) Por Real órden de 20 de setiembre 1827, se mandó, de conformidad con el parecer del Consejo de Hacienda, facilitar á los interesados el duplicado del crédito allí indicado, y que se siguiese la práctica que en semejantes casos observaban los establecimientos del Banco de San Carlos y Cinco Gremios Mayores de Madrid; de obligar á los interesados á que acudían ante un juez, quien penetrado de las causas del extravío del documento, providencia y pasa el correspondiente oficio para que se espida otro por la oficina correspondiente, *acompañando copia ó testimonio de la obligación ó fianza de mejor derecho que debe preceder*. Esto mismo se ordenó por Real órden de 18 de julio de 1830, respecto de los documentos de crédito ó vales reales que hubiesen padecido extravío, sea en poder de personas particulares, ó en el curso ordinario de las oficinas de Hacienda. Por otra Real órden de 28 de junio de 1837, se mandó que contuviese hipoteca especial la escritura de fianza que se otorgase *para recibir créditos de la deuda del Estado en equivalencia de otros extravíados*; y en 1.º de octubre siguiente, las Córtes autorizaron al Gobierno, para que á favor de los dueños de títulos al portador, quemados con la correspondencia pública; se espidiese un extracto de inscripciones, con la expresion de no negociable hasta la próxima renovacion de los títulos, satisfaciéndose entre tanto á los mismos tenedores del papel los intereses, prévia una fianza á satisfaccion de las oficinas del Gobierno; entendiéndose esta medida mientras durasen aquellas circunstancias. Por último, en 10 de mayo de 1852 se dictó una Real órden mandando espedir duplicados de varios títulos sustraídos de las

si, como algunos suponen, *documento al portador* quisiese decir que es solo de quien le detenta: por que ni el robo, ni la sustraccion, ni la pérdida suponen la destruccion del título primitivo, y sin embargo en todos estos casos se entrega un duplicado. De donde se sigue que, si al siguiente dia de librarse dicho duplicado con las formalidades prevenidas, se presentase el portador del título primitivo, se trabaría un litigio, sobre el dominio del crédito ó derecho representado por esos mismos títulos, de la competencia esclusiva de los tribunales de justicia. Entre tanto, el librador permanecería extraño á esa misma cuestion, esperando la declaracion de quien era su legítimo acreedor con arreglo á las leyes, y garantizado con la fianza de *acreedor de mejor derecho*, si obtuviese favorablemente en la con-

oficinas de Búrgos, Barcelona, Coruña y Zaragoza, añadiendo que cuando ocurran sustracciones de igual naturaleza, la Junta de la Deuda consulte al Gobierno lo que en cada caso considere mas conveniente.—Además de estas disposiciones generales, ilustrarémos este punto con algunos casos particulares resueltos por la administracion pública y por los tribunales de justicia. En la *Gaceta de Madrid* de 29 de julio de 1857 circuló la Direccion general del Tesoro público, que habiendo sido quemados con la correspondencia de Málaga los 28 billetes del anticipo de 230 millones, cuya numeracion se expresa, la Direccion habia acordado ponerlo en conocimiento del público, para que si se presentase alguno con la misma numeracion sean tenidos desde luego por ilegítimos. En causa seguida en el Juzgado de Lavapiés de esta corte contra D. J. S. y S., conductor de correos por sustraccion de 13 documentos de la Deuda del Estado, importantes 171,842 rs., remitidos por D. Pedro Pascual Vela, desde Cádiz, á 18 de marzo de 1852, á su hermano D. Manuel, residente en esta corte, resulta al fólío 214: que en el Juzgado de Hacienda se habia seguido expediente á instancia del Don Manuel Pascual, sobre expedicion de duplicado de los 13 documentos de la deuda del 5 por 100 que se habian extraviado; cuyo expediente terminó mandando expedir el duplicado de dichos documentos, previa la oportuna fianza. En la *Gaceta* del lunes 17 de octubre de 1859 se publicó esta sentencia: «En los autos seguidos en el Juzgado del distrito del Prado de esta corte... entre D. J. P. S., como apoderado de....., y el Director gerente de la sociedad del ferro-carril de Langreo, sobre que por ésta se espidan nuevas inscripciones de 15 acciones al portador, núms. 1140 al 1154, que se extraviaron en la noche del 17 de julio de 1854....., se ha dictado auto en vista mandando que la citada sociedad espida las nuevas inscripciones al portador por las referidas 15 acciones núms. 1140 al 1154..... presentándolas al Juzgado para trasladarlas á la Caja general de depósitos, de donde no podrán ser estraidas hasta pasados cuatro años....., y que se publique esta determinacion en los periódicos oficiales de Paris, Londres y de esta corte; apercibiendo á cualesquiera personas que pudieran tener derecho á aquellas, que pasado dicho término sin haberse presentado á deducirlo, se entregarán á la testamentaria, no admitiéndose reclamacion alguna en contrario hecha con posterioridad.»

tienda el portador del título primitivo (10). Esta doctrina, y las noticias que la ilustran, convencerán á los sustentadores de la no reivindicacion de los documentos al portador, de que estos no son así llamados por que lleven consigo *la promesa formal de no reconocer otro dueño que al que le tenga en su poder*; sino en contraposicion á los títulos nominativos, los cuales llevan inscritos el nombre de la persona á cuyo favor están espedidos.

XII.

1.º Aun produce mayor sorpresa el oír al orador interpelante atribuir la depreciacion relativa de los efectos públicos de España, á existir de mucho tiempo el mal de la reivindicacion de estos valores: los tribunales, decia, fallan en sentido favorable á la reivindicacion; el mal existe hace mucho tiempo, y no se remedia, siendo esta la causa porque los empréstitos se hacen en España al 38 por 100, en vez del 60 ú 80, como en otros países (II. §. 7.º).

2.º Desde luego se convence á primera vista la exajeracion de aquel aserto, recordando el exíguo número de casos de reivindicacion de títulos de la Deuda pública ocurridos en la Real Audiencia de Madrid, llamada casi exclusivamente al conocimiento de este

(10) Para que los Diputados interpelantes y el autor del folleto á que antes hemos aludido no crean que estas doctrinas son contrarias al crédito de los títulos al portador, nos permitiremos traducir algunas ideas de las que consigna Mr. Dalloz en su *Repertorio de legislacion, doctrina y jurisprudencia, palabra efectos al portador*, núm. 925. Uno de los medios de crédito mas seguros, dice, es evidentemente el de prevenir á los poseedores de acciones al portador, en cuanto sea posible, contra los riesgos de robo ó de pérdida. ¿Qué daño puede resultar de esto á las compañías, si ellas obtienen garantías suficientes, para el caso en que las acciones perdidas ó robadas viniesen á ser presentadas por un tercer portador? Ellas no pueden temer ser mezcladas en los procesos que se agiten entre el portador y el que se dice legítimo propietario, limitándose á consignar los dividendos referentes á las acciones legítimas..... El autor citado cree que para negarse á dar el duplicado serian precisas algunas estipulaciones, y sobre todo que fuese imposible identificar los valores perdidos ó robados, porque éstos no tuviesen ningun signo propio á reconocerlos, citando como ejemplo los billetes del Banco de Francia, y luego concluye: Nos parece, en consecuencia, que por analogía con los arts. 152 y siguientes del Código de Comercio, se debería autorizar al propietario de una accion perdida, para exigir el pago en virtud de mandato judicial y previa caucion. Así fué decidido en un caso de pérdida de acciones al portador, por consecuencia de un robo comprobado judicialmente; declarándose que el propietario tiene el derecho de obtener nuevos títulos por la compañía, previas las garantías suficientes. Contra esta decision se interpuso recurso de casacion, y fué desestimado.

género de cuestiones, por ser la Bolsa de la corte el único mercado donde tienen cotización oficial esos valores; mas como si la banca entera de la corte de España hubiese querido protestar contra la teoría sustentada por el orador aludido, mientras bajo las bóvedas del Congreso de los Diputados se cantaba el salmo *de profundis* á la muerte del crédito, por haberse fallado la restitucion á su legítimo dueño de los títulos que le fueron robados al ser conducidos por el correo, resonaba el *hossana* en los círculos de la Bolsa: pues cotizados el dia 27 el consolidado á 39-30 y el diferido á 27-20, el 28, dia de la interpelacion, mejoraron 5 cénts. cada uno de dichos valores, y el dia 29 el 3 por 100 consolidado subió á 39-40 cénts., si bien el diferido quedó á 27-20. Estos datos, tomados de las cotizaciones oficiales de aquellos dias, á las cuales nos referimos, convencen la exajeracion é inexactitud de las opiniones de los interpellantes y sus secuaces, sobre los motivos de depreciacion relativa de nuestro crédito. Si la opinion general temiese los efectos de la reivindicacion de los valores públicos al portador, ese temor habria influido instantáneamente en los cambios realizados en el mercado: porque nada hay mas suspicaz ni receloso que el interés privado. A semejanza del barómetro, antes de asomar una nubecilla por los horizontes financiero, diplomático ó político, su aparicion se anuncia, con horas ó minutos de antelacion, en las columnas de la Bolsa.

XIII.

1.º Las causas influyentes en la conservacion y fomento del crédito son infinitas; pero todas ellas pueden reducirse á dos, á saber: el juicio ventajoso que forma el acreedor de la conciencia del deudor, con relacion al cumplimiento de sus obligaciones, y 2.º La confianza, la seguridad que tiene ese mismo acreedor de que no se alterará el órden moral y material, dentro y fuera del reino, en términos de forzar á su deudor á suspender el pago de sus propias obligaciones: dificilmente existirá una causa influyente en la depreciacion del crédito, que no esté encerrada en una de aquellas dos clasificaciones.

2.º Un deudor que descuida sistemáticamente sus obligaciones; que en períodos mas ó menos regulares lleva forzados á sus acreedores á un concurso, donde irremisiblemente tienen que optar entre perder el todo, ó la mitad, tercera ó dos terceras partes de sus créditos; un deudor que gasta notoriamente mas de sus ordinarios in-

gresos, y esto no obstante suprime recursos permanentes y los reemplaza con el eventual y pernicioso de aumentar su pasivo; un deudor que señala ciertos productos para cubrir el todo ó parte de sus obligaciones, y luego los distrae consultando solo su voluntad ó capricho; un deudor de semejante especie, ora sea el ente moral Gobierno, ora una empresa, ora un particular, propietario, industrial, banquero ú comerciante, ese deudor hace por su parte todo lo posible para desconceptuarse, y de seguro sufrirán sus obligaciones una gran depreciacion en el mercado. La demostracion práctica de la realidad de las causas enumeradas y otras semejantes, las hallará el lector en el catálogo de sus propias esperiencias, sin necesidad de producirla aquí por medio de ejemplos tal vez inconvenientes.

3.º Mas á veces vienen causas esternas á forzar la situacion del deudor, obligándole á desmentir el ventajoso concepto que de él se tiene. Las agitaciones y revueltas políticas, tan frecuentes en estos tiempos, en casi todos los Estados del mundo; los preludios de una disension diplomática; los rigores de una guerra entre algunas de las principales potencias, y los temores de que la lucha pueda ser general; las consecuencias funestas del abuso que se hace universalmente del crédito: estas y otras causas, mas ó menos secundarias, vienen de vez en cuando á despertar la desconfianza, instrumento dispuesto siempre á herir el crédito, sea cualquiera el agente que le impulse.

XIV.

1.º Mas esta desconfianza, enemiga irreconciliable del crédito, se refiere siempre al concepto bueno ó malo del deudor: no ha existido, no existe ni puede existir controversia racional, sobre ser favorable al crédito el concepto ventajoso que se tiene del deudor, y desventajoso, el concepto desfavorable que inspira ese mismo deudor. El crédito crece ó disminuye, segun la facilidad con que el deudor realiza sus obligaciones: esta es una verdad incuestionable é incuestionada.

2.º No existe igual uniformidad de opiniones acerca de la conveniencia ó inconveniencia de sujetar los efectos públicos á la accion reivindicatoria derivada del dominio de una persona, sobre los bienes muebles ó inmuebles. No busquemos sustentadores de exageraciones semejantes á la de comparar la circulacion de los valores al portador con la del aire, porque ciertamente no hallariamos muchos sectarios de esta doctrina: la divergencia formal de opiniones existe

entre los sustentadores de la ilimitada reivindicacion de los efectos al portador, y los que circunscriben esta accion al caso de haberlos adquirido sin las formalidades prescriptas para las enajenaciones de los muebles.

3.º Séanos permitido, sin embargo, observar que, si los valores al portador pierden todas sus ventajas desde el punto mismo de someterles á la reivindicacion; si esta clase de valores *son incompatibles con la reivindicacion*, como con mas arrogancia que criterio pronunció uno de los partidarios de la circulacion de los títulos, libre como el aire (III. §§. 2.º, 3.º y 4.º); entonces, en todas las naciones se ofende mas ó menos el crédito, tal como le entienden los sustentadores de aquellas opiniones; porque ni en Francia, ni en Inglaterra, ni en Wurtemberg, ni en Baden, ni en los Estados Unidos, ni en legislacion alguna de las consultadas existen los valores al portador de la manera escepcional supuesta. En dichas legislaciones, esos valores están comprendidos entre la riqueza mueble, y siguen mas ó menos la suerte deparada á esta especie de bienes: de donde se sigue, que en ninguno de los pueblos citados se tiene la creencia de ser incompatible la accion reivindicatoria con las condiciones especiales de los efectos al portador.

4.º Sea de esto lo que quiera, el hecho cierto es que, sobre el punto referente á la reivindicacion de los efectos al portador, no existe la unidad de opiniones observada acerca de los motivos deprimentes del crédito del librador. Hay quienes opinan que su circulacion debe ser libre como el aire, siendo incompatibles con la accion reivindicatoria esta especie de valores, y á este número pertenecen los interpelantes. Hay tambien quienes opinan que los valores al portador están comprendidos dentro de la riqueza mueble, y que respecto de los muebles, *la posesion es título* cuando son adquiridos en la forma legal, y de esta escuela son muchos de los modernos reformadores; y hay en fin quienes, sin distinguir la propiedad mueble de la inmueble, exigen siempre el dominio en el tradictor, otorgando, sin distincion de casos, la accion reivindicatoria al verdadero dueño contra cualquier detentador de la cosa: esta última escuela es la romana prevaleciente donde, como en España, aun rendimos culto á los principios de aquella sapientísima legislacion.

5.º Conste, pues, la divergencia de opiniones acerca de los valores al portador, existiendo quiénes los creen incompatibles con la reivindicacion, quiénes la limitan, al caso de haberlos adquirido sin

forma legal, y quiénes la estienden á todos los casos en que saliere de poder de su dueño por medio de un delito. Esta divergencia supone el punto opinable, la existencia de razones en pró y en contra, y lo que es opinable y discutible no puede racionalmente creerse contrario al crédito. Los partidarios de la libérrima circulacion de los efectos al portador creen que aplicándoles la reivindicacion no habrá quien deposite en ellos su fortuna (II. §. 2.º); pero yo tengo la creencia de que será muchísimo mayor el número de padres de familia que reusarían dejar á sus hijos su fortuna en efectos al portador, si se sancionase la doctrina *absoluta* de que su posesion es título, y que no podrían reivindicarlos, aun cuando hubiesen salido de su poder por medio de un robo, y se hubiesen comprado clandestinamente.

6.º De todo se deduce, que la legislacion y jurisprudencia de los tribunales españoles favorable á la reivindicacion no es ni puede ser la causa de que los empréstitos se hagan en España al 38 por 100, en vez del 60 ú 80, como en otros países. Entre diversas causas mas ó menos secundarias, la principal de esta diferencia consiste en el mayor valor del dinero en España. El interés menor exigido en Madrid, plaza quizá la mas concurrida de capitales de España, es del 6 y 7 por 100 con garantía saneada, y aun son muy frecuentes los préstamos al 8 y al 10 por 100 con esa misma garantía. Por esto, los valores de los efectos públicos tienden todos á nivelarse, y la nivelacion está en un 7 por 100, término medio del interés del dinero en la capital de España, y mientras este fenómeno subsista, el Gobierno continuará haciendo sus empréstitos al 38 ó 40 por 100, entretanto que otros Gobiernos colocarán los suyos al 60 ú 80, por ser ordinariamente el 3 ó 4 por 100 el interés del dinero en sus respectivos países. No es, pues, la existencia de la accion reivindicatoria la causa de la depreciacion de los efectos públicos españoles; si esta fuese, lo propio sucederia en todos los mercados del mundo: porque en todos ellos son mas ó menos reivindicables esta especie de valores, cuando han salido de poder de su dueño por medio de un delito, y se han adquirido *sin la forma legal*.

Tercera parte.

SUMARIO.

XV. §. 1.º En ningun país existen leyes especiales reguladoras del dominio sobre los efectos públicos al portador. §. 2.º Las mismas razones invocadas á favor de los efectos públicos al portador, existen á favor de cual-

quiera mueble no individualizado. §. 3.º La verdad es que, al resolver el legislador este punto, opta entre dos inconvenientes de gran monta.—XVI. §§. 1.º, 2.º y 3.º Bases de las legislaciones romana y canónica sobre la propiedad.—XVII. §. 1.º Nuestros legisladores siguieron la doctrina romana. §§. 2.º, 3.º y 4.º Exámen del Fuero Real y de las leyes de Partida. §§. 5.º, y 6.º Conformidad del art. 116 del Código penal con las leyes anteriores. §. 7.º Esta congruencia supone que los redactores del Código penal no creyeron que los títulos al portador exigían disposiciones especiales.—XVIII. §. 1.º Al frente de la escuela romana se ha alzado la germánica proclamando que la posesion es título en los muebles. §. 2.º El Código Napoleon siguió este principio. §. 3.º Pero varios reformadores siguieron el romano. §. 4.º Otros siguieron el Código francés por respeto al comercio y á las subastas públicas. §. 5.º Pero esta doctrina está en contradiccion con las legislaciones romana y española.—XIX. §. 1.º Real decreto de 10 de setiembre de 1831, creando la Bolsa de Madrid. §. 2.º Su objeto principal. §§. 3.º y 4.º Medios indirectos de conseguir que los efectos públicos se vendiesen en Bolsa, y efectos legales de estas ventas.—XX. §§. 1.º y 2.º El Real decreto de 10 de setiembre de 1831 está derogado en todas sus disposiciones.—XXI. §§. 1.º y 2.º Argumentos de los que sustentan que el art. 7.º de dicho Real decreto no está derogado. §§. 3.º, 4.º, 5.º y 6.º Refutacion de los anteriores argumentos. §§. 7.º, 8.º y 9.º Si la ley de 1846 calló sobre la reivindicacion, fué para dejar sometido este punto á la legislacion comun, imitando el sistema de las Bolsas de París y Lóndres.—XXII. §§. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º Las disposiciones del Código penal, derogan tácitamente el artículo 7.º del Real decreto de 1831. §§. 5.º y 6.º Principios contrarios de que partieron dicho art. 7.º y el 116 del Código penal.—XXIII. 1.º, 2.º y 3.º Impugnacion de las opiniones de los que sustentan que los títulos al portador se prescriben tan luego como se pagan.—XXIV. §§. 1.º, 2.º y 3.º Que aun cuando los títulos al portador estuviesen equiparados á la moneda robada, etc., su restitucion procedería.—XXV. §§. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º Lo propio sucede con los billetes de Banco. §. 6.º Medios de remediar la alarma consiguiente á estos sucesos.—XXVI. Conclusion.

XV.

1.º No es cierto que los derechos representados por los efectos públicos al portador constituyan una propiedad singular, la cual requiere una legislacion especial. Ni en España, ni en Francia, ni en parte alguna, que sepamos, existen leyes especiales reguladoras de los derechos sobre los efectos públicos al portador; estos se rigen por las prescripciones del derecho civil sobre los bienes muebles, y por consiguiente, siguen la suerte generalmente trazada á esta especie de riqueza.

2.º Y pensando juiciosamente ¿por qué se ha de permitir reivindicar un reloj, una cadena, un alfiler ú otra cualquier alhaja construida sin ningun signo que las individualice, aun cuando se hallen en un tercero adquirente de buena fé, y no se ha de otorgar igual reivindicacion respecto de un efecto público ó mercantil robado? Se contesta (III. §. 2.º), por que al aceptar un billete de 200 rs., seria menester tener á la vista la historia larga de este billete; pues al comprar ó permutar una cadena de ciento, seria igualmente preciso traer su historia, y si injusto es privar al comprador de un efecto público porque lo adquirió de quien lo habia robado, no habría menos injusticia en privar de un alfiler, reloj ó cadena á quien los adquirió con igual buena fé, de quien no era su dueño.

3.º La verdad es que, al resolver sobre este y otros puntos de legislacion civil y penal, el legislador opta entre dos inconvenientes de grandisima monta. De un lado vé la causa del legítimo dueño de un objeto mueble, invocando sus derechos robados, y de la otra se halla quizá con un comprador de buena fé, invocando á su favor sus respetabilísimos títulos. ¿Qué hacer en semejante conflicto?... Los legisladores de ciertos pueblos han preferido la condicion del dueño en todos los casos, mientras que ciertos otros limitaron la preferencia del anterior dueño al caso en que la cosa mueble se hubiese vendido sin las formas legales; pero siguieron la suerte del comprador, si este la adquirió con sujecion á las formalidades de antemano establecidas.

XVI.

1.º La legislacion romana cimentó la propiedad sobre bases solidísimas; lo mismo hizo con la familia: ambos son grandes elementos de estabilidad y reposo de las naciones. Por eso el instinto revolucionario tiende siempre á relajar las leyes, especialmente, en sus relaciones con la propiedad: las revoluciones sociales necesitan un interés para consolidarse, y el mayor de todos los intereses es variar la forma de la propiedad.

2.º Era una base de la propiedad entre los romanos, que donde quiera estuviese la cosa allí clamaba por su dueño. Así, pues, si el vendedor disponia de bienes del dominio de un tercero, solo quedaba al comprador accion para reclamarle su estimacion con los daños y perjuicios; pues el verdadero dueño podia reivindicar la cosa

del comprador, á no ser que este la hubiese usucapido (11).

3.º El derecho canónico sancionó tambien la doctrina de la legislacion romana acerca de las inflexibles consecuencias del derecho de propiedad; pues segun la regla 79 de las sancionadas como preceptos generales, *nemo potest plus juris transferre in alium, quam sibi competere dignoscatur*.

XVII.

1.º Imbuidos en estas doctrinas, nuestros legisladores reconocieron unánimemente la conveniencia de sancionarlas en nuestros cuerpos legales, y esa sancion existe en el Fuero Real, en las Siete Partidas, y en el Código penal hoy vigente: no obstante la distancia que separa los tiempos en que vieron la luz aquellos cuerpos legales, sus autores rindieron siempre culto á los sábios, á la par que fecundos principios de la legislacion romana.

2.º El Fuero Real, primer cuerpo de leyes concebido por el Santo Rey Fernando, y publicado por D. Alfonso el Sábio, con el ostensible propósito de darlo como fuero municipal y de esta suerte ir introduciendo la unidad en el caos del elemento local á la sazón dominante; este importantísimo fuero declaró la suerte del *que comprare lo ageno non lo sabiendo*, y la nulidad del acto de *vender lo ageno sin mandado de su dueño*. El comprador de buena fé no incurria en pena, si alguno le vendia *cosa agena*; pero estaba obligado á restituir á su dueño la cosa comprada, repitiendo contra el vendedor el precio, las despensas que hubiese hecho en la cosa vendida, y los perjuicios sufridos. Esto mismo se disponia para las donaciones y permutas; pero si el comprador sabia que el vendedor no era dueño de la cosa vendida, no solo estaba obligado á la restitucion, con todos sus frutos é intereses, sino tambien á la pena del duplo impuesta al vendedor (12).

3.º Conformes en su fondo con el Fuero Real, las leyes de Partida son mas esplicitas con relacion á la materia que nos ocupa. Si uno vendia á otro la cosa de un tercero en nombre de este, y el tercero despues confirmaba la venta, el contrato se convalidaba; pero si la venta de cosa ajena se hacia á nombre de quien no era su

(11) Ley 30, §. 1, D. *de act. empt.*—Cód. lib. IV, tít. LII, §. 5.º—Cod. lib. VIII, tít. XLV, §. 23.....

(12) *Leyes 6.ª y 9.ª*, tít. 10, lib. 3, del Fuero Real.

dueño, debía distinguirse si el comprador sabia ó ignoraba *que non es la cosa de aquel que ge la vende*. En el primer caso, es decir, si el comprador era de mala fé, no solo estaba obligado á restituir la cosa á su dueño, sino que no podia prescribirla, y generalmente, ni aun demandar el precio dado al vendedor; pero en el caso segundo, esto es, si el comprador creía de buena fé al vendedor dueño de la cosa, entonces puede prescribirla, y demandar *en todas guisas* el precio dado por la cosa injustamente vendida (13).

4.º Las prescripciones mencionadas del Fuero Real y las Siete Partidas son generales; ninguna limitacion contienen á favor de determinada especie de valores, y por lo mismo, su eficacia es incuestionable para todas las cosas que constituyen la riqueza mueble ó inmueble. Convencidos de esta idea, nos sorprendió oir á uno de los oradores aludidos, que para conuenoer la incompatibilidad de la reivindicacion con los efectos al portador (III. §. 3.º), no habia necesidad de recordar lo que se hizo en tiempo de Ballesteros, ni necesidad de recurrir á las legislaciones especiales. «La cuestion está ya resuelta, añadió, en nuestras leyes seculares, porque es cuestion de derecho comun... pues aunque el autor de las Partidas no leyó en las estrellas el advenimiento del crédito.... pero consignó en aquel código los principios eternos de la justicia... Al leer este período, casi testualmente transcrito, cualquiera creería que, en el Código maravilloso que dió á su autor el renombre de sábio, existiría precepto alguno favorable á la irrevindicacion de los efectos muebles ó de los derechos comprendidos en documentos á favor de incierta ó de determinada persona; pero nada menos que esq. Las *leyes seculares* de España no resuelven la cuestion en el sentido supuesto por el orador aludido: la resolucion es contraria, segun queda plenamente demostrado.

5.º Mas aun, el Código penal fué recientemente redactado y sancionado, y su artículo 116 es la síntesis fiel de la doctrina apoyada constantemente en la *legislacion secular* de España. Dicho artículo declara que, la restitution de la ~~cosa~~ objeto de un delito deberá hacerse *siempre que sea posible*, aunque se halle en poder de un tercero, y este la haya adquirido por medio legal, salva su repeticion contra quien le corresponda: solo tiene una escepcion esta regla;

(13) Leyes 19 y 54, tit. 6, Part. V.

cuando el tercero ha prescrito la cosa, con arreglo á las leyes civiles.

6.º Existe, pues, la más perfecta armonía entre la legislación civil y penal de España, no obstante que entre aquella y esta media un espacio de siglos, y no obstante también que, si D. Alfonso el Sábio, y los jurisconsultos que le auxiliaron en su famosa empresa, no vieron en las estrellas el advenimiento del crédito, los redactores del Código penal vigente le vieron, reconocieron y apreciaron bajo todas sus actuales formas y condiciones, y sin embargo nada innovaron. Las leyes del Fuero y de las Partidas declaran la obligación de restituir á su dueño la cosa vendida por quien no lo era, y esta misma obligación está sancionada en el Código penal. Las primeras, reservan su derecho al comprador de buena fé para repetir el precio, daños y perjuicios contra el vendedor, y el segundo otorga igual derecho á quien hubiese adquirido la cosa por medio legal. Aquellas declaran que el comprador de buena fé puede adquirir por tiempo el dominio de la cosa vendida por quien no era su dueño, y este exceptúa de la obligación de restituir, al tercero que prescribió la cosa con arreglo á las leyes civiles.

7.º Esta congruencia entre las legislaciones antigua y moderna, civil y penal, supone racionablemente que el advenimiento del crédito, bajo la forma artística con que hoy es conocido, no constituye, á los ojos de nuestros legisladores, un ser de organización singular y cuya existencia requiera forzosamente un libro esclusivo en nuestros códigos. La opinion contraria envuelve un agravio á los redactores del Código penal vigente, entre los cuales se hallaban la mejor y más granada parte de nuestros jurisconsultos: ¿Quién les hará la injusticia de suponer que, por imprevision ó ignorancia, no exceptuaron de la restitucion general del artículo 116 del Código penal, á los terceros que hubiesen adquirido efectos al portador por medio legal? Esa omision tiene esplicacion satisfactoria: vamos luego á darla.

XVIII.

1.º Al frente de la escuela romana que reconoce como principio, *res ubicunque sit pro domino suo clamat*, se ha levantado otra escuela que exceptúa las cosas muebles adquiridas en forma legal; á cuya escuela pertenecen muchos de los modernos reformadores, si bien algunos exageraron más que otros sus consecuencias: un escri-

tor distinguido demuestra el origen germánico de esta doctrina (14).

2.º El Código Napoleon declara que, en cuanto á los bienes muebles, la posesion es titulo: *possideo, quia possideo*. No obstante, si la cosa mueble fué perdida ó robada, su dueño puede reivindicarla durante tres años contados desde el dia de la pérdida ó del robo, contra aquel en cuyo poder se halle, salvo la accion de este para repetir su indemnizacion de quien la hubo. Esta regla tiene sus escepciones, á saber, cuando el comprador adquirió la cosa robada ó perdida en feria, mercado, en subasta pública ó de mercader dedicado á ventas de cosas semejantes; en cuyos casos, el dueño originario no tiene accion reivindicatoria, sino pagando al poseedor el precio de adquisicion (15).

3.º El principio Germánico *possideo, quia possideo*, sancionado por el Código francés con relacion á los bienes muebles, no está admitido por todas las modernas legislaciones. Muchas siguen la Romana, que requería tres años para la prescripcion de los muebles (16), y en este número se cuentan los códigos de Baviera, Bolivia, Parma y Módena, del canton de Fribourg, de Servia y de Austria; este último Código exige la prescripcion de seis años cuando la cosa se ha comprado de un desconocido ó de un poseedor de mala fé. Los mismos tres años exigen las legislaciones de Portugal, de la Luisiana, del Canton del Tesino y de Zurich; pero en caso de mala fé, en Portugal se requieren treinta años, y en la Luisiana y en el Tesino diez. En Sajonia, la prescripcion de las cosas muebles dura un año, seis semanas y tres dias, y en Basilea y en Soulera, diez años (17).

4.º La seguridad necesaria al comercio y el respeto debido á las solemnidades con que se ejecutan las subastas públicas, aconsejaron ciertamente la prescripcion del artículo 2280 del Código francés, segun el cual, el comprador de bienes muebles por alguno de los títulos que menciona, no podia ser privado de ellos, aun cuando fuesen robados, sino prévia indemnizacion del dueño originario; y aun cuando esta disposicion no la hayan aceptado todos los reformadores, fué sancionada en los códigos de la Luisiana (18); en el Napo-

(14) Del elemento germánico en el Código Napoleon, por Mr. Zoëpf (Revue étrangère et française de législation, tomo IX, pág. 179.).

(15) Código Napoleon, arts. 2279 y 2280.

(16) Inst., título VI, lib. II.

(17) *Concordance entre les codes civils étrangers et le code Napoleon*: Deuxieme édition. Paris, 1856.

(18) Artículos 2473 y 3474.

litano (19); en el Sardo (20); en el del Canton de Vaud (21); en el de Austria (22); y en algunos otros de cuyas disposiciones no podemos responder exactamente. El proyecto de Código civil español, publicado en 1852 de orden del Gobierno, introduce en este punto la doctrina del Código francés, pues establece la prescripcion de tres años con justo título y buena fé respecto de la propiedad de los bienes muebles, y de seis años cuando dichos bienes fueron hurtados ó perdidos; y luego añade: «pero si hubiesen sido comprados en feria, mercado, subasta pública, ó de comerciante que vendía efectos parecidos, el dueño que los reclama antes de la prescripcion deberá indemnizar al poseedor el precio que pagó por ellos (23).

5.º Tales son las reformas radicales introducidas en las modernas legislaciones. La posesion equivale á título en cuanto á los bienes muebles, han dicho unos, y solo se requiere la prescripcion cuando dichos bienes fueron perdidos ó robados. Otros creyeron peligrosa esta doctrina y se limitaron á acortar el tiempo de posesion necesario para prescribir los bienes muebles, duplicando dicho tiempo cuando traian un bastardo origen; y aun muchos legisladores que desecharon en tésis general el principio de *la posesion es título*, lo aceptaron cuando la cosa mueble fué comprada en feria, mercado, subasta pública ó de comerciante que vendía efectos parecidos: reformas todas contrarias á las prescripciones de las legislaciones romana y española, segun las cuales, las cosas muebles se prescriben á los tres años con justo título y buena fé (24); pero si traen un origen vicioso, el poseedor de buena fé necesita treinta años para prescribirlas (25), y el de mala fé no las prescribe jamás (XVII. §. 3.º). Estas son las razones de diferencia entre las leyes españolas y las extranjeras sobre la riqueza mueble, en la cual se comprenden los títulos al portador.

XIX.

1.º Despues de establecido el Código de Comercio promulgado.

-
- (19) Artículo 2186.
 - (20) Artículo 2412.
 - (21) Artículo 1682.
 - (22) Artículos 367 y 368.
 - (23) Artículo 1962.
 - (24) *Instituta*, tit. VI, lib. II, y ley 9, tit. 29, p. III.
 - (25) *Instituta*, tit. VI, lib. II.—Ley 8, §. 1.º, tit. 39, lib. 7 del Cod.—Y leyes 9 y 21, título 29, P. III.

en 30 de mayo de 1829, el ilustrado Gobierno español de aquella época creyó conveniente erigir en la corte una Bolsa ó Lonja de contratacion pública, en que facilitándose con la reunion periódica de las personas que ejercen el tráfico, la comunicacion de las especulaciones que combinase el interés individual de cada uno, pudieran estas ejecutarse con suma facilidad, así como tambien con la *regularidad perfecta que no puede faltar en las operaciones que se hacen bajo la garantía de la publicidad, y de agentes intermediarios que tienen una responsabilidad directa en que se guarden y observen fielmente las formalidades legales*: el Real decreto erigiendo la Bolsa de Madrid tiene la fecha de 10 de setiembre de 1831.

2.º En dicho Real decreto se declaró ser objetos especiales de la Bolsa: 1.º la negociacion de los efectos públicos, y 2.º los valores, mercancías y contratos de comercio (26): entendiéndose legalmente bajo la denominacion de efectos públicos, no solo los emitidos por el Gobierno español y los gobiernos extranjeros, consignando el pago sobre sus cajas respectivas, sino tambien los pertenecientes á algun establecimiento ó particular á quien se hubiese concedido Real autorizacion para ello. Se prohibió la celebracion de reuniones públicas ni secretas para ocuparse en negociaciones de tráfico, todas las cuales debian celebrarse en la Bolsa, conminando con ciertas penas á los contraventores; pero se autorizó á los comerciantes para celebrar reuniones privadas en sus casas, escritorios y almacenes, pudiendo contratar por sí mismos ó con intervencion de corredores, salvo las operaciones de efectos públicos que no se realicen *íntegramente de contado*, las cuales se verificarían indispensablemente en la Bolsa y con intervencion de sus agentes, bajo pena de nulidad (27). Los efectos públicos podian, pues, negociarse entre comerciantes dentro y fuera de la Bolsa; salvo las operaciones á plazo, ó no realizadas *íntegramente de contado*, las cuales debian verificarse indispensablemente en la Bolsa y con intervencion de agente público.

3.º Si el legislador no quiso, por entonces, prohibir á los comerciantes la contratacion á domicilio sobre efectos públicos, como lo aconsejaba la conveniencia pública, como se practicaba en otros países, y como mas adelante se dispuso en el nuestro, con todo,

(26) Artículo 2.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831.

(27) Artículo 6.º, idem.

favoreció las operaciones ejecutadas dentro de la Bolsa, declarando que los agentes eran responsables civilmente de la legitimidad de los efectos públicos al portador negociados en ella, quedándoseles á salvo su derecho contra la persona por cuya cuenta los hubiesen enajenado; cuya responsabilidad no existía en los contratos celebrados fuera de la Bolsa (28); pero el principal estímulo para inclinar las voluntades á favor de la contratacion dentro de la Bolsa consistió en declarar que los efectos públicos vendidos en ella, ya sea que estuviesen emitidos al portador, ó ya á favor de persona determinada, no estaban sujetos á reivindicacion, y su enajenacion seria válida y subsistente aun cuando el vendedor los poseyera de mala fé, salva la accion del legítimo propietario contra el mismo vendedor ú otras personas que tuviesen responsabilidad legal en los actos con que hubiese sido desposeido de los efectos ó defraudada su propiedad (29).

4.º En resumen, el Real decreto de 10 de setiembre de 1834 supone virtualmente que los efectos públicos nominativos ó al portador estaban sometidos á las disposiciones generales del derecho sobre reivindicacion de la riqueza mueble; pero introdujo una escepcion á favor de los *vendidos en Bolsa*, y esta escepcion se introdujo en la creencia de que no debian quedar burlados los derechos adquiridos bajo la garantía de la publicidad y de agentes intermediarios responsables directamente de la legitimidad de los títulos, de la idoneidad ó identidad de los contratantes: siguiendo de esta suerte el principio germánico de que la posesion es título en los muebles, y que estos son irreivindicables cuando fueron vendidos en mercado, subasta pública, etc. (XVIII. §§. 1.º al 5.º)

XX.

1.º Empero el Real decreto de 10 de setiembre de 1834 está derogado en todas sus disposiciones por la ley provisional de Bolsa de 5 de abril de 1846, y aun cuando así no fuese, el art. 7.º de dicho Real decreto declarando la irreivindicacion de los efectos públicos vendidos en Bolsa, lo habria quedado desde que adquirió carácter de ley el art. 116 del Código penal vigente.

2.º La ley provisional dijo así en su última disposicion general:

(28) Arts. 112 y 113 id.

(29) Art. 7.º id.

quedan derogadas y sin efecto las leyes, Reales decretos, instrucciones, reglamentos y demás disposiciones que hasta aquí regían sobre las materias contenidas en la presente ley (30). Esta locucion general, absoluta, sin limitacion de especie alguna, no permite establecer distinciones sobre si la derogacion fué total ó parcial: las derogaciones espresas son siempre generales, á diferencia de las tácitas, llamadas así porque se derivan de una ley posterior contraria al texto de otra anterior. Si la ley provisional de Bolsa de 5 de abril de 1846 hubiese llamado sobre la suerte de las disposiciones soberanas anteriores; si al menos se hubiese limitado á derogarlas en cuanto fuesen contrarias á lo por ella preceptuado, como suele frecuentemente declararse, y como declaró, con mas ó menos precision, el artículo adicional de la ley anterior de 20 de junio de 1845 (31), entonces estarían en su lugar los que sustentan estar vigente el art. 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1834; porque ninguna disposicion existe en los artículos de las leyes de Bolsa posteriores, que declare la doctrina favorable á la reivindicacion. Mas esta derogacion nacida de un texto de ley posterior, contrario á otro anterior, es innecesaria cuando la ley posteriormente publicada contiene una disposicion final que deroga todas las leyes, Reales decretos, instrucciones y reglamentos que venian rigiendo hasta entonces sobre la materia objeto de la misma.

XXI.

1.º No obstante lo inconcuso, en mi juicio, de las doctrinas anteriores sobre los efectos de las derogaciones espresas ó tácitas, hay quienes sustentan que el art. 113 de la ley provisional de 5 de abril de 1846 derogaba solo las leyes anteriores en lo que fueran á ella contrarias, mas no en lo que no estaviese por ella tratado ni dispuesto; en cuyo último caso se encuentra el art. 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1834. Despues de lo dicho (XX) acerca de las derogaciones espresas y tácitas de las leyes por otras posteriormente promulgadas, parecería escusado insistir sobre el mismo punto, si nouviésemos que refutar argumentos de índole distinta:

(30) Ley provisional de 5 de abril de 1846, art. 113.

(31) Ley provisional para la Bolsa de Madrid, su fecha 20 de junio de 1845. Artículo adicional. La presente ley tendrá su cumplimiento á los sesenta dias de su publicacion, quedando desde entonces derogadas cualesquiera disposiciones en contrario.....

estos argumentos se toman del objeto de las leyes posteriores al Real decreto de 1831, expresado en los preámbulos de las mismas.

2.º «Covencida la Reina, dice el de la ley provisional de 23 de junio de 1845, de la necesidad de poner un eficaz remedio á los males que se advierten en las negociaciones de efectos públicos á plazo, que se hacen en la Bolsa de Madrid, dispuso que se sometiese á las Córtes un proyecto de ley, por el cual se reformaba la que hoy rige en aquellos puntos que la esperiencia ha demostrado era preciso, para poner á cubierto los intereses generales y particulares....» Esta soberana disposicion, se arguye, no derogó el Real Decreto de 1831, si no en cuanto fuesen contrarias sus disposiciones, y estas se refirieron solo á modificar las jugadas á plazo, y las garantías, número y responsabilidad de los agentes de cambio. Hasta aquí estamos conformes con nuestros adversarios; la ley provisional de 1845 no derogó, sino que reformó el Real decreto de 1831, y esta idea indicada en el preámbulo, se sancionó en el artículo adicional citado: *quedando derogadas, así dice, cualesquiera disposiciones en contrario.*

3.º Pero los males nacidos de las jugadas á plazo continuaron, añaden los sustentantes de las opiniones contrarias á la reivindicacion, y la ley provisional de 5 de abril de 1846 *cortó por lo sano en punto á jugadas á plazo....* «Habiendo acreditado la esperiencia, dice el preámbulo de esta ley, que las operaciones á plazo sobre los efectos públicos, autorizados por la ley de 10 de setiembre de 1831, lejos de contribuir al fomento de las relaciones comerciales, y á promover la circulacion de los valores del Estado, se han convertido en un ágio inmoral, contrario á las leyes y perjudicial así al comercio como al crédito de aquellos mismos valores, y no habiendo sido suficientes para refrenar estos deplorables abusos las disposiciones dictadas; siendo ya indispensable dictar las medidas severas que reclaman el buen orden de la contratacion de la Bolsa para que en ella se observen las condiciones esenciales que se requieren en todo género de contrato legítimo... vengo en mandar se observe el siguiente proyecto de ley.»

4.º Basta leer atentamente el preámbulo anterior y compararlo con el de la ley provisional de 1845, para convencerse de la notable diferencia que los distingue. En el de 1845 se indica solo *una reforma* sobre las jugadas á plazo, y en el de 1846 no se indica el pensamiento de reformar conservando, si no el de suprimir dichas juga-

das, y de establecer medidas severas para que se observen las condiciones esenciales requeridas en todo género de contrato legítimo; La ley de 1846 se propuso un objeto mas amplio que el de la de 1845. pero este convencimiento es mayor despues de observar en dicha ley de 1846 todo un sistema contrario al ensayado en el Real Decreto de 1831: examinemos y comparemos algunas de sus principales bases.

5.º El artículo 20 de la ley provisional de 5 de abril de 1846 preceptuó que todas las negociaciones de efectos públicos serian al contado, cuya base es contraria á la sancionada en el art. 38 del Real decreto de 10 de setiembre de 1831: con esto se acudia á una de las necesidades espresadas en el preámbulo de la ley derogatoria. El Real decreto citado prohibia bajo ciertas penas las reuniones ilícitas para ocuparse de negocios; pero autorizaba á los comerciantes para celebrar en sus casas, escritorios y almacenes los contratos y negocios que les conviniesen, sin otra limitacion que *las jugadas á plazo sobre efectos públicos* (XIX. §. 2.º), y la ley de 1846 estableció la forma de contratar dichos valores dentro del local de la Bolsa, pues declaraba su nulidad si no se pasaba una nota de cada operacion, y si ésta no se publicaba en seguida por la voz del anunciador de la Bolsa (32). La libre contratacion de los comerciantes quedó circunscrita por la nueva ley á los valores y efectos de comercio; pero los efectos públicos debian necesariamente negociarse en la Bolsa, con los pormenores establecidos con dicho objeto, y esta innovacion, aconsejada por altos motivos de conveniencia pública, fué introducida por la ley derogatoria. Igual alteracion se hizo respecto de la facultad de contratar privadamente los comerciantes, concedida por el Real decreto de 1831, pues la ley de 1846 ordenó que todas las operaciones sobre efectos públicos se hiciesen precisamente con intervencion esclusiva de los agentes de cambio (33).

6.º Verdad es que en otros puntos, mas ó menos secundarios, la ley provisional de Bolsa de 1846 siguió el espíritu del Real decreto de 1831; pero á poco de meditar sobre los 113 artículos de la primera, se convence que comprende todo un sistema de contratacion en la Bolsa; cuyo sistema está vaciado en el molde de las disposiciones relativas á la Bolsa de París, salvo entre otros el punto

(32) Ley provisional de 5 de abril de 1846, arts. 20, 21, 22, 23 y 36.

(33) Id., arts. 20 y 46.

referente á la prohibición de las jugadas á plazo. El pensamiento de los autores de la ley de 5 de abril, no fué reformar el Real decreto de 10 de setiembre, si no derogarlo en todas sus partes. Por eso reprodujeron sus disposiciones en lo que no eran contrarias al nuevo sistema ensayado, y por eso tambien su artículo final contuvo una derogacion espresa: porque se quiso no dejar subsistentes otras prescripciones sobre contratacion de efectos públicos, que las contenidas dentro de la misma ley provisional de 1846.

7.º La irreivindicacion de los efectos públicos vendidos en Bolsa no fué reproducida ni espresamente derogada, siendo en realidad caso omiso; mas al obrar así, los autores de la ley provisional mencionada siguieron tambien la legislacion de la Bolsa de París, que tampoco menciona este punto, dejándolo sometido á las prescripciones del derecho comun, como sucede en la generalidad de los demás países (XIV. §. 3.º). Siguiendo este sistema, allí donde la *posesion es título* con respecto á los bienes muebles, los efectos públicos al portador vendidos en Bolsa serán irreivindicables (XVIII. §§. 2.º y 4.º); pero donde por el contrario, la legislacion comun sigue el principio romano de que donde quiera que está la cosa allí clama por su dueño, la reivindicacion de los efectos públicos al portador vendidos en Bolsa es incuestionable (XVII): tal es la situacion legal entre nosotros, desde la derogacion absoluta, incondicional, ilimitada de las leyes, Reales decretos, instrucciones, reglamentos y demás disposiciones anteriores, contenida en el art. 113 de la ley provisional de 5 de abril de 1846 (XX).

8.º Si en Francia no son reivindicables los efectos públicos vendidos en Bolsa y con intervencion de agente público, no es porque allí exista disposicion alguna especial que así lo declare; sino porque segun el art. 2280 del Código Napoleon, el dueño anterior de un mueble perdido, robado ó sustraído, no tiene accion para reivindicarlo, si el poseedor actual lo compró en feria, mercado, etc.; pero si dicha compra la hubiese hecho sin las formalidades legales, es decir, fuera de Bolsa, y sin intervencion de agente de cambio, en Francia como en España, el dueño de un documento al portador robado tiene accion para demandarle contra quien le posee sin título legal, segun esta regla de derecho: *qui contra jura mercatur, bonam fidem presumitur non habere*.

9.º En Inglaterra tampoco existen disposiciones especiales con relacion á los efectos públicos al portador, los cuales están someti-

dos á las prescripciones reguladoras de la propiedad mueble. Segun ellas, todo contrato de venta celebrado en las ferias y mercados, obliga, no solo á los contratantes, sino tambien á los que tienen un derecho de propiedad sobre la cosa vendida. En la generalidad de las ciudades del Reino-Unido, los mercados se celebran en ciertas épocas del año y con sujecion á sus reglamentos; pero la ciudad de Lóndres está declarada mercado permanente, excepto los domingos, de suerte que, las transacciones en ella consumadas están exentas de la reivindicacion: solo los caballos no pueden cambiar de mano, sin que la venta esté espresamente consentida por el propietario (34).

XXII.

1.º Si alguna duda pudiese quedar acerca de la derogacion del artículo 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, por el 115 de la ley de 5 de abril citada, desaparecería completamente despues de sancionado el Código penal vigente desde 19 de marzo de 1848. Segun él, toda persona responsable criminalmente de un delito lo es tambien civilmente (35), y la responsabilidad civil comprende en primer lugar, la *restitucion*, en segundo, la reparacion del daño causado y en tercero, la indemnizacion de perjuicios (36). La restitucion deberá hacerse de la misma cosa, continúa el propio Código, siempre que sea posible, con abono de deterioros ó menoscabos á regulacion del Tribunal. Se hará la restitucion, aunque la cosa se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por medio legal, salva su repeticion contra quien le corresponda.—Esta disposicion no es aplicable al caso en que el tercero haya prescripto la cosa, con arreglo á lo establecido en las leyes civiles (37).

2.º *La restitucion deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, aunque la cosa se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por medio legal*: es importantísimo este legal precepto. Su significado general, absoluto, no permite racionalmente dudar sobre si comprende lo mismo á las cosas robadas, á las hurtadas que á las estafadas. Si los redactores del Código aludido hubiesen querido poner alguna limitacion á la restitucion de la cosa,

(34) Laya, *Droit Anglais*, tít. III, cap. I, §§. 2.º y 3.º

(35) Código penal, art. 15.

(36) Id., art. 115.

(37) Id., id., 116.

la habrían escrito á continuacion de aquella regla general; pero no habiéndola establecido, el juzgador entendido y recto no debe oír otro consejo que el del legislador que le dice: «donde quiera que por medio de un delito se ha privado á uno de la cosa cuyo dominio le pertenece, allí decretarás su restitucion *siempre que sea posible*, aunque se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por medio legal».

3.º Del precepto absoluto del artículo aludido del Código penal se deduce otra consecuencia, á saber, que la restitucion de la cosa procede siempre que sea posible, ora verse el delito sobre un semoviente, sobre una alhaja, sobre un efecto al portador ó sobre una moneda. Si la intencion de los redactores del Código penal hubiese sido escluir de la ley comun la moneda, el papel-moneda, ó los valores públicos al portador, lo habrían espresado de una manera indubitada, estableciendo una escepcion á favor de estos efectos, mayormente cuando á la sabiduría de aquellos, en su mayor parte esclarecidos jurisconsultos, no podia oscurecerse el significado latísimo de la palabra *cosa* en el diccionario jurídico (38). El párrafo tercero del artículo referente á la restitucion de la cosa siempre que sea posible, exceptúa el caso en que el tercero haya prescrito la cosa con arreglo á las leyes civiles; pues del propio modo se habrían escluido del precepto general la moneda, ó los efectos públicos al portador, si los redactores del Código hubiesen creído conveniente esta exclusion. No la establecieron; al decretar la restitucion, usaron la frase mas general, *siempre que sea posible*, y los tribunales de justicia no pueden prescindir del cumplimiento de este general precepto, si quieren obrar dentro del límite de sus atribuciones, circunscritas á aplicar rectamente las leyes á los pleitos civiles y criminales.

4.º Siguiendo el sentido recto del precepto legal que ordena la restitucion de la misma cosa á su dueño, *siempre que sea posible*, aunque la cosa se halle en poder de un tercero y este la haya adquirido por título legal, parece racionalmente imposible que haya quien sostenga la irreivindicacion de los efectos públicos al portador ven-

(38) Las cosas son el segundo objeto del derecho. El nombre *cosa* es generalísimo, pues comprende á cuanto hay en el mundo; pero aquí se toma por aquello que no siendo persona ni accion puede ser de algún útil ó comodidad al hombre. *Ilustracion del Derecho Real de España*, por D. Juan Sala, lib. II, tít. I, §. 1.º

didos en Bolsa, declarada por el art. 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831. Aun en la hipótesis, por mí combatida, de que dicho artículo no estuviese derogado por el 113 de la ley provisional de 5 de abril de 1846 (XX y XXI), su derogacion tácita seria incuestionable despues de la publicacion del Código penal vigente; pues su art. 116 sanciona una doctrina contraria.

5.º Y la contradiccion entre el art. 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, y el 116 del Código penal sancionado en 19 de marzo de 1848 es evidentísima. En el primero se erige en título la posesion de los efectos públicos, aun cuando se hayan adquirido del poseedor de mala fé, *salva la accion al legitimo propietario* contra el vendedor y demás personas responsables de los actos de desposesion ó defraudacion de su propiedad; mientras que en el segundo se favorece al propietario desposeido ó defraudado en sus derechos de cualquiera clase, reservando al poseedor de la cosa su repeticion contra quien corresponda, aun cuando la haya adquirido por medio legal. Los autores del Real decreto de 1831 siguieron el principio germánico, *la posesion es título* en cuanto á los efectos públicos vendidos en Bolsa, y los redactores del Código penal aceptaron rigorosamente el romano, segun el cual la cosa clama por su dueño donde quiera que se halle, sin otra escepcion que la nacida de la prescripcion conforme á las leyes civiles. Entre el legitimo dueño que invoca sus derechos robados ó defraudados, y el comprador de buena fé invocando en su favor este legitimo título, el Código penal optó por el primero, y el Real decreto de 10 de setiembre de 1831, por el segundo.

XXIII.

1.º A juzgarles por su conducta, los sustentadores de las opiniones, favorables á la irreivindicacion de los efectos al portador, están igualmente convencidos de la derogacion tácita del art. 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, por el 116 del Código penal; pues entre sus razonamientos, ninguno se encamina á persuadir que dentro de la prescripcion general del segundo, no están comprendidos los efectos de que habla el primero. Verdad es que seria difícilísima empresa, por no decir imposible, la de persuadir que están escluidos los efectos al portador robados, del precepto penal que ordena restituir la misma cosa *siempre que sea posible*,

aun cuando se halle en poder de un tercero, y este la haya adquirido por medio legal.

2.º Cuando llegan á este punto, los partidarios de la irreivindicacion se defienden con este argumento: «en el acto de abonarse su precio, el dominio de los efectos públicos se trasfiere al comprador de una manera irrevocable, ó lo que es lo mismo, á estos actos vá unida la prescripcion de las acciones que contra el comprador pudieran dirigirse. Es ciertamente anómala esta disposicion, si se considera con arreglo á los principios de la legislacion comun; pero deja de tener este carácter, si se aprecian las consecuencias que la naturaleza de los efectos alportador deben producir (V. §. 3.º). «La prescripcion legal existe, añadia otro vigoroso defensor de la irreivindicacion, y se encuentra consignada en las leyes posteriores al Real decreto de 1834; pues el artículo 116 del Código penal no es aplicable al presente caso, sino el párrafo 3.º de dicho artículo que habla de la prescripcion de la cosa con arreglo á las leyes civiles.....» (V. §. 4.º) (39).

3.º ¿Que la prescripcion legal existe desde el punto mismo que se abona el precio de los efectos públicos vendidos!..... Para expresarse en este sentido, es preciso desconocer ú olvidar el significado jurídico de la palabra *prescripcion*: solo así se concibe dar una tan violenta inteligencia al párrafo tercero del art. 116 del Código penal. *Usucapion ú prescripcion*, palabras sinónimas en derecho, por mas que se diferenciasesen en lo antiguo, es la *adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley*. *Usucapio*, es decir, adquirir por el uso, ganar por el uso el dominio de alguna cosa, y la base de este modo singular de adquirir consiste, segun un distinguido escritor (40), en que no reivindicando el dueño su cosa, en el término de la ley, se presume que la renuncia á favor del poseedor. Si, pues, este es el sentido legal y científico, de la palabra *prescripcion*, es caprichoso suponer la existencia de dicha *prescripcion* desde el acto mismo de abonarse el precio de los efectos públicos vendidos. Cuando el párrafo 3.º del art. 116 del Cód.

(39) Estas fueron las opiniones del Fiscal de S. M. en su censura emitida en el proceso de qua hemos hablado en el tercer lugar de la nota número 1.º: compárense con las opiniones del fiscal especial de Hacienda en la misma Real Audiencia, apuntadas en la nota (núm. 2.º) y se verá la discordancia existente entre los agentes del Gobierno.

(40) Grotius, de jur. bel. ac pac., lib. II, §. 318 y siguientes...

go penal exceptuó de la *restitucion de la misma cosa* objeto de un delito, el caso en que dicha cosa se halle en poder de un tercero y este la haya prescrito con arreglo á las leyes civiles, aludió á la posesion requerida para ganar por tiempo las cosas (XVIII. §. 5.º). Si el comprador de unos efectos públicos robados los posee durante treinta años, en la creencia de que los adquirió de su legítimo dueño, ese comprador hace suyos los títulos por la prescripcion, y no puede ser condenado á restituirlos: esto es lo que dice el párrafo tercero del artículo citado. Pero de esto, á suponer que la prescripcion se realiza sin necesidad de tiempo, por el solo acto de la entrega del precio, hay un espacio inmenso que parece increíble pase desapercibido á los ojos de personas peritas en derecho.

XXIV.

1.º Igual juicio nos merece otro argumento utilizado por los sustentadores de las opiniones contrarias á la reivindicacion, y por cierto que es el mas generalizado entre el vulgo que repite á coro sus ecos. «Los títulos al portador, dicen, se hallan equiparados á la moneda, pudiendo recibirse de cualquiera sin averiguar su procedencia, bastando la simple entrega de ellos para trasferir su dominio de una manera irrevocable (V. §. 5.º).» ¿Y en qué Código, ley ó reglamento apoyan su aserto los sustentadores de semejante equiparacion? Confieso francamente no haber hallado precepto alguno que lo justifique, antes bien existen signos y prescripciones convincentes de la desemejanza entre la moneda verdadera, y los títulos al portador.

2.º Los efectos públicos al portador tienen dos signos esternos que los individualizan, á saber: la série y el número de orden; la moneda carece de dichos signos, y esta es la primera y mas sustancial distincion. El efecto, al portador no lleva en su sustancia el valor que simboliza, sino que es meramente el título representativo de ese mismo valor, á la manera que la copia de la escritura simboliza la cosa comprada; pero la moneda no es el título, sino el propio valor específico que desaparece si se pierde ó es robada. De esta segunda diferencia se sigue la tercera, á saber: que si una ó muchas monedas son perdidas, ó robadas, al perjudicado no le queda casi recurso alguno de reintegro, mientras que el dueño de efectos públicos al portador que justifica plenamente su destruccion, robo, etc., solicita y obtiene un duplicado de esos mismos títulos, con

sujecion á las formalidades establecidas al efecto (XI. §. 3.º). Las Reales órdenes de 31 de julio de 1847 y 28 de octubre de 1850 establecen la forma de certificar los pliegos comprensivos de efectos de la Deuda pública, y el objeto de estos certificados es que, en caso de sustraccion ó extravío, se den los duplicados á los dueños de los títulos certificados y extraviados, como lo vemos comprobado con ejemplos (41). Además de estas diferencias sustanciales, existen otras accidentales que resisten la equiparacion entre los efectos públicos al portador y la moneda; porque los primeros no pueden negociarse sino con la intervencion de los agentes de cambio, y en la Bolsa, segun las prescripciones de la ley vigente (42): prescripciones fundadas en altos motivos de conveniencia pública (43), sin uso alguno con relacion á la moneda.

3.º Pero aun en la hipótesis de que los títulos al portador se hallasen equiparados á la moneda, todavía sostendríamos que, probado haber sido tales títulos ó monedas objeto de un hurto ú robo, deberia decretarse su restitution al robado, ni mas ni menos que si

(41) Véase la nota 7.

(42) Ley provisional de 8 de febrero de 1854: artículos 15, 31 y sus concordantes. Hay quienes creen que los comerciantes pueden contratar á domicilio sobre efectos públicos; pero este es un error: el art. 9.º solo autoriza á los comerciantes para contratar sobre efectos mercantiles, mas no sobre efectos públicos.

(43) En buenos principios, todos los comerciantes deben estar autorizados para tratar entre sí en asuntos mercantiles, sin necesidad de agente intermediario; pero altos motivos de conveniencia pública aconsejan que todas las operaciones sobre efectos públicos se hagan forzosamente con intervencion de agentes de cambio: esta forma de contratacion ofrece ventajas al Gobierno y á los particulares.—Al Gobierno, porque siendo tan inmensa la masa de su deuda, seria muy fácil introducir en el mercado una porcion crecida de títulos falsos que comprometiesen su crédito; lo cual se aleja exigiendo que en estas operaciones intervengan oficiales familiarizados con los efectos públicos, é interesados en descubrir las falsificaciones, por la responsabilidad que se les impone.—Y es tambien favorable á los particulares, porque se evitan muchos riesgos personales y pecuniarios contratando por ante un agente que garantiza la legitimidad de los títulos, la personalidad de contratantes y la eficacia de la obligacion. Casi todos los procesos conocidos sobre sustraccion de títulos proceden de adquisiciones hechas sin intervencion de agente: los ladrones no se atreven fácilmente á proponer una venta de efectos robados á un oficial público. Sin embargo, es tal la fuerza de los hábitos arbitrarios arraigados entre nosotros, que son rarísimas las operaciones al contado consumadas con intervencion de agente de cambio: intervienen agentes intrusos, vulgo Zurupetos, quienes cobran su corretaje como agentes públicos, y si alguno reusa su intervencion, llevan su osadía hasta el punto de censurarle duramente, como sucedió alguna vez á mi presencia.

se tratase de un caballo, de cierta cantidad de trigo, etc., etc. Por que volvemos á repetirlo, el artículo 116 del Código penal contiene un precepto absoluto: «la restitution deberá hacerse de la misma cosa siempre que sea posible... aunque la cosa se halle en poder de un tercero, y este la haya adquirido por medio legal, salva su repetition contra quien le corresponda:» por consiguiente, su aplicacion procede en todo caso, entretanto que un precepto especial no lo modifique. ¿Y existe alguna exencion á favor de la moneda robada?... No: la sola diferencia existente á su favor, nace de su naturaleza misma, es decir, de la dificultad casi invencible de comprobar que tales monedas son las mismas que fueron robadas. Porque las monedas son iguales; no tienen série ni numeracion; llevan solo el año de su acuñacion, y dentro de este año y con los mismos troqueles pueden haberse acuñado millones de ellas. De aquí, y solo de aquí, nace la dificultad de identificarlas; pero si así y todo, estas dificultades se vencieran en un caso dado, y se comprobase que tales monedas halladas en poder de un tercero fueron las hurtadas ó robadas, los Tribunales de justicia, cuyas atribuciones están circunscritas á ejecutar la ley, á juzgar segun ella, y hacer que se ejecute lo juzgado, decretarían la restitution ó devolucion de las monedas robadas, como pena accesoria, necesaria del delito perseguido (XXII. §§. 2.º y 3.º).

XXV.

1.º Demostrada, en mi juicio, la derogacion del art. 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1831, y la sumision de los efectos públicos al portador á las leyes reguladoras de la propiedad mueble (XXII. §§. 3.º, 4.º y 5.º), y demostrado tambien que, aun en la hipótesis de ser dichos efectos semejantes á la moneda, dado el caso de estar plenamente probado que determinadas monedas fueron robadas, su restitution procedería con arreglo á las leyes civiles y al art. 116 del Código penal con ellas concordante, ya no es de estrañar que los Tribunales dicten providencias mandando retener ciertos billetes del Banco de España, y noticiarlo á la Direccion de dicho establecimiento para la ejecucion de este precepto; porque con arreglo al art. 51 del reglamento provisional para la administracion de justicia, uno de los primeros deberes del Juez instructor de un proceso, es *asegurar los efectos en que consiste el delito*, ó lo que es igual, los billetes ó efectos al portador, cuando

es indudable el robo de ciertos números determinados de ellos: el Gobierno mismo ordenó este procedimiento con ocasion de haber dispuesto cierto acreedor pignoraticio de un crecido número de títulos del 3 por 100 (44).

2.º Por fortuna son rarísimos los ejemplos de retenciones de números determinados de billetes del Banco, no recordando sino el mencionado anteriormente (II. §. 3.º); mas pudieran multiplicarse, y el remedio no puede venir de la justicia, sino del poder legislativo ó de la administracion del propio Banco. Aun cuando sus billetes se diferencian de la moneda, lo cierto es que circulan como tal, y hacen sus veces entre comerciantes y particulares: cuando se entrega ó recibe una suma, nadie repara el número de los billetes, sino las cantidades que representan. Lo propio sucede en los depósitos hechos en manos de particulares ó en las cajas de los establecimientos públicos: si se constituyen con billetes del Banco de España, el documento que lo acredita solo menciona la cantidad, á diferencia de los depósitos consistentes en efectos de la Deuda pública, los cuales se redactan con espresion de la série y numeracion, de los mismos efectos depositados. De esta diversa costumbre en la constitucion de los depósitos se sigue que, en el primer caso, el depositario solo es deudor de cantidad, y en el segundo, de especie: esta es la razon porque son mas raros los casos de restitution de billetes del Banco, que los de efectos públicas al portador. Mas supongamos la existencia de un depósito con espresion del número de los billetes que le constituyen, y que estos son sustraídos. ¿Pueden legalmente proveer los Tribunales su retencion, si fueren hallados? ¿Podrían, en su caso, decretar la restitution de esos mismos billetes, si fuesen con oportunidad retenidos? Yo resuelvo afirmativamente ambas cuestiones, y me fundo en los mismos argumentos utilizados al hablar de los efectos públicos y de la moneda: en España no hay ley especial que saque estos valores del círculo de la riqueza mueble, y mientras no se pruebe lo contrario, cuanto se diga contra la restitution de dichos valores son declamaciones desprovistas de legal apoyo.

3.º Verdad es que semejantes providencias de los tribunales no lisonjean el interés del Banco de España; no porque lastimen su crédito como alguno afirma: el crédito es ajeno á los preceptos judicia-

(44) Véase la nota núm. 2, párrafo segundo.

Los preventivos ó restitutorios de unos billetes robados, como es tambien ajeno del crédito del aceptante, la providencia que manda suspender el pago de una letra robada. Lo que se mortifica realmente es el interés del Banco, pues si menudeasen semejantes providencias judiciales, muchas personas reusarian aceptar un papel-moneda es-puesto á tales contingencias. ¿Mas es solo este el riesgo que corren el Banco de España y los tenedores de sus billetes? ¿No corren ries-gos mayores y mas frecuentes con ocasion de las falsificaciones de dichos billetes? Y en semejantes casos, ¿qué se hace para obtener de los tribunales la comprobacion del crimen y el castigo de sus au-tores? Reflexionemos sobre estas preguntas, porque cuantos medios utilice el Banco y los tribunales para comprobar los autores de la falsedad, otros tantos pueden emplearse para convencer el robo de unos billetes determinados.

4.º Supongamos que se presenta en la Caja del Banco de Espa-ña una persona portadora de cien mil reales en billetes, de los cua-les son falsos la mitad. ¿Cuál seria la conducta del Banco en pre-sencia de un suceso de esta especie? El Diputado interpelante dijo ser comun en Inglaterra la falsificacion de los billetes del Banco; pero que en el momento que se advierte se cambia el timbre, sin de-jar por eso de pagar los billetes falsificados (II. §. 5º). Ignoro si es ó no cierta esta costumbre, aun cuando nada veo en ella de extraordi-nario; pues si la eventualidad de una falsificacion supone la pérdida de una crecida suma, harto está compensada con la facultad de emi-tir un capital en papel muy superior á su activo, y con la inmensa ganancia que suponen los diversos medios de destruccion de sus bi-letes. Sume el Banco de España cada año el importe de estas ven-tajas, y seguramente obtendrá un lucro inmenso; pues lo racional seria que, en compensacion de esas mismas ventajas, cargase con el inconveniente de indemnizar al portador de buena fé de uno ó mas billetes falsos: porque casi la totalidad de las personas entre quienes circulan estos valores desconocen sus signos distintivos, y si alguna vez fueren engañados, resistirian en lo sucesivo esta es-pecie de papel-moneda. ¿Procede el Banco de esta suerte? Si su con-ducta es afirmativa, la misma razon de allanar la circulacion de sus billetes aconseja que indemnice del propio modo á quienes los reci-bieron ignorando su vicioso origen; pero si el Banco de España no in-demniza á los portadores de buena fé de billetes falsos, no tiene ni aun pretexto para entorpecer la accion de la justicia, cuando esta le

manda retener uno ó mas billetes robados: porque la retencion y pérdida de los billetes falsos declarada legal á favor del Banco, no puede calificarse de ilegal cuando se decretan por virtud de un robo contra un particular, á quien fueron violenta ó clandestinamente sustraídos.

5.º Ora pague ó no el Banco los billetes falsos presentados en su caja. ¿Qué hace con el portador de esos mismos billetes? ¿Lo deja ir sin someterle á pesquisa alguna, ó lo detiene, ó cuando menos dá parte al juez competente, con espresion de la persona y domicilio del portador? Si el Banco indemniza al portador del billete falso y le exime de toda pesquisa judicial, es consecuente al resistir la detencion de un billete robado, y del portador del mismo. Mas, si no estoy equivocado, el Banco no ha procedido de esta suerte, ni procedería en lo sucesivo, si se repitiesen las falsificaciones de sus billetes. Esto equivaldria á dejar impune un crimen gravísimo, de funestas consecuencias para el Banco y para los particulares entre quienes circulan sus billetes. ¿Qué medio mas racional de buscar los autores de la falsedad, que el de interrogar al portador ó portadores de los efectos falsos? En buen hora que no se moleste al inquirido sino dá razon de quién se lo entregó, y si por las circunstancias que en él concurren aleja de sí la sospecha de criminalidad; mas persona alguna medianamente conocedora de las formas del enjuiciamiento criminal puede ignorar que, denunciados como falsos unos billetes del Banco, la primera actuacion del Juez seria inquirir de la persona en cuyo poder se hallaron, el nombre de aquella de quien los hubo; de suerte que, ó el Banco omite denunciar la falsificacion, cuando menos sigila los nombres de las personas que presentaron en su caja los billetes falsos, ó no hay medio de escusar á estas personas la vejacion de ser judicialmente inquiridos: porque los jueces y tribunales tienen el deber de convencer la existencia de los delitos y sus autores por todos los medios que su inteligencia y celo les dicte, y uno de los medios mas racionales de averiguar el origen de un documento falso, es el de interrogar á la persona en cuyo poder se halla, por el nombre de la que se lo entregó.

6.º Si mis noticias son ciertas, el proyecto de ley preparado por el Gobierno, sobre restablecimiento del art. 7.º del Real decreto de 10 de setiembre de 1834, contiene algunos artículos que pondrán remedio á la alarma consiguiente á dejar fuera de circulacion los billetes del Banco de España que hubiesen sido robados, y nadie mas

interesado que el Banco en que dicho proyecto obtenga la sancion de los poderes constitucionales; pero aun podria hacer el Banco algo mas por sí mismo. Con la legislacion vigente en España sobre la reivindicacion de la riqueza mueble, no hay memoria de que un Tribunal haya mandado restituir unas monedas de oro ó plata que hubiesen sido robadas, de las que tienen curso legal (45), cuando fueron halladas en poder de un tercero, y esta carencia de ejemplos solo es debida á la casi imposibilidad de identificarlas. Pues estudie la administracion del Banco si es conciliable suprimir en sus billetes la numeracion, único signo que los individualiza; y si esta cuestion puede resolverse afirmativamente, quedarán removidos los inconvenientes de la comprobacion de los efectos robados.

XXVI.

CONCLUSION.

En resumen, mi opinion es que la jurisprudencia sentada por la Real Audiencia de Madrid favorable á la reivindicacion de los efectos públicos al portador es conforme al espíritu y letra de la legislacion vigente, y que supuesta la conviccion plena, legal, evidente de que determinados efectos de la deuda pública, determinados billetes del Banco de España, ó determinadas monedas fueron hurtadas ó robadas, la justicia no puede prescindir de acordar su retencion y en su caso decretar su restitucion *siempre que sea posible*: siendo solo atributo del poder legislativo alterar esta situacion de las cosas, si fuese realmente contraria al crédito de la nacion, y de los establecimientos públicos autorizados para emitir billetes equivalentes á la moneda.

Domingo Rivera.

(45) Durante la última guerra dinástica, un ajente diplomático extranjero fué robado en la Mancha, y entre los objetos robados, existian unas monedas sin curso legal en España. Se instruyó un proceso, y en él se mandaron restituir las monedas halladas; cuyo precepto se pudo cumplir porque semejantes monedas no podian confundirse con otras semejantes: si las monedas hubiesen sido francesas ó españolas, la restitucion habria sido probablemente imposible.

DE LA LEGITIMACION.

ARTÍCULO 1.º

En la profunda y filosófica discusion de que al comenzar esta centuria, fueron objeto todas las instituciones jurídicas, vióse alzar la voz de eminentísimos jurisconsultos que con noble ardor, con generoso entusiasmo, con elevado espíritu de justicia y con verdadero celo por la felicidad de los pueblos, sometieron al debate todos los principios en que descansa el derecho privado de las naciones, derecho creador de ese orden magnífico, portentoso, maravilloso de relaciones que estrechan íntimamente al individuo con el individuo en la vida social. Todo fué sábiamente discutido, todo fué sábiamente depurado por los hombres que, forzoso es decirlo, llevan la primacia de la reforma, al par que de la ciencia y el talento. Los jurisconsultos franceses, han legado á el mundo un riquísimo tesoro de legislacion que, lejos de ser estéril, ha servido para modelar la mayor parte de los códigos civiles de Europa.

En tan elevada tarea, en tan gigantesca empresa, inútil es decir que figuró dignamente la familia, sávia fecunda de la sociedad, verdadera arca santa donde se encierra todo lo grande y magestuoso, que viene á terminar el no menos magestuoso y grande edificio social; objeto indispensable de la reforma, si hubiese de rendir á la civilizacion el primer tributo de respeto que se la debe, el desenvolvimiento moral y justo de los muchos y complicados derechos que la constituyen. Pero en la familia lo primero, lo esencial era sentar las bases de su legitimidad; era fijar las reglas que determinen la pureza ó impureza de su origen. Prescindir de la legitimidad, olvidar ese atestado de pureza, es dar lugar á que los derechos vacilen, se confundan, se debiliten, se ofrezcan velados por la duda que es muchas veces su verdadera negacion. Para fijar esa sublime condicion de vida de la familia, la legitimidad, era preciso acudir ante todo á un hecho consagrado por la naturaleza y santificado por la ley universal, el matrimonio, que bajo el sello religioso y bajo el amparo de la ley, debia de ser forzosamente el origen puro de donde se viera descender á la familia. Fuera de él, el rigor de la moral, el exclusivismo de ciertos principios, parece que acon-

sejaban no reconocer otra procedencia, no reconocer otra clase de uniones ni en sí mismas, ni en sus consecuencias. Pero la sociedad marcha de distinto modo; el hombre para quien se hace la ley, no sigue siempre la recta, porque los impulsos del corazón, porque los extravíos de las pasiones, le han hecho siempre andar el camino mas costoso y mas largo: el legislador tiene que seguirle porque su obra es para este mundo; él mas allá tiene quien le rija soberanamente y quien le exija la responsabilidad de sus acciones. Por esto si no habia que sancionar ciertas uniones ilícitas, habia por lo menos que transigir con ellas para no dejar sus frutos abandonados á la inclemencia de la injusticia; habia que reconocer como necesaria la creacion de un medio con que se pudiera elevar á la esfera de la legitimidad á lo que habia nacido fuera de ella. Esto ciertamente ni podia estenderse á toda clase de uniones ni á todo género de descendencia; hubiera sido consagrar el escándalo: por eso se limitó á las conocidas con el nombre de concubinato, que rectamente entendido, no supone mas que el comercio carnal de dos personas que pueden unirse por el matrimonio. Vino como por la mano la obra del emperador Constantino: una ficcion de derecho que dá á los hijos naturales todas las condiciones de legítimos, la legitimacion por el matrimonio subsiguiente. Este medio que á primer golpe de vista parece tan racional y tan justo, á pesar del anatema de Justino y del silencio de la legislacion inglesa, ha sido puesto en tela de juicio, considerándose por unos como elemento fecundo de moralidad y de orden social, y por otros como inagotable germen del concubinato. En esta situacion, ¿qué partido adoptar? Este es el primer punto que nos toca dilucidar y resolver.

Hombres eminentes, jurisconsultos profundos y sábios legisladores como D'Aguesseau, Portalis, Tronchet y otros no menos respetables, han impugnado esa legitimacion como inmoral, á pesar de que la historia la ha sancionado y los legisladores modernos la han reservado un lugar en los códigos.

Si se ha de conservar la bella armonia de la ley moral, si la familia ha de hallarse basada en un hecho decente y decoroso, no debe reconocerse otra causa que la debida, que el matrimonio. Salir de aquí, traspasar este límite legal y moral, reconocer para ella otro origen, es transigir con pasiones funestas, fomentarlas y dar á la sociedad un escándalo, mas grave que ninguno otro porque procede de la ley. Si á la moral interesa y prescribe que el comercio de los

:

dos sexos se verifique dentro del matrimonio, toda otra union, todo otro comercio que fuera de él se realice, es ilícito, pecaminoso, inmoral, y nunca por ningun motivo deben sus frutos ser elevados á la esfera de la legitimidad. Es una necesidad imperiosa la de estimular al matrimonio cohibiendo indirectamente las uniones ilícitas, con la negacion de los derechos de legitimidad á los hijos que de ellos nazcan; es preciso que los que legalmente pueden estrecharse por el santo vínculo no confundan sus corazones sino despues de haberlo hecho, ya que ningun obstáculo formal se lo impide; es preciso que sepan los concubinaríos que van á condenar á sus hijos á la desgracia, pues con evidente mala fé y con conciencia de la inmoralidad del acto que consuman, debe levantárseles una barrera que les detenga en la senda de sus extravíos. El matrimonio que es una necesidad material de la especie humana, es al mismo tiempo una necesidad moral que raramente se satisface si antes de contraerle se apura la ilusion que constantemente le produce; santo y moral de suyo, no debe servir nunca para confirmar otra union reprobada ni aun en sus mas grandes consecuencias; es necesario tambien que de la ley no salga una confesion franca y esplicita de las pasiones humanas. El mismo Constantino á quien se debe la legitimacion de que ahora tratamos, reconoció tácitamente todos estos males cuando no se atrevió á estenderla para el porvenir, sino que la limitó á los hijos naturales engendrados al tiempo de la promulgacion de la ley. Uno de sus sucesores en el imperio, Justino, la proscribió con estas palabras: *in posterun vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quærendum; injusta nanque libidinum desideria nulla de cætero defendit*; y en fin la legislacion de la Gran Bretaña no la ha dado cabida entre los medios de constituir la patria potestad. Como si esto no fuera bastante, la legitimacion por subsiguiente matrimonio puede dar lugar á fraudes de lamentables consecuencias, haciendo legítimo á un hijo que ni siquiera fuera natural. Hé aquí cuanto pudiera decirse por los enemigos mas francos de ella; pero ni estas consideraciones ni otras que pudieran alegarse, serán nunca suficientes para proscribir de los códigos la legitimacion de que tratamos.

Cuando las cuestiones de moralidad han de resolverse en el vasto campo de la legislacion, hay que ver en ellas una espada de dos filos que puede herir al mismo tiempo á la justicia y á la moral pública que á la moral individual; hay que colocarse en la peligrosa

situacion de elegir entre dos males, el uno de suma gravedad, de mayor trascendencia, porque vá á afectar al cuerpo general de la sociedad; el otro mas ténue, aunque cierto, que afecta directamente al individuo. En tal conflicto, si es que conflicto puede llamarse, ¿qué ruta habrá de seguir el legislador? No veo que la eleccion sea dudosa, evitar siempre el mal mayor. Esto es lo que se hace sancionando la legitimacion por subsiguiente matrimonio.

Confieso con lealtad y paladinamente, que toda union, que todo comercio carnal consumado fuera del matrimonio, por personas que no tenian impedimento ninguno para casarse cuando delinquieron, es un hecho inmoral, ilícito, y por consiguiente reprobado. Confieso tambien, la mala fé que existe entre los que le realizan; finalmente confieso que la sociedad está altamente interesada en fomentar el matrimonio, aniquilando, si es posible, la barraganía. ¿Pero será el medio seguro de conseguirlo imprimir en la fuente de la descendencia el estigma de la reprobacion legal, ó el sello de la legitimidad? Para mí es concluyente que debe adoptarse el segundo medio .

Mal es y muy grave el que producen las uniones ilícitas ; pero desgraciadamente son un hecho positivo que se presenta realizado en todos los tiempos y en todos los pueblos, en mayor ó en menor escala por todas las clases de la sociedad. La ley ha sido impotente por do quiera para evitarle ; es mas, alguna vez le ha sancionado terminantemente; y no es que ese hecho encuentre apoyo en la opinion pública, como sucede con el duelo, lo que con tanta constancia le haya sostenido; es que procede de la mas impetuosa y violenta de las pasiones humanas que se sobrepone en su fabuloso desarrollo, á los desdenes de la opinion pública y á los preceptos de la ley. El correctivo, si es posible, ha de salir del santuario de la familia, de una educacion moral y prudente que haga superior á la inteligencia sobre el corazon y preste á la conciencia la actividad y la sensibilidad esquisita que requiere para llenar cumplidamente las funciones de su sublime y severa magistratura. Pero hasta aquí, no vemos mas que ese acto simple, aislado, sin consecuencias, que es como le consideran siempre los impugnadores de la legitimacion, porque de otro modo ni siquiera un momento se concibe que la reprobasen. Descendamos á sus consecuencias, y la mas capital de todas es producir un individuo, un hombre á quien la ley le dá los derechos y consideraciones de tal, si ha vivido el tiempo y reunido las demás condiciones que exige; seria preciso incurrir en el absurdo para su-

poner que el resultado de esta accion es punible como la accion misma. El hijo que nace, nace tan puro é inocente como el que fué concebido dentro del matrimonio; ¿por qué condenarle á la orfandad y á la vergüenza perpétua? ¿Por qué hacerle responsable de un hecho completamente extraño á él? ¿Ha delinquido en algo? ¿Tiene por ventura otro pecado que el pecado original que borrará como todos al fijar su tierna planta en los umbrales de la Iglesia? Pero vemos venir en cima un argumento que ciertamente ni nos asusta ni debilita nuestras profundas convicciones: en ese caso, se dirá, sanciónese la legitimacion de los hijos de toda clase de uniones; si su inculpabilidad les dá el derecho, su inculpabilidad es siempre la misma y el derecho debe serlo tambien; pero esta objecion cae por su base al considerar que fuera de aquella union que supone siempre la posibilidad de contraer matrimonio al tiempo de la concepcion de los hijos, que fuera de los hijos verdaderamente *naturales*, la legitimacion no es posible, ó por que hay un vínculo anterior que impide absolutamente el matrimonio, ó porque hay un escándalo monstruoso que evitar, escándalo superior á todas las ventajas de esta legitimacion.

La sociedad está interesada en dar á los hijos la legitimidad siempre que no resulte una lesion profunda é irreparable de los eternos cánones de la moral; por eso en buenos principios, ni se ha consentido ni debe consentirse que el matrimonio pueda legitimar otros hijos que los verdaderamente naturales; es decir, los habidos de padres que al tiempo de la concepcion, y solo entonces, podian casarse justamente y sin la venia legal.

No es cierto tampoco que esta legitimacion fomente el concubinato; no he visto todavía que ninguno de los autores que ha presentado este argumento como decisivo, se haya tomado la molestia de desenvolverle para probar su fuerza aparente. No, los concubenarios no piensan en tal legitimacion cuando consuman el acto que les dá ese nombre; no se pretenda comparar este hecho con otros delitos que se cometen ordinariamente, en los que la fria reflexion de los delinquentes puede recaer sobre la mayor ó menor responsabilidad, ó sobre la impunidad acaso que les ofrezca la ley; son circunstancias completamente distintas las en que se comete aquel y estos, circunstancias que no nos detenemos á explicar porque se conocen á priori por todas las inteligencias, desde la mas eminente hasta la mas vulgar; anunciamos esta idea para hacer comprender

que la legitimacion no es un estímulo del concubinato, es por el contrario un motivo impulsivo á la celebracion del matrimonio. Si descendiéramos á examinar las distintas causas que en la série de los tiempos han fomentado y fomentan el concubinato, veriamos que unas veces provenia directamente de la ley, como sucedia entre los romanos, como sucedió posteriormente en la edad media y como acontece hoy en algunos pueblos de Europa, y veremos otras influyendo indirectamente en la relajacion general de la sociedad, hija de infinitas y de complicadas causas; pero atribuirle á la legitimacion, es confundir el mal con el correctivo, es confundir el medicamento con la enfermedad.

Los que se unen fuera del matrimonio, si lo hacen en un momento de extravío, no hay razon para suponerles siempre extravaiados, no hay razon para creer que esa especie de locura no tendrá un intervalo lúcido en el que brillará su inteligencia vivamente herida por la dulcísima impresion que por necesidad les ha de producir la aparicion del fruto de sus entrañas; si una pasion los extravió, un sentimiento innato y mas fuerte que aquella, el amor á la descendencia, el cariño paternal, les impulsará irresistiblemente á reparar aquella falta, confundiendo sus corazones con el vínculo del matrimonio, y dando á sus hijos cuantas ventajas y derechos les otorga este, y los cuales se reasumen en la legitimidad; otro sentimiento, el del honor, les hará avanzar con paso precipitado á tomar su posicion legal que los libra de una mala nota y salva á sus hijos de las desdenosas murmuraciones de la opinion; otro sentimiento, el del amor á sí mismos les abrirá el camino franco para estrecharse en intimidad santa en lugar de cansarse de su violenta situacion y de abandonarse mutuamente por su propia vergüenza. ¿Qué aliciente poderoso encontrarían, si no se les ofreciera la legitimidad? ¿Cómo abrazarían el matrimonio para presenciar el espectáculo que ofrecen los hijos naturales al frente de los hijos legítimos? ¿Cómo evitarían las rivalidades que entre estos produciria la desigualdad de sus derechos? ¿Cómo se conformarían á tener ante sus ojos el testimonio constante de su extravío? ¿Cómo podria la madre hacer la noble ostentacion de su pudor, que es la virtud y el tesoro mas precioso de la mujer? ¿Cómo podrian los hijos reverenciar debidamente á aquellos padres que les habian condenado á la vergüenza? ¿Cómo se desarrollaría en ellos el honor y la dignidad al verse menguados en sus derechos desde el dia en que salieron á el mundo? ¿Qué gratitud

sentirian hácia sus padres? Qué cariño hácia sus hermanos? ¿Qué interés finalmente por la familia? Tampoco es raro ver que dos personas que han vivido largos años en concubinato, al acercarse el día de la muerte del uno de ellos, contraigan el matrimonio que los jurisconsultos llaman *in extremis*: en aquel terrible momento la voz de la conciencia hiere mas poderosamente que nunca los tímpanos del moribundo, los remordimientos se presentan bajo su mas terrible aspecto, y si la gracia de los sacramentos les aplaca, abre al mismo tiempo los ojos del alma, escita el sentimiento de la justicia, y el que se halla postrado en el lecho del dolor, fija los ojos en el pecado, contempla una mujer deshonrada, á sus hijos abandonados y se apresura á reparar sus faltas celebrando el matrimonio, que borra todo recuerdo ingrato, en cuanto á los efectos legales. ¿Presenciaríamos estos ejemplos de piedad y arrepentimiento, si ese padre ó esa madre que van á exhalar el último suspiro, no encontraran en la legitimacion el medio de dar á sus hijos lo que les faltó por no haber seguido las prescripciones de la moral?

Mas no paran aquí todavía las consecuencias de no admitir la legitimacion: los hijos naturales que no pueden sustentar el apellido de su padre, encontrarían mil dificultades para realizar un matrimonio medianamente ventajoso, porque no somos todavía tan despreocupados que al pensar en una persona para compartir con ella los pocos placeres y las muchas amarguras de la vida, no nos retraiga la impureza de su origen, cuyos resultados, si bien se miran, han de afectar en algo á los descendientes: y la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, es el velo con que la ley oculta la nota depresiva de los padres y de los hijos.

La legitimacion es además en la sociedad un medio preventivo contra los infanticidios. Grande es el amor maternal, inmenso, comprensible solo para el que le abriga en su corazon; pero es mayor todavía el celo de la mujer para ostentar su pureza á los ojos de los demás; quítenla la esperanza de conservar esa estimacion, privecela de legitimar á sus hijos por medio del matrimonio y de aparecer tan digna esposa como la mejor, y en tan terrible lucha que entabla con el honor y el cariño de sus hijos, es muy posible que triunfe el primero por el momento, por mas que despues lllore con lágrimas de sangre la irreparable pérdida de ambos tesoros.

Si en el orden moral apoyan la legitimacion consideraciones tan trascendentales, no son menos importantes en el orden legal. La le-

gitimidad es una circunstancia esencial en la familia; asegurarla es la obra maestra del legislador: con ella se consigna la firmeza y unidad de los derechos y se garantiza la justicia en su distribucion; créase un punto de partida, el único á que se ha de atener el legislador, los padres y los hijos en la regulacion y en el ejercicio de aquellos; se establece una sólida base en que se asientan con toda firmeza, y cuyas consecuencias se ven estender á las generaciones sucesivas; se consigue el orden de la familia y se adelanta mucho para obtener el orden social; el sello de la ley se vé impreso en el hogar doméstico y ofrece á su jefe natural, que es el padre, suma facilidad para ejercer su magistratura con decoro, con dignidad y con felices resultados; en suma, la legitimidad es á la familia, lo que la brújula al navegante.

El derecho canónico que en esta materia nadie considerará como autoridad sospechosa, ha ido mucho mas allá que todas las legislaciones antiguas y modernas, consignando el principio de que la legitimacion es una consecuencia del matrimonio. En virtud de todas estas consideraciones, creemos que ni un solo momento puede vacilarse en adoptarla; creemos en fin, que es una de esas instituciones á que solo se podría renunciar cuando desaparecieran del mundo los hijos naturales.

II.

Justificada la necesidad absoluta de esta legitimacion, vamos á examinar si es una consecuencia del matrimonio mismo, ó es hija de la ley; cuestion que aunque no de tanta importancia como la anterior, es sin embargo de grande interés científicamente considerada.

En este punto, como en todos aquellos que ofrecen alguna duda, no ha sido una sola la opinion presentada y sostenida. Algunos jurisconsultos han creido que el matrimonio por si solo tiene tal virtud, tal poderío, que es bastante para producir la legitimacion de los hijos naturales, aunque no se haya establecido por la ley. Otros, cuyo dictámen nos parece mas acertado, han pensado que si la ley no la establece, el matrimonio no será bastante para producirla.

En efecto, por mas que del matrimonio nazcan muchos y muy considerables derechos; por mas que él solo sea la base de la familia; por mas que sea preciso considerarlo como una gran causa pro-

ductora de grandes efectos; por mas que las leyes lo hayan protegido á porfía y procurado fomentarlo rodeándole de honores y prerogativas; por mas que en sí mismo como contrato y sacramento tenga la fuerza y estabilidad de que carecen otros actos jurídicos; por mas que sea un hecho *sui generis*, especialísimo que fija el estado y el destino del hombre y de la mujer en la vida; por mas que la legitimidad de la descendencia sea una circunstancia tan apreciable y tan atendible á los ojos del legislador; por mas que el matrimonio tenga tanta influencia en el orden social, es ilógico y absurdo, suponer que por sí mismo, sin la intervencion de la ley, puede dar el carácter de legítimos á los hijos que nacieron fuera de él. Su carácter distintivo de las demás acciones, su naturaleza esencial, consiste en constituir un estado legítimo en el que se realice la ley natural de la procreacion; esta que es su fin principal, debe comenzar en él, como quiso Jesucristo al establecerlo y los legisladores al sancionarlo; para que podamos decir que un hecho es efecto suyo, es necesario que realmente de él y solo de él provenga. Los hijos concebidos con antelacion, no pueden ser nunca mas que ilegítimos si la ley no le otorga la fuerza para legitimarlos, porque teniendo un origen impuro, vicioso ó inmoral, es imposible que el matrimonio establecido para legitimar y santificar el comercio de los dos sexos y la descendencia que de él proviene, pueda por sí solo dar el estado de legitimidad á una cosa que no le pertenece, que le es completamente extraña, que tiene por causa una causa inmoral é ilícita, cuando él por su institucion es eminentemente lícito y moral, cuando está establecido para crear, para producir y no para dar fuerza á lo creado y producido antes.

Si le consideramos solo como sacramento, es necesario reconocer forzosamente su impotencia para dar fuerza á lo que nació antes de él; la gracia divina que presta, no es para remitir, no es para perdonar lo que antes se hizo contra la moral y contra él, sino que es para que despues de celebrado disfruten de ella los cónyuges en su vida comun, y con ella y por ella contribuyan á la multiplicacion de la especie, pero de ninguna manera para que este sacramento, santo y moral como todos, pueda dar fuerza á lo que no fué ni moral, ni santo. En este terreno tan estrecho, ni pueden suponerse ficciones, ni puede andarse un poco mas de lo que consienta el dogma católico, y si el matrimonio fué instituido para dar á los hijos dentro de él procreados el carácter moral y religioso, asi como para hacer

religiosa y moral: la union de sus padres, no puede nunca suponerse que otra union realizada antes de él, que otros hijos antes de él engendrados puedan tener esos caracteres. Si le consideramos solo como contrato, aunque supongamos siempre en los contrayentes el deseo de legitimar á sus hijos, la voluntad de verificarlo; aunque supongamos mas, aunque supongamos que las partes pactan tácita ó espresamente esa legitimacion, ese pacto cae por su base, porque la voluntad del individuo por sí sola en los diversos giros que toma, en los distintos modos con que se manifiesta, es incapaz para crear derechos que puedan afectar, no ya á terceras personas, sino á la moral pública y al orden social; en esta materia, lejos de ser ley la voluntad de los contrayentes, ha sido y debe ser siempre esclava de la ley. Podrá argüirse tal vez: que el reconocimiento de los hijos naturales, es hijo precisamente de la voluntad de las partes, que al verificarle crea derechos que pueden afectar á terceras personas; pero á esto se contesta que en vez de destruir, afirma el orden social, tanto que muchas veces las leyes le hacen obligatorio. El mismo nombre del acto que nos ocupa, el sustantivo *legitimacion* hace conocer positivamente que no procede del matrimonio, sino de la ley que la ha establecido. Si otra cosa fuese ¿no la hubiera conocido la Iglesia y establecido antes que las leyes civiles? Cuando Constantino la estableció ¿habia ningun precedente de ella? La Iglesia ¿no ha condenado siempre toda union habida fuera del matrimonio, incluso el concubinato?

La ley y solo la ley civil es la que ha podido dar vida á esta institucion. Encargada de regular el matrimonio, como contrato, en todo aquello que tiende á fijar el orden y los derechos de la familia, ha creído conveniente y necesario que aquel sea un medio de legitimar á los hijos naturales, es decir, un medio de darles los derechos civiles que tienen los legítimos, porque en esto consiste precisamente la legitimacion; razon mas para que no se la considere efecto del matrimonio, sino de la ley civil, porque como sacramento, no es mas que un medio espiritual que no puede producir por sí mismo derechos civiles, y como contrato es un medio temporal que producirá los que previamente determine la ley. Si así no fuese, si el matrimonio produjera por sí mismo la legitimacion, si en virtud de su propia fuerza se convirtiera en legítimo lo ilegítimo, ¿por qué no se habia de entender á toda clase de hijos ilegítimos, siempre que de la union no resultara un impedimento indispensable para contraer el matrimo-

:

nio? ¿Por qué no había de legitimar á los hijos de simple y aun de doble adulterio, tan luego como se realizase por haber desaparecido de la escena el cónyuge ó cónyuges inocentes? ¿Por qué no á los incestuosos, prévia la dispensa del impedimento, en los casos en que esta fuera posible? ¿Por qué no á los manceres, cuando ni siquiera se prohibe celebrar matrimonio á sus padres? Es evidente; si la legitimacion fuera un efecto necesario del matrimonio, se verificaría siempre que el matrimonio pudiera verificarse. La célebre Decretal de Alejandro III, en que se apoyan los partidarios de la opinion contraria, Decretal copiada literalmente en las leyes de Partida, habla en términos generales cuando dice *tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. Véase aquí, que al decir el Pontífice y jurisconsultos, *ut qui antea sunt geniti* se espresa de una manera tan general, que comprende á todos los hijos ilegítimos, y no es de creer que el jefe de la Iglesia católica diese un golpe tan rudo á la moral cuyo sagrado depósito le está encomendado. Mas suponiendo que en esos términos generales quiso referirse esclusivamente á los hijos naturales, ¿habremos de entender que al usar Alejandro III de las palabras *tanta est vis matrimonii*, quiso hacer depender de este la legitimacion como uno de los peculiares efectos? Imposible. Alejandro III era un notable jurisconsulto y no podia desconocer que hay efectos jurídicos que si bien nacen *ipso facto* á consecuencia de un hecho, es porque la ley préviamente ha declarado que los producirá; y entonces se dice que es tal la fuerza del hecho, que su sola realizacion produce inmediatamente tales ó cuales consecuencias, pero sin perder de vista que la ley las ha determinado antes. Asi por ejemplo, en las instituciones de heredero condicionales se dice que el cumplimiento de la condicion tiene tal fuerza que retrotrae los efectos jurídicos al dia de la muerte del testador, pero esa virtud no procede del hecho mismo, sino de la ley que se la ha dado y se la puede quitar.

Tan exacta me parece la interpretacion que he dado á esta Decretal, que en otra, muy próxima á ella por cierto (1), se dice terminantemente que el romano Pontífice puede legitimar en sus territorios, pero que en los ajenos no puede hacerlo, sino por causas muy graves y para los efectos espirituales, *nisi in spiritualibus*, lo que prueba que ni el matrimonio por sí solo produce la legitimacion,

(1) Cap. XIII, tit. XVII, lib. IV. de las Decretales.

ni nunca se le ha querido dar esa fuerza por los Romanos Pontífices.

Es muy frecuente ver sin embargo, que los que defienden la legitimacion como justa y necesaria; la consideran al mismo tiempo como consecuencia del matrimonio. Yo no creo que sea necesario ir tan allá; no creo que para sostener la primera opinion, sea preciso abrazar la segunda; esto valdría tanto como basar la verdad en el error, cuando realmente es forzoso separarles. La legitimacion, que no es resultado del matrimonio, debe serlo sin embargo de la ley civil, cuya mision es darle aquellos efectos que reclamen la moral y el orden público, pues suponer otra cosa seria como negar á la ley civil la potestad de establecer cualesquiera reglas sobre el contrato que es de su mision esclusivamente. La misma Iglesia ha dado el ejemplo exigiendo la dispensa pontificia para que se verifique la legitimacion, segun se vé por la Decretal ultimamente citada.

(Se continuará.)

Cayetano Poblacion y Fernandez.

SOBRE LA SUCESION TESTAMENTARIA

Y LA LEGÍTIMA Ó AB-INTESTATO EN CATALUÑA.

No vamos á escribir un tratado completo sobre esta importante materia, como comprenderán nuestros lectores, sino á esponer succinctamente el derecho particular que rige sobre esta clase de sucesiones en el antiguo Principado de Cataluña.

Deben regirse generalmente por el derecho romano, que se halla vigente en dicho Principado, segun el Real decreto llamado de Nueva Planta y diferentes decisiones del Supremo Tribunal de Justicia en que así se ha declarado. El citado Real decreto fué publicado por Felipe V en 1716.

Las mismas solemnidades en la formacion de los testamentos; las mismas reglas acerca de la capacidad legal de los testadores; el mismo orden en las sucesiones, y todo cuanto está prescrito por el

derecho comun romano, acerca de esta importante materia, se observa en este antiguo Principado, salvas las variaciones que se han introducido por las leyes posteriores al citado Real decreto y por el fuero municipal de este país; pues aunque el derecho romano se observa en Cataluña, como supletorio del municipal, con preferencia al derecho pátrio, y señaladamente á las leyes de Toro, esto ha de entenderse en cuanto á la legislacion anterior al citado Real decreto, pues que las leyes posteriores rigen con preferencia al derecho romano y canónico, y hasta el municipal se entiende por ellas derogado.

La absoluta potestad que con la ley de las Doce Tablas, se concedió á los romanos de disponer ámpliamente de sus bienes para despues de su muerte, tiempo en que se habia perdido su dominio, era en cierto modo ejercer una autoridad suprema ó legislativa. Por esto los testamentos tuvieron en ciertas épocas todo el aparato de una ley; y ningun legislador dejó de prescribir para otorgarlos muy seguras y solemnes formalidades á los testadores en la forma y modo de testar y en las cosas que debian comprender necesariamente los testamentos. Mas en Cataluña han dejado de observarse algunas de estas formalidades en virtud de disposiciones posteriores al Real decreto de Nueva Planta, y señaladamente desde que se publicó la Real cédula de 13 de marzo de 1755, que forma la ley 28, tit. 15, libro 7 de la Nov. Rec., por la que fué derogado el privilegio llamado *Recognoverunt proceres*; la constitución 4.^a del tit. 13 de los notarios y escribanos, y todas las demás que motivaron ó pudieron influir en las escepciones puestas á los escribanos colegiados en el reglamento de 1736, las cuales se mandaron quitar con la misma ley.

Se ordenó por ella que todos los escribanos del Principado de Cataluña, y señaladamente los de la ciudad de Barcelona, sin distincion de colegiados ni no colegiados, guarden y cumplan lo prevenido en el citado roglamento de 1736 en todos sus capítulos, y que observen además inviolablemente las reglas establecidas por la citada ley sobre toda especie de testamentos y contratos.

Segun el artículo 3.^o de esta ley, deben los escribanos estender y formalizar en los Manuales los testamentos nuncupativos, desde luego que se hayan otorgado, sin esperar la muerte del testador.

En cuanto al testamento cerrado, en el acto de la entrega que de él hace el testador al escribano, debe firmar este y el mismo testador, con los dos testigos instrumentales, sobre la cubierta ó car-

meta del testamento, que se estiende en medio pliego del sello 4.º De modo que bastan dos testigos para este acto.

En otra Real cédula de 29 de noviembre de 1756, se establece, que los curas párrocos ó sus tenientes pueden recibir testamentos ó últimas voluntades, cada uno en su territorio ó feligresía, no habiendo en ella escribano real ó numerario, debiendo hacerlo en el papel sellado que corresponda. Pero se observa que los reciben dichos eclesiásticos no solo en donde no hay escribano, si que tambien en las villas y ciudades en caso de epidemia, como ha sucedido muchas veces en Barcelona en tiempo del cólera y de otras epidemias.

En todas las parroquias hay un libro llamado de testamentos en el que se estienden el uno á continuacion del otro los que reciben los párrocos. Cada uno de estos libros suele comprender, treinta, cuarenta, cincuenta ó mas número de años, segun su volúmen. Y cuando se ha de sacar de aquel libro algun testamento, lo verifica un escribano con el papel sellado correspondiente.

En orden al testamento del ciego no se ha hecho novedad y se observan las mismas formalidades prescritas por el §. 4 de la *Instituta*, tít. *Quibus non est permissum facere testamentum*, y la ley 8, Cod. tít. 22, L. 6. Segun estas leyes, además del escribano deben intervenir siete testigos, y en su presencia debe el testador explicar con claridad á quien nombra por heredero, así como los legados y demás que quisiera disponer.

Luego de escrito y leído el testamento y estando conforme el testador con su contenido, debe signarlo el escribano y firmarlo junto con los siete testigos presenciales.

Hay otro testamento llamado confidencial ó sacramental, que es aquel en que un vecino de Barcelona á presencia de dos ó tres testigos, aunque no exista escribano, expresa su última voluntad, por escrito ó de palabra, en el mar ó en la tierra.

En todo testamento es necesaria la institucion de heredero para su validez, menos en Barcelona y demás ciudades que gozan del privilegio concedido por la ley única, tít. 1, lib. 6 del volúmen 2. La ley 1.ª, tít. 8, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, que autoriza el que uno pueda morir en parte con testamento y en parte sin él, no rige en Cataluña por ser anterior al Real decreto de Nueva Planta. Sin embargo, por medio de la cláusula codicilar, se sostienen los legados, aunque se invalide ó anule el testamento por faltarle la institucion de heredero.

A pesar de que por derecho canónico y civil vigentes en Cataluña se halla prohibido el nombramiento de heredero en una persona incierta, ó con dependencia de la voluntad de un tercero, se ha sostenido siempre la institucion de heredero de confianza, ó de una persona á quien el testador ha comunicado confidencialmente su voluntad para que la cumpla y ejecute, sin tener comunmente que dar cuenta ni razon á nadie de sus operaciones, ni estar obligado á declarar la confianza.

Estamos opuestos á esta clase de institucion de heredero, que dá lugar á graves abusos y monopolios y á un gran número de pleitos, porque hay muchas personas que van á caza de estas herencias con notorio menoscabo de los intereses de los parientes del testador á quienes comunmente se posterga á una persona estraña: y no solo se hace esto con los parientes del difunto, sino algunas veces hasta con su esposa, con sus hermanos y con los propios hijos del testador, á quienes solo se dá aquello que no puede quitárseles y que les corresponde por la ley.

Son tantos y tan grandes los abusos que en esto se cometen, que hasta hemos visto testamentos cerrados escritos todos de letra y puño del mismo heredero de confianza, cuando el derecho civil prohíbe muy acertadamente que el heredero pueda escribir el testamento.

Se dirá, quizás, que el heredero de confianza no adquiere para sí la herencia, y que el caso es diferente, pero creo que no hay mucha diferencia, si se atiende á que puede llegar á abusar de la confianza y quedarse con la herencia.

Los autores catalanes están conformes en que el hijo de familia no puede otorgar testamento sino en cuanto á su peculio castrense ó cuasi castrense, pues que en cuanto á ellos se considera como padre de familias. De los demás bienes no puede testar sino está emancipado ó fuera de la pátria potestad.

La ley 4, tí. 18, lib. 10 de la Nov. Rec., que autoriza al hijo de familia para testar, no está vigente en Cataluña, por ser anterior al Real decreto de Nueva Planta. Puede no obstante hacer donacion por derecho ó fuero de Cataluña: pero siendo menor de 23 años no puede dar á aquella persona bajo cuya potestad se halla, á no ser que precedan ciertas formalidades.

Deben consentir ó aprobar la donacion tres personas, las mas allegadas, ó mas íntimos amigos del donante, declarándolo éste así

en la escritura con juramento, é intervenir decreto ó aprobacion del Juez (1).

Segun esta misma constitucion, no vale la donacion hecha por el menor á favor de aquellos con quienes habita ó mora como súbdito ó dependiente, porque se presume hecha con dolo, ó que el donante ha sido reducido por aquel á quien debe su subsistencia.

Sin embargo de que la donacion inoficiosa no es válida por el derecho comun, porque priva al hijo de la legítima, se sostiene por derecho especial de Cataluña, sin que puedan los hijos revocar-la sino hasta el importe de su legítima (2).

Se halla vigente en Cataluña la famosa Auténtica *hec. inter.*, Cód. de test., que dispone, que el testamento hecho á favor de los hijos, no se considera revocado por otro en que se instituye algun extraño, aunque el testador diga que su voluntad es que valga el último, no obstante cualquier otro que hubiere hecho antes; á menos que añadiere, *aun á favor de los hijos*, por no ser presumible que el testador quisiese preferir para la sucesion de sus bienes personas extrañas á sus propios hijos.

No trataremos aquí de las cláusulas llamadas derogatorias que suelen ponerse en los testamentos, porque ya hemos dicho lo bastante al tratar *ex-profeso* de esta materia en el artículo publicado en esta REVISTA, tomo XIII, pág. 461, con cuya ocasion tributamos las mas espresivas gracias al profundo jurisconsulto Sr. D. Pedro Gomez de la Serna, por la recomendacion que ha hecho del citado artículo en el tomo XIV, pág. 244.

Es para mí muy lisonjera esta recomendacion, y me anima á escribir con mas ardor sobre una ciencia á la que profeso particular cariño, y á la que he dedicado los mejores años de mi juventud.

En Cataluña está vigente la ley *Hac edictali*, Cód., *De secundis nuptiis*, que es la 6, tít. 9, lib. 5, Cód., que prohibe al cónyuge sobreviviente dejar al segundo consorte mas de lo que haya dejado á aquel hijo del anterior matrimonio á quien haya dejado menos. Esta disposicion es justa y previsorá para evitar que los halagos, las caricias, las seducciones ó las amenazas del segundo consorte arranquen del otro una disposicion ó liberalidad en perjuicio de los hijos del primer matrimonio.

(1) Const. 2, lib. 5, tít. 4, *De tutors*.

(2) Const. única, lib. 8, tít. 9, *De donacions*, Cáncer., *Vár.* 1, cap. 8, desde el núm. 119 al 125.

En Castilla, que la sucesion forzosa está mas bien arreglada que en Cataluña, no se necesita de esta ley para poner un justo y razonable límite á estas liberalidades en perjuicio de los hijos, porque como el padre debe disponer de cuatro quintas partes de la herencia á favor de los mismos, y de la restante quinta parte aun ha de pagarse los funerales y demás legados, dificilmente puede llegar el caso de que el segundo consorte sea mas favorecido que ninguno de los citados hijos; mientras que en Cataluña sino se observase la espresada ley, podria el segundo consorte llegar á tener tres cuartas partes de la herencia, por ser solo la cuarta parte la legítima de los hijos, aunque sean muchos.

Por eso hemos declamado tanto contra el vicioso sistema de sucesion forzosa que rige en Cataluña, y no cesaremos en nuestras justas quejas hasta que hayamos conseguido algun alivio en favor de esos hijos desgraciados, que son el mayor número, á pesar de los poderosos enemigos que esto nos ha acarreado y de los grandes compromisos que nos ha traído. Lucharémos contra los poderosos, contra las Academias y contra todo el mundo; porque con la autoridad de la naturaleza, de la razon y de la justicia, nos creemos invencibles y no nos arredran dificultades de ningun género.

La legítima no debe en Cataluña dejarse precisamente por derecho de institucion, como entre los romanos, sino que basta para satisfacer esta obligacion el dejarla por vía de legado, fideicomiso ú otro cualquier título; de modo que no se puede pretender por esto la nulidad del testamento (1).

Antes de publicarse la citada ley se habia concedido lo mismo á los vecinos de Perpiñan en un privilegio de 4 de los idus de noviembre de 1348 y otros anteriores. Por estos privilegios podian dejar en su testamento por legítima á sus hijos cinco sueldos, sin que aquellos pudieran romperlo.

De esto dimana, sin duda, que se ven muchos testamentos en que los padres dejan á sus hijos esta cantidad, que es la de 2 reales 22 maravedis vellon por razon de legítima. Esto es muy comun; pero no se entiende que los padres deban dejar esta cantidad para que su testamento sea válido, ni que los hijos deban contentarse con ella, sino que basta que les dejen mas ó menos con tal que hagan mencion de ellos dejándoles alguna cosa, ó digan que no les

(1) Ley 2, tít. 2, lib. 6, vol. 1.º

dejan nada, porque les han satisfecho ya la legítima ó dotado competentemente.

La cantidad que dejan los padres á sus hijos á título de legítima, no impide que estos puedan pedir, como sucede todos los dias, la mayor cantidad que les corresponda por la ley hasta el cumplimiento de dicha legítima, en fuerza de la ley 30, Cód. *De inoff. testam.*, y el párrafo 3, *Inst. cod.*, que están en Cataluña en la mayor observancia (1).

Sin embargo de que la legítima no se debe sino despues de la muerte del padre, sucede con alguna frecuencia, que los padres la pagan á los hijos por causa de matrimonio, y algunas veces en estado de solteros, con el fin de obtener de ellos la correspondiente renuncia para que no puedan pedir nada al heredero despues de la muerte del padre.

No tenemos inconveniente en afirmar, que en nuestro concepto son nulas y de ningun valor ni efecto las renunciaciones que se hacen por los hijos á favor de los padres, no siendo por causa de matrimonio y mientras permanecen bajo la patria potestad, por reputarse en este caso por una misma persona con el padre, segun el derecho romano.

En cuanto á los padres, dispone la constitucion 1.ª, tít. 3, libro 6, vol. 1, que aunque en el testamento del hijo no se hiciere mencion de ellos ó de otros ascendientes, por derecho de institucion, sea válido y firme el testamento, quedándoles salva la legítima que les corresponde en el caso de no existir descendientes.

En cuanto á la ciudad de Barcelona y lugares que gozan de sus privilegios, es válido el testamento y cualquiera otra especie de última voluntad, aunque se hayan omitido las personas que deben instituirse en cuanto á su legítima, ó de que debe hacerse mencion pues les queda salvo el derecho para pedirla, á no ser que fuesen justamente preteridos ó desheredados (2).

En virtud de esta constitucion se sostiene el testamento ó última voluntad, aunque se hubiese omitido alguna solemnidad de derecho, mientras que hayan intervenido dos testigos, aunque no sean rogados y que sea hecho ó hecha en pública forma.

(1) *Cáncer.*, párr. 1, cap. 3, n. 16; *Fontanella*, cláus. 5, glos. 8, part. 2, núm. 52 y sig.

(2) *Constitucion única* del tít. 1, lib. 6, vol. 2.

Sucedía antiguamente en Cataluña, que los padres ú otras personas, para que los hijos, amigos ó parientes pudiesen contraer enlaces mas ventajosos ó conseguir mayores dotes, hacian heredamientos ó donaciones de gran cuantía á favor de dichos sujetos, con la inteligencia que entre ellos mediaba de que verificándose el matrimonio retrodonarian el marido á su padre ó al donante, lo que este le hubiese dado, ó harian otros actos para hacer ilusoria en todo ó en parte la donacion. Para evitar estos fraudes se promulgó la ley única, título 2, libro 5 de las Constituciones de Cataluña, que dice así:

«Para evitar los fraudes que con frecuencia se cometen en las cosas abajo escritas, ordenamos y determinamos, que si se hiciere algun instrumento por los hijos á favor de los padres, ó por cualquiera otra persona, en disminucion, derogacion ó perjuicio del heredamiento ó donacion hecha, ó para hacer por aquellos padres y cualesquiera otros á sus hijos, ó á cualesquiera otros en tiempo de bodas, el tal instrumento sea nulo, de ningun valor, é *errito ipso jure*, sin que se le dé fé en juicio ni fuera de él en modo alguno, prohibiendo á todos los escribanos de nuestros dominios que reciban tales instrumentos (1).»

Esta ley contiene un precepto de moralidad y de justicia dignos de figurar en el «Código civil español» por los fraudes que con ella se evitan; y esta es la razon porque la hemos transcrito íntegramente. En el Fuero Municipal de Cataluña hay algunas disposiciones dignas de reformarse por haber cambiado las circunstancias que las motivaron; pero generalmente hay muchas buenas y dignas de ser imitadas.

Es sabido que el pupilo no puede hacer testamento por falta de edad. Por eso se estableció la sustitucion pupilar, por medio de la cual dispone por el pupilo el padre y no la madre, porque esta sustitucion se inventó por el derecho de patria potestad. De los bienes que el pupilo hubiese adquirido por sucesion de su madre, solo puede el padre disponer por medio de esta sustitucion entre los hermanos ú otros parientes de la misma madre hasta el cuarto grado, segun el orden de derecho romano (2).

Es original el orden trazado por la constitucion 2, tít. 2, lib. 6,

(1) D. Pedro III, en las Córtes de Perpiñan en 1351, cap. 26.

(2) Const. última, *de pupillars y altres substitucions*.

vol. 1.º para la sucesion de los bienes de los impéberos fallecidos ab-intestato, ó á quienes el padre no ha dado sustituto. Los bienes que el pupilo hubiese heredado de su padre ó madre, deducida la legítima que corresponde á los ascendientes, se reparten respectivamente entre los mas próximos parientes de la línea del padre ó madre premuerto de que procedan los bienes, con exclusion del cónyuge sobreviviente, salva la legítima que le corresponde sobre los mismos bienes, sin embargo de que por las reglas generales de la sucesion intestada, de que vamos á tratar, le corresponderian dichos bienes en mayor cantidad.

Lo dispuesto en la citada constitucion solo tiene lugar cuando existen parientes de la línea paterna ó materna hasta el cuarto grado; puesto que no habiéndolos hasta dicho grado, que deban heredar al impuber, sucederá á todos sus bienes el padre ó madre que le sobreviva, sin distincion de bienes paternos y maternos.

Cáncer, par. 1, cap. 1, núm. 37, propone el caso de si cuando el pupilo deja un hermano, hijos ambos de unos mismos padres, y hay otro hijo de un mismo padre, pero de diferente madre, deben suceder ambos hermanos á los bienes que el pupilo habia heredado de su padre, y afirma que deben suceder ambos, porque segun la citada ley se atiende al origen de donde proceden los bienes y no á la union de grados.

Sin embargo de esta respetable opinion otros autores sostienen lo contrario, diciendo que debería suceder el hermano hijo de un mismo padre y madre, con exclusion del otro hermano, porque la misma ley dice, que deben suceder al pupilo los parientes mas inmediatos, *guardando entre ellos el orden de derecho romano*.

Mas el célebre Mieras, al tratar de esta cuestion en la obra que escribió sobre el derecho municipal, núm. 103, se hace cargo de las razones alegadas en pró y en contra de una y otra opinion, y se inclina á favor de Cáncer, fundándose en que las palabras *guardando entre ellos el orden de derecho romano*, deben entenderse en cuanto á la prioridad y diferencia de grados, á saber, que los hermanos sean preferidos á los sobrinos, y así sucesivamente.

La sucesion legítima ó ab-intestato tiene lugar siempre que el difunto no ha hecho disposicion alguna de sus bienes, ó cuando la disposicion que hubiese hecho ha sido invalidada ó declarada nula.

En nuestro Código municipal, fuera de la citada constitucion pupilar, no existe disposicion alguna sobre esta importante materia.

El título 4. lib. 6, vol. 1, solo habla de las sucesiones ab-intestato de bienes feudales, los que han dejado de existir en toda la nacion en virtud de las leyes que se han publicado sobre señoríos.

Así es, que estando vigente en Cataluña el derecho romano, como supletorio, este es el que se sigue y observa estrictamente sobre la sucesion intestada, salvas las modificaciones hechas por la citada constitucion pupilar y por la ley de 16 de mayo de 1835.

Entre los romanos se sucedia antiguamente bajo los principios de agnacion rigorosa; pero los Pretores hicieron varias innovaciones ó mudanzas so pretesto de equidad, que era la que se tomaba por base de todas sus decisiones, hasta que el célebre Justiniano varió todos aquellos modos de suceder con la novela 118. Siguió con ella los impulsos del corazon y los designios de la naturaleza, ordenando la sucesion de descendientes, ascendientes y colaterales en el modo siguiente:

Los descendientes ocupan el primer órden en las sucesiones legítimas, pues suceden en primer lugar á sus ascendientes fallecidos ab-intestato. Pero la existencia legal de los descendientes se atiende á lo dispuesto en la ley 3, *Cod. de posthum. hæred. inst. vel exhæred.*, por lo que se consideran existentes todos los que nacen vivos y no son monstruosos, prescindiendo de las circunstancias que exige la ley 2, tít. 3, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, de ser bautizados, nacidos vivos y haber vivido 24 horas.

Los descendientes suceden *in capita* á la herencia del difunto. Si su padre ó ascendiente hubiese premuerto, sucederán sus hijos ó descendientes *in stirpes* á la porcion que correspondería á aquel si viviere, tanto si concurren ó no con personas de anterior grado. Esto concuerda con la ley 3.ª, tít. 13, Part. 6.ª, por lo que respecta á los descendientes legítimos y legitimados.

En cuanto á los ilegítimos, son naturales, espúreos ó de punible union. Si son naturales y suceden al padre, tendrán una sesta parte de su herencia, que partirán con su madre, si no hay mujer legítima, contra lo que dispone la ley 9, tít. 13, Part. 6.ª, que la admite aunque la haya.

Si son naturales, ó espúreos, suceden del mismo modo que los legítimos á la herencia de la madre, á menos que esta fuese ilustre. *L. 2, Dig. ad senat. Orfitianum et l. 3, Cod. eod.*

Los de union punible y dañada están escludidos de la sucesion, ni les corresponden á estos desgraciados otros alimentos que los que se

les deben por la equidad natural y disposiciones canónicas. Novela 89, cap. último.

La sucesion materna de los hijos naturales, ó espúreos es distinta de la trazada por la ley 3, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilacion.

El segundo orden de sucesion es el de los ascendientes. Cuando el difunto no deja descendientes, la ley llama á los ascendientes á la sucesion de sus bienes. Los mas próximos escluyen tambien á los mas remotos. El padre, por ejemplo, escluye al abuelo y demás ascendientes. No tiene lugar aquí el derecho de representacion.

Cuando hay varios ascendientes de un mismo ó igual grado, suceden por líneas sin hacer distincion de bienes paternos y maternos, porque no la hace la Novela 118, cap. 2, contra lo que dicen Bartolo y Cáncer en su esposicion á la ley 3, Cód. de *bonis quæ liberis, etc.*

Cuando existen ascendientes de primer grado y hermanos del difunto, concurrirán con estos á la sucesion de su herencia, que se dividirá *in capita* entre ellos, segun la disposicion de la citada ley, contra lo que prescriben las leyes 1 y 2. tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, que en esta parte derogaron la ley 4, tít. 15, Partida 6, que estaba conforme con el derecho romano.

La sucesion de los hermanos con los ascendientes del difunto de primer grado se estiende á los hijos de los hermanos que han fallecido, por derecho de representacion. En este caso suceden *in stirpes*. Si no concurren con algun tio podrán los ascendientes pretender su total exclusion por la omision que se observa en la Novela 127, á pesar de ser esto contrario á la equidad.

El tercer orden de sucesion legitima es el de los colaterales. Esta solo puede tener lugar á falta de descendientes y ascendientes, cuando no concurren con estos á la sucesion del difunto, como se ha dicho anteriormente. No concurriendo ascendientes, y sí solo hermanos del difunto por ambas líneas, sucederán estos *in capita*. Los hijos de los premuertos sucederán *in stirpes*.

La Novela 127 no habla en este caso de los nietos de los hermanos que hubiesen fallecido. De modo que segun ella estos se consideran escluidos de la sucesion por los hermanos y sobrinos del difunto. Si no existiese ningun hermano y solo hubiese hijos de hermanos, en este caso en vez de suceder *in stirpes* ó en representacion de sus padres premuertos, sucederán *in capita* ó por iguales partes.

Si no existiesen hermanos por ambas líneas, ni hijos de estos, ten-

drá lugar la sucesion de los hermanos unilaterales con los hijos de estos, que hubiesen fallecido, observándose en este caso las mismas reglas trazadas para la sucesion de los hermanos germanos. Si hubiese solo hijos de los hermanos unilaterales del difunto, serán preferidos á los tios de este.

Faltando todas las personas que se han referido entran los demás parientes que se hallen en igual y mas próximo grado del difunto hasta el décimo inclusive, prefiriéndose despues del cuarto grado, en virtud de la ley de 16 de mayo de 1838, á las personas siguientes:

Primero; los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes, por lo que respecta á la sucesion del padre, sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para la sucesion de la madre.

Segundo; el cónyuje no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raices de abolengo á los colaterales del quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion. A falta de estas personas sucederá el Estado, con arreglo á la citada ley.

Para los efectos espresados se verifica la computacion de los grados en la línea oblicua sacando los que cada uno de los parientes dista del tronco comun. Los hermanos, pues, se hallan en segundo grado, el tio y sobrino en tercero, los primos hermanos en cuarto y así sucesivamente.

Este es el orden y estas son las reglas que se observan en Cataluña en la sucesion testamentaria y en la legitima ó ab-intestato.

En cuanto á los derechos de hipotecas que se devengan por dichas sucesiones en todos los casos y en toda la nacion, puede verse el «Sistema hipotecario», publicado por el autor de esta memoria.

Francisco de Pou.

PRESTACIONES SEÑORIALES.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

DICTÁMEN FISCAL

acerca de cuál sea el tribunal competente para conocer de las demandas contra el Estado, sobre reintegro é indemnizacion de prestaciones suprimidas por la ley de señorios.

El Fiscal dice: Que ha examinado la consulta que por conducto de este Supremo Tribunal, eleva á S. M. la Sala de gobierno de la Real Audiencia de Valencia, sobre si es competente para conocer en primera instancia de la demanda ante ella deducida por D. Pedro Pilon y Tobalina y otros consortes, reclamando el reintegro de ciertas prestaciones comprendidas en la encomienda de Torrente que quedaron suprimidas al publicarse las leyes de señorios.

Tanto para conocer la naturaleza de la accion ejercitada por los demandantes como para resolver con acierto la cuestion que formula la Sala de gobierno de la Audiencia, es oportuno, ante todo, recordar, como punto de partida, que las Córtes al declarar, por su decreto de 6 de agosto de 1811 incorporados á la nacion todos los señorios jurisdiccionales y al abolir las prestaciones y privilegios que el mismo origen tenian, al propio tiempo estatuyeron que aquellas personas que los hubieran obtenido por título oneroso serian reintegradas del capital que resultare de los títulos de adquisicion, y las que por recompensa de grandes servicios reconocidos, indemnizados de otro modo.

Sucesores D. Pedro Pilon y Tobalina y los demás recurrentes en los derechos adquiridos por D. Manuel Sisto Espinosa en virtud de la escritura de venta de la Encomienda de Torrente otorgada á su favor, en 9 de febrero de 1808, por el señor D. Carlos IV, han creido que suprimidas las prestaciones inherentes á la misma, en su derecho estaban ejecutando ante la Audiencia de Valencia la accion de reintegro que el decreto de 6 de agosto concede á los que percibian rentas jurisdiccionales por título oneroso adquiridas.

No pareció á la Sala segunda de la Audicacia, á la que se dió

cuenta de esta peticion, tan clara su competencia para conocer de ella en primera instancia, y pasó sencillamente la demanda al Fiscal sin darle de ella traslado.

Este digno funcionario del ministerio público desde luego estimó que la cuestion era por lo menos dudosa. El testo terminante del mencionado decreto sujeta el juicio de reintegro al conocimiento en primera instancia de las Audiencias; mas una série de disposiciones posteriores, que la Sala conoce perfectamente, someten al de los Jueces de partido todos los juicios en primera instancia.

En la duda de si estas disposiciones generales derogaban aquella disposicion especial, creyó de su deber acudir al que suscribe esponiéndole la situacion en que se encontraba y preguntándole cuál era el camino que le correspondia seguir.

Esta Fiscalía, enterada de la consulta, no tuvo inconveniente en manifestarle su opinion favorable á la competencia del Juzgado. Mas no desconociendo los fundamentos que podian alegarse en favor de la opinion contraria, indicó al Fiscal que, si su inteligencia y conciencia se lo dictaban, podia usar del beneficio que concede el art. 15 de dicho decreto de 1811, provocando la consulta en la forma que previene el Reglamento provisional para la administracion de justicia.

Así efectivamente lo ha hecho, y pasándose los autos por la Sala de justicia á la de gobierno de aquella Audiencia, esta ha elevado la consulta á S. M. conviniendo con su Fiscal en que la cuestion es dudosa, pero disintiendo en el modo con que debe resolverse, pues que en tanto que este se inclina á sostener la competencia del Tribunal Superior, la Sala de Gobierno opina por la del Juzgado de primera instancia.

Indicado ya acerca de este punto el parecer de esta Fiscalía, con satisfaccion añade que en él le afirma el ilustrado dictámen de la Sala de gobierno de la Audiencia, en que con tanto acierto se hacen resaltar las razones que existen para negar á la Audiencia la facultad de conocer en primera instancia de la demanda que ha dado origen al espediente que motiva este informe.

Sin embargo, aunque ligeramente espondrá algunas consideraciones que le inducen á opinar de este modo.

La primera y capital consiste en creer que el punto de partida y el cardinal criterio para resolver toda cuestion de procedimiento, como toda cuestion de competencia, debe ser en principio la

Ley de Enjuiciamiento civil, norma general y regla á que deben ajustarse la forma y la ritualidad de los juicios. No es otra cosa lo que ha querido el legislador al declarar en su art. 1415 derogadas todas las leyes, Reales decretos, Reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil.

Ahora bien: esta ley de Enjuiciamiento no admite mas competencia que la de los Juzgados para conocer en primera instancia. Sobre este principio están calcados todos los artículos del título primero que tratan de las cuestiones de competencia, y este mismo principio ha sido proclamado, aunque de una manera indirecta, en el título 17, pues si se examina su articulado se adquiere una completa certidumbre de que no pueden entender, mas que por vía de apelacion, las Audiencias en los negocios civiles.

El hecho de no haber establecido la ley un procedimiento especial para que los Tribunales superiores conozcan en primera instancia, demuestra por sí solo que aquella regla es inflexible y que contra ella no se admite escepcion.

Está, pues, derogado el art. 9.º del decreto de 6 de agosto de 1811 por la nueva ley de Enjuiciamiento civil, y resuelta por lo tanto en ella la cuestion de competencia á favor del Juzgado.

Pero tambien es preciso reconocer que esta cuestion venia ya anteriormente resuelta en el mismo sentido, nada menos que desde la publicacion de la Constitucion de 1812, es decir, un año despues de publicado el decreto que atribuye el conocimiento de las demandas de indemnizacion á las Audiencias.

No es difícil demostrarlo.

La reforma general que querian llevar á cabo los legisladores reunidos en Cádiz no podia realizarse de una vez. A ello se oponia su misma importancia y grandes intereses creados al abrigo del antiguo sistema, en abierta pugna con las ideas entonces dominantes. No se destruyen en un dia obras de siglos, ni en un dia es posible variar el modo de ser de una nacion; y nada menos que á una y otra cosa aspiraban las Córtes de Cádiz. Sabian esto aquellos legisladores, y por lo mismo, en tanto que preparaban la reforma política, base en que habia de descansar la administrativa de todos ramos que tambien entraba en sus miras, se dedicaron á las de intereses materiales, y entre estas con especial predileccion á la de señoríos, simpática á los pueblos, y que afectaba muchos intereses creados en su perjuicio á la sombra de las antiguas instituciones.

:

Anterior el decreto de 6 de agosto, suprimiendo los señorios jurisdiccionales á la reforma judicial, necesariamente tuvo que atenderse á la organizacion que al tiempo de su publicacion tenian nuestros Tribunales. Descansaba esta en el principio de que la plenitud de la jurisdiccion estaba en las Audiencias, Chancillerías y Consejos, los cuales conocian en primera instancia de muchos asuntos por caso de corte. Entre los privilegiados contábanse los juicios de reversion é incorporacion á la Corona. De ellos conocia el Consejo ante el cual se examinaba la legitimidad de las mercedes y donaciones Reales, y se fijaba la estension que á sus cláusulas debia darse.

De este principio hubo pues que partir, y esta es la razon porque en su art. 9.º dispuso que las cuestiones de reintegro y de indemnizacion se ventilasen en primera y segunda instancia en las Audiencias; ó lo que es lo mismo, que fuesen casos de corte, toda vez que participaban mucho de la naturaleza de los juicios de reversion é incorporacion.

Pero publicase la Constitucion de 1812 y todo esto varia: en su título 5.º, hoy vigente, establécense nuevas bases de la administracion de justicia; en él se señalan las facultades de las Audiencias, y se consigna terminantemente que deben conocer de todas las causas civiles de los Juzgados inferiores de su demarcacion en segunda y tercera instancia, y no se les confiere en ningun caso de competencia para conocer en primera.

Los casos de corte quedan suprimidos y el art. 9.º del decreto de 6 de agosto perfectamente derogado por la ley fundamental.

Si en un principio alguna duda pudo suscitarse acerca de este punto, desvanecerse debió al publicarse el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812. En su art. 15 se dice terminantemente que las facultades de las Audiencias serán conocer en segunda y tercera instancia de las causas civiles y criminales que se les remitan por los Jueces de primera instancia en apelacion ó en los casos que previene la ley. En el art. 63, se dispone lo conveniente respecto aquellos negocios ya incoados ante las Audiencias en primera instancia al publicarse la ley. En el 10 del capítulo 2.º se establece que todos los demás pleitos (se exceptúan los juicios verbales y causas civiles y criminales de cualquiera clase y naturaleza que ocurran en el partido entre cualesquiera personas) se entablarán y seguirán *precisamente* ante el Juez letra-

de del mismo en primera instancia, exceptuándose los casos en que los eclesiásticos y militares deban gozar de fuero con arreglo á la Constitucion y de los que segun aquella misma ley puedan ó deban conocer los alcaldes de los pueblos y los que se reserven á tribunales especiales.

Ahora bien, no estando entre estas escepciones el juicio de indemnizacion de que habla el decreto de 6 de agosto, este juicio, como todos los no exceptuados, quedaron por esta ley *precisamente* sujetos á los Juzgados. La Audiencia desde aquel dia quedó sin jurisdiccion para conocer de ellas en primera instancia.

En esta misma idea abunda el Reglamento provisional para la administracion de justicia. Los jueces letrados de primera instancia son, segun su art. 36, los *únicos* á quienes compete conocer en la misma instancia de todas las causas civiles y criminales correspondientes á la Real jurisdiccion ordinaria, incluidas las que hasta entonces habian sido casos de corte. Entre las escepciones que de esta regla admite, no comprende el juicio de indemnizacion. Por último, en el capítulo que habla de las Audiencias, no se les reconoce facultad en ningun caso para entender en primera instancia en negocios civiles.

El Reglamento provisional para la administracion de justicia vino por lo tanto á derogar una vez mas el art. 9.º del tantas veces nombrado decreto de 6 de agosto de 1814.

Lo mismo hizo el Real decreto de 20 de junio de 1852, que arregló la jurisdiccion en los negocios de Hacienda. Su art. 2.º terminantemente dispone que el conocimiento de los negocios judiciales de Hacienda corresponde en primera instancia á los Jueces de partido de su respectiva capital; y si se examina el capítulo 3.º, se encuentra que á las Audiencias solo corresponde conocer de los mismos en segunda ó tercera instancia, pero nunca en primera.

No niega el Fiscal que hubiera sido conveniente que al restablecerse en 1823 y en 1837 este decreto se hubiera espresamente derogado aquel artículo; mas no puede convenir en que fuese absolutamente necesaria esta espresa declaracion, una vez destruida la antigua organizacion judicial que autorizaba los casos de corte.

Las mismas leyes de señorías de 3 de mayo de 1823 y de 26 de agosto de 1837 corroboran este juicio, pues mas ó menos esplicitamente vinieron á proclamar la competencia de los Juzgados para conocer de las materias á que se referian.

El artículo 4.º de la primera de estas dos leyes terminantemente declara que los poseedores que pretendan que sus señoríos territoriales son de los que deben considerarse como propiedad particular, presenten ante los Jueces respectivos de primera instancia los títulos de adquisición. Y mas explícita la segunda, no solo confirma este precepto, sino que ordena terminantemente en su artículo 13 que en todos los pleitos que se instauren á consecuencia y para el cumplimiento de lo que deja establecido, *serán parte los respectivos Promotores Fiscales de los Juzgados de primera instancia y los Fiscales de las Audiencias.*

Palabras que demuestran que segun el espíritu de las mismas leyes de señoríos el artículo 9.º del decreto de 6 de agosto habia dejado de existir con la antigua organizacion judicial.

Ann cuando así no fuera, otras consideraciones que el Fiscal no puede menos de indicar serian bastantes para que no comenzase el juicio ante el Tribunal Superior. Inútil es en jurisprudencia consignar un derecho, si la ley no fija el modo y la forma de ejercitar ese mismo derecho. Los Tribunales deben limitarse á juzgar y á ejecutar lo juzgado: no pueden en caso alguno inventar procedimientos, porque esto seria invadir las atribuciones del poder legislativo. De lo cual se deduce que, aun cuando se considerara vigente el mencionado artículo 9.º, no seria posible sustanciar ante la Audiencia, por falta de procedimiento especial, el pleito instaurado ante la misma por D. Pedro Pilon y Tobalina.

Perniciosa consecuencia seria tambien de la opinion que el Fiscal impugna, que no habria lugar en el presente caso á utilizar ninguno de los remedios extraordinarios, que la ley pone en manos de los litigantes para reparar los daños que puedan causar en sus derechos los Tribunales Superiores con sus fallos; observacion que debe tenerse muy en cuenta, tratándose de un asunto en que tan directamente está interesado el Estado. No procederian los recursos de injusticia notoria y segunda suplicacion, pues solo tienen lugar segun el artículo 1.º del Real decreto de 4 de noviembre de 1838 en aquellos negocios *pendientes de las Audiencias, Tribunales de Comercio y ordinarios antes del 13 de agosto de 1836.* No cabria el de nulidad porque es imposible en aquellos pleitos que no comenzaron antes del primero de enero de 1836 en que principió á regir la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Por último, no podria utilizarse el de casacion que esta misma Ley de Enjuiciamiento civil establece

contra las sentencias de vista, porque no admitiendo en ningun caso que las Audiencias conozcan en revista, sería absurdo que prosperara un recurso contra una ejecutoria dictada en revista, como tendría que suceder en la hipótesis que el Fiscal viene examinando de estar vigente el artículo 9.º del decreto de 6 de agosto, y con arreglo á sus disposiciones tenerse que fallar el juicio de indemnización promovido.

Resulta de lo espuesto en concepto del Fiscal que la falta de un procedimiento especial, la Constitución de 1812, el decreto de 9 de octubre del mismo año, el reglamento provisional para la administración de justicia, el Real decreto de 20 de junio sobre la jurisdicción de Hacienda, las mismas leyes de Señoríos y sobre todo la Ley de Enjuiciamiento civil, resuelven la cuestión objeto de la consulta en favor de la competencia del Juzgado especial de Hacienda. Si V. A. fuera de esta misma opinión, cree el Fiscal que debería manifestarlo así al Gobierno de S. M. al dar curso á la consulta que motiva este informe.

Sin embargo la Sala como siempre resolverá lo que mejor estime.
Madrid 17 de marzo de 1859 (1).

Seijas.

CATEGORÍAS EN LA CARRERA JUDICIAL.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

DICTÁMEN FISCAL

emitido en un expediente sobre declaracion de categorias en la carrera judicial.

El Fiscal dice: Que con motivo de dos comunicaciones de los Fiscales de las Audiencias de Albacete y Valladolid, relativas á que

(1) El Tribunal Supremo de Justicia evacuó la consulta de acuerdo con el dictámen del Sr. Fiscal, y elevada al Gobierno, se dictó la Real orden de 3 de junio de 1859, que se publicó en el tomo X de nuestro BOLETÍN.—
Los Directores de la REVISTA.

que se les guardaran las preeminencias y consideraciones de Presidentes de Sala á que se creían con derecho, acudió este ministerio á S. M., encareciendo cuán necesario era que se dictara una medida que cortase conflictos que solo la prudencia habia podido evitar. El Gobierno, que habia fijado su atencion sobre las muchas solicitudes que se presentan pidiendo declaraciones de categorías, títulos de los empleos, cuya categoría se pretendia, y hasta antigüedades en la carrera desde la fecha de los mismos títulos, encarga á este Tribunal que manifieste su dictámen. Al efecto le previene que indique las reglas que deben observarse para desterrar los abusos introducidos, no lastimar los derechos adquiridos, aun cuando lo sean por una interpretacion abusiva, y conseguir que sea una verdad de hecho la prohibicion de los honores de la toga y de las distinciones honoríficas de un empleo superior al que se desempeñe.

Que el mal es grave y que requiere un remedio radical, no puede ponerse en duda. A los antiguos honores que destruyen el orden gerárquico, y rebajan los grados superiores de la carrera judicial y fiscal para elevar los inferiores, se ha añadido una cosa mucho peor, la de las categorías, que, segun la interpretacion que se les ha dado, van mas allá que los honores. Consecuencia de esto es que nadie se contenta con ser lo que en la realidad es: que haya magistrados de Audiencias con honores del Tribunal Supremo, magistrados con categoría de Regentes, magistrados y fiscales con la de Presidentes de Sala, tenientes fiscales, jueces, abogados y relatores con la de magistrados, tenientes fiscales y relatores con la de jueces de término, y que se haya llegado al caso de que sea difícil el señalar el lugar que á cada uno le corresponde en el orden judicial. En prueba de ello, varios son los casos en que se ha visto prácticamente la dificultad; se limitará el Fiscal á indicar aquí el de haber un auditor de guerra disputado la preferencia á los presidentes de Sala, y haberse resuelto así providencialmente por la Audiencia hasta que S. M., conformándose con el dictámen de V. A., corrigió este abuso, y esa subversion del orden gerárquico de la magistratura. Pero no se pueden pasar en silencio por lo conocidas que son las graves dificultades á que dió lugar en la última apertura del Tribunal la colocacion que debian ocupar los diferentes funcionarios de la escala judicial.

Si tuviera que resolverse la cuestion en principios, una sola regla bastaría para terminarla: con ordenar *que cada uno fuera lo que*

es, estaria terminado tan enojosísimo negocio. De este modo, además de introducir en la administración de justicia las buenas doctrinas, no se daría nuevo pábulo á ese prurito de honores y distinciones á que pocas veces son acreedores los que con mas empeño las solicitan. Pero, ¿consultaría esta resolución á los derechos adquiridos?

Varias son las disposiciones que mas ó menos directamente han dado lugar á la anarquía de que el Fiscal se lamenta.

Puede considerarse como la primera el Real decreto de 7 de marzo de 1851. Al establecerse en él las reglas que debían seguirse en la provision de las plazas del orden judicial, se estableció la division de categorías. Esta division solo tenia por objeto, como espresamente lo dijo el art. 4.º, *facilitar la ejecucion del decreto y el solo objeto de que pudiera servir de guia al Ministerio de Gracia y Justicia para hacer las propuestas correspondientes*. Lejos estuvo, pues, de la intencion del Gobierno que lo que se hacia para llevar á efecto un orden regular de promociones, sirviese de pretexto al abuso lamentable que se introdujo, abuso que se trató de impedir al negar á las categorías mas significacion que la que espresamente les concedia el decreto. Y es que los malos hábitos difícilmente se desarraigan, y que la carrera judicial, en que deben ser mas modestas que en ninguna otra las aspiraciones, se ha resentido tambien de lo que en otras carreras acontece, creyendo algunos que así como en la milicia hay capitanes con grado de comandantes, debe haber en la toga jueces con grado de magistrados.

Debió fortificar esta opinion, y aun dá lugar á creer que era la oficial, la Real orden de 23 de diciembre de 1851, espedita por el Ministerio de Gracia y Justicia, en cuyo art. 2.º se decia que era necesario título para el uso de honores, gracias y condecoraciones que se otorgaran por dicho Ministerio, pues si bien espresamente no hablaba de las categorías, el hecho es que empezaron á espeditarse títulos á los comprendidos en ellas, del mismo modo que se hacia antiguamente con los que obtenian honores de magistrados. La interpretacion, pues, del Gobierno fué favorable á los que daban al Real decreto de categorías una significacion que no tenia.

Mas esplicito estuvo otro Real decreto que tiene tambien la fecha de 7 de marzo de 1851. En su art. 2.º ordena que al concederse la jubilacion á los magistrados y jueces pueden obtener los honores de la categoría superior inmediata, y en el 3.º que los abogados

y catedráticos de jurisprudencia que se hayan distinguido, cuando se retiren del foro ó del profesorado, puedan obtener los honores de cualquier empleo judicial, para cuya obtencion en propiedad tengan aptitud legal. Así se barrenó el Real decreto de 15 de setiembre de 1845 á que ya habia abierto un partillo otra Real orden de 14 de diciembre de 1848, concediendo á los Decanos de los colegios de abogados los honores de la toga mientras ejercieran aquel cargo, y personalmente si habian desempeñado tres veces el decanato. Y esta disposicion que se comprende hablando de los Decanos de los colegios de las poblaciones en que hay Audiencia, tal como está redactada, es estensiva á todas las poblaciones en que hay colegio, sucediendo por lo tanto que en un partido en que el juez es solo de entrada, el decano del colegio y los que lo hayan sido tres veces, tengan los honores de magistrados. Presume el Fiscal que la aplicacion práctica de esta Real orden se habrá limitado á los colegios de las capitales en que haya Audiencia, y no desconoce que el art. 4.º del Real decreto de 7 de marzo de 1851 ha limitado considerablemente sus efectos: pero de todos modos aparece claramente que antes de 1851 ya se habia echado en parte por tierra la Real orden de 15 de setiembre.

En 22 de diciembre de 1853 de nuevo se quebrantó la prohibicion de conceder honores y categorías, pues que se dió categorías de magistrados y fiscales á los relatores de este Supremo Tribunal y de las Audiencias.

Loables sin duda fueron las intenciones de los que creyeron que debian aconsejar á la Corona estas desviaciones del principio saludable que habia llegado á prevalecer: pero no calcularon por desgracia los males que originaban tales escepciones. Justo, muy justo es que los que han empleado sus mejores años en servir al Estado en la carrera de la magistratura y judicatura encuentren la recompensa de pasar los últimos dias de su vida en el descanso, y rodeados de la consideracion y honores que tenian cuando estaban en servicio activo: pero no es fácil demostrar que sea útil ni conveniente al bien del país dar al que sale del servicio mayor consideracion que al que en el servicio continúa. Justo es tambien que al catedrático distinguido se le den muestras de la consideracion y aprecio del país, pero del mismo modo que á un juez ó á un magistrado por importantes que sean sus servicios, ó por grande que sea su saber, no se le dá el título de doctor si académicamente no le obtuvo, ni los honores y

categoria de **catedrático**, no debe darse tampoco al **catedrático** la categoria de **magistrado**. El **magistrado**, el **catedrático**, el **juez**, el **abogado**, el **relater**, todos sirven al Estado, á todos los cubre la toga: esta es el distintivo profesional, esta es el vínculo comun que une á los juristas que se han dedicado á la práctica en sus diferentes ramos, y á los que se han consagrado á las especulaciones de la ciencia. Nadie debe desdeñarse de ser lo que es, nadie debe tener la pretension de sacrificar á una vanidad pueril intereses perpétuos de la administracion de justicia..... No por esto dirá el Fiscal que los decanos de los colegios, dejen de tener las consideraciones que actualmente disfrutan. Esta distincion no es á la persona, es á la nobilísima profesion del foro.

Por estas consideraciones, y con el fin de satisfacer los deseos del Gobierno, de no lastimar derechos adquiridos aun cuando lo sean por una interpretacion abusiva de las disposiciones vigentes, el Fiscal propone:

1.º Que se restablezca en toda su fuerza y vigor el Real decreto de 19 de setiembre de 1845.

2.º Que en su virtud no se concedan á nadie en adelante honores de magistrados ó jueces, ni se declare que servicios prestados en un destino de la carrera judicial ó fiscal se entiendan hechos en destino de mayor categoria.

3.º Que se abroguen los artículos 2.º y 3.º del Real decreto de 7 de marzo de 1851 relativos á los honores de la carrera judicial y la Real orden de 22 de diciembre de 1853.

4.º Que se declare espresamente que el Real decreto de 7 de marzo de 1851, que fija las circunstancias para obtener destinos en la carrera judicial, servirá en lo sucesivo en conformidad de lo que dice su artículo 4.º, solo para facilitar que se hagan con acierto las propuestas de promociones.

5.º Que á los que están sirviendo en la actualidad cargos que por consecuencia de la interpretacion que se ha dado á dicho Real decreto, son considerados como de categoria superior á los empleos que obtienen, continúen con los derechos en cuya posesion se hallan.

6.º Que los que sirven actualmente cargos que, pasado cierto número de años, dan derecho á una categoria superior, sean conservados en este derecho.

Para concluir esta consulta falta al Fiscal hablar de la causa

que la ha promovido, á saber las reclamaciones de dos fiscales acerca del lugar que debian ocupar cuando fueran llamados á suplir á otros magistrados. El Fiscal cree que la justicia exige que ocupen su lugar por antigüedad entre los demás magistrados, si bien aunque tengan la categoría de presidentes de Sala, nunca en la vista de los pleitos deban anteponerse al Presidente de la Sala, porque dese toda la fuerza que se quiera á una ficcion, no puede llevarse á términos que destruya la verdad. No por esto debe considerarse derogada la Real órden de 16 de marzo, ni obsta esto para que en los actos de pura ceremonia se les dé el lugar que les corresponda entre los presidentes segun la antigüedad que cuenten en esta categoría, conforme prescribe la Real órden citada de 16 de marzo.

Así podrá consultarlo el Tribunal ó como estime mas acertado.
—Madrid 4 de febrero de 1856.

Gomez de la Serna.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

CONSULTA.

En un asunto civil ordinario, ¿es indispensable proponer la prueba dentro del plazo que para ello concede el art. 273 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ó podrá el litigante que durante él no haga la propuesta, hacerla en el resto del término?

EN LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA NO HE VISTO tocada esta cuestion, que prácticamente me ha ocurrido ya algunas veces. Me consta, ya por estos casos prácticos, ya por relacion de letrados respetables de la ciudad de Valencia, que la Audiencia del territorio ha adoptado la jurisprudencia de no mirar como preciso que el litigante proponga prueba alguna durante el término para ello marcado por el citado art. 273, teniendo así como plazo útil para proponerla todo el término de prueba. Ya que no me sea dado sostener mi opinion en el terreno de la práctica, por ser contraria la del tribunal de apelacion, que en definitiva ha de deci-

dir las cuestiones que en el particular se susciten, quisiera ver tratada la cuestion en el de la ciencia dirigiéndome á ese periódico, á fin de que sus ilustrados redactores tengan á bien evacuar mi consulta, despues de tener la paciencia de leer los fundamentos en que apoyo mi pobre opinion.

Se vé claramente que la nueva ley ha querido, en cuanto á pruebas, introducir la novedad de dividir en dos el término de la tramitacion antigua, y así como en ésta durante todo él podia proponerse y hacerse la prueba, quiere que haya un término para proponerla y otro distinto para practicarla. Esta idea la vemos terminantemente consignada en el juicio de menor cuantía, pues que en el art. 1143 dispone que pasado el término de los tres dias que señala para la propuesta de prueba, no podrá esta proponerse ni adicionarse la propuesta; y aun en el juicio ordinario, si no tan espresamente, vemos que el artículo 273 marca el término para proponer al decir «que recibidos los autos á prueba se entreguen por seis dias á cada una de las partes sucesivamente *para que propongan lo que les convenga*»; con lo que tenemos señalado el término de doce dias para proponer la prueba, y el de cuarenta y ocho, que son los que restan hasta los sesenta de término general de prueba, para ejecutarla. Esto equivale á decir que el término se subdivide en dos períodos, una quinta parte de su totalidad para la propuesta, y las cuatro quintas restantes para la ejecucion.

Verdad es que el final del citado art. 273 es contrario á esta subdivision de propuesta y ejecucion al disponer que en el resto del término pueda solicitarse cualquiera *otra* prueba, porque corta el deslinde de los dos plazos. Pero esta añadidura incongruente, debida es, al parecer, á que el juicio ordinario se mira como de mucha mas entidad que el de menor cuantía, y á que se ha creido que pueden sobrevenir en él mil accidentes que den lugar á tener que echar mano de varios medios de prueba, para cuya propuesta no sea en muchos casos suficiente el término concedido por el art. 273. Este circunscribe la obligacion de proponer en los seis dias, si no toda, la mayor parte de la prueba, cuando dice «sin perjuicio de que en el resto del término puedan solicitar cualquiera *otra*,» pues que este pronombre, de relacion como todos ellos, no puede referirse mas que á la prueba que se haya propuesto durante el plazo concedido por el art. 273, y el decir sea *otra* la que se puede solicitar, no deja duda en que la ley ha querido que durante aquel

plazo se proponga alguna, y no haciéndolo es claro que no podrá admitirse pasado el plazo, porque entonces no debería nunca llamarse con propiedad *otra*.

Los partidarios de la opinion contraria sostienen que el objeto del art. 273, no ha sido otro que el de que cada litigante tenga en su poder los autos por seis dias por vía de instruccion para hacer la propuesta de prueba, que no es preciso así que tenga lugar dentro de los seis dias, cuando el término de prueba es para proponerla y practicarla, y que el objeto del precepto del citado art. 273 es la entrega de los autos, y el fin de esta la propuesta de prueba. Semejante interpretacion, sino falta de ingenio, lo está en mi concepto de apoyo en la letra del precepto, que es tan elaro que no permite interpretacion alguna, al decirse entreguen los autos por seis dias á cada una de las partes para que propongan la prueba, pues que á haber querido otra cosa distinta de lo que estas terminantes palabras espresan, no es tan pobre nuestro idioma que no permitiera espresarlo fácilmente con solo decir, para que se enteren de ellos y puedan durante el término de prueba proponer y hacer la que les convenga.

Estoy conforme en que el término para proponer la prueba se mire como comun, y que así tenga derecho el demandado á hacer la propuesta durante los seis dias en que se le comunican los autos para ello, como durante los seis en que antes estuvieron en poder del actor, y que este lo tenga así durante los seis dias en que los ocupa, como durante los seis en que los tiene el demandado. Convengo en que este término de la propuesta se mire como de los prorogables, y que así en el caso de devolver uno ú otro de los litigantes los autos pasados los seis dias, bien en virtud de apremio, bien sin él, y á ellos acompañe la propuesta de prueba, deba admitírsele, y seguir adelante la sustanciacion de aquellos segun su estado, que en este caso no es otro que el de practicar la prueba propuesta, con la facultad en los litigantes de solicitar cualquiera *otra* en el resto del término. Pero de ningun modo creo que quede en facultad del litigante proponer prueba en el resto del término, sino la ha propuesto durante el plazo para ello señalado, porque en este caso podemos decir como el Sr. D. Francisco Palau, ilustrado abogado de Valencia, en un artículo que sobre la materia publicó en *El Foro Valenciano* de qué sirve el art. 273 de la Ley de Enjuiciamiento civil?

JOSÉ REIG.

Contestacion.

No estamos conformes con la opinion de nuestro ilustrado suscriptor. Creemos por el contrario que aunque no se haya propuesto la prueba dentro del plazo en que las partes deben devolver los autos, se ha de admitir la que despues se proponga dentro del término probatorio. Darémos los fundamentos de nuestra opinion.

Al ordenar el art. 273 de la Ley de Enjuiciamiento civil que se entreguen los autos por seis dias á cada una de las partes respectivamente para que propongan lo que les convenga, quiso resolver las antiguas dudas que existian antes sobre el tiempo por que cada uno de los litigantes debia tener los autos en su poder: quiso tambien evitar los abusos que de antiguo venian practicándose, reteniendo los autos el que primero los tomaba, y reteniendo su devolucion, á pesar de apremios y recogidas por mas término que su contrario. El dejar esto á la prudente discrecion del Juez estaba ya desacreditado por la esperiencia, y daba lugar á las veces á que se creyera parcialidad en el juzgador por actos en que realmente no la tenia. Los autos se entregan para que los interesados puedan examinarlos con el detenimiento necesario y presentar las pruebas que sean mas conducentes al objeto de las respectivas pretensiones. Se corrigió el derecho antiguo, porque además de la razon espuesta habia en él una notable desigualdad entre los litigantes, puesto que el uno tenia por lo menos doble término que el otro para preparar y hacer su prueba; pero no se negó el derecho de hacerla en todo el término probatorio. Ahora el que tome antes los autos, solo tendrá seis dias de ventaja sobre su contrario, lo que si bien no los constituye en una igualdad absoluta, al menos se aproxima en lo posible á ella disminuyendo considerablemente la desigualdad antigua.

Mas, lejos de exigir la ley que la prueba se presente dentro del término de los seis dias ó al terminarse y devolverse los autos, nada dice, y ni una sola frase emplea de que esto pueda inferirse: deja por el contrario en el libre arbitrio de las partes presentarla entonces ó despues con tal que sea en el término de prueba, si bien teniendo en cuenta que seria muy frecuente y aun lo comun ofrecerla al devolverse los autos, añade que esto es *sin perjuicio de que en el resto del término puedan solicitar cualquiera otra*. A nuestro modo de entender, esta es la verdadera interpretacion de la ley, que

si se separó en algo de la regla que habia adoptado para los negocios de menor cuantía, como efectivamente lo hizo, sería tal vez por la consideracion de que en estos la prueba generalmente es sencilla y sobre hechos recientes, lo que no sucede siempre en los demás negocios cuyas pruebas suelen ser complicadas y á las veces se refieren á hechos que han tenido lugar en tiempos muy antiguos.

Los Directores de la Revista.

DERECHO PENAL.

¿Debe considerarse siempre como circunstancia atenuante la confesion del reo, ó es preciso que concurran en ella ciertos y determinados requisitos?

He aquí una cuestion que se está debatiendo todos los dias en los Tribunales y sobre la que es diversa la opinion de algunas Audiencias.

Es innegable que debe de servir en ciertos casos como motivo de atenuacion esa prueba de arrepentimiento que dá el reo con la confesion y que tanto sirve para la celeridad del procedimiento como para castigo del culpable; pero tambien lo es que no debe de dejarse siempre en manos del delincuente la facultad de librarse de una pena á que se haya hecho acreedor por sus excesos.

Debe darse, sí, cierto aliciente á los reos para lograr sus confesiones, pero es preciso ser muy cauto y circunspecto en concedérsele, porque de otro modo seria dejar siempre en su poder un arma de que podian hacer uso segun mejor les conviniese.

Nuestras antiguas leyes, demasiado severas, no consideraron nunca á la confesion, como causa atenuante del delito, y á pesar de apelar al *tormento* para arrancarla, no creyeron conveniente dar ningun estímulo para conseguirla voluntariamente.

Así se vé que el Fuero Real y las Partidas, despues de enumerar varias clases de *conoscencias*, no dan ningun favor á la confesion espontánea que hace el reo de su crimen, y solo ordenan que se ratifique la dada por este en el tormento y que no tenga ninguna fuerza la prestada por miedo de muerte ó por deshonra.

Este precepto sin embargo pareció demasiado duro, y ya en 1734, habiendo habido un reo que tenia varios cómplices y que se trataban de descubrir, se creyó oportuno por la Sala de Alcaldes el ofrecerle la minoracion de la pena si los declaraba y consultar sobre ello á S. M. que despues resolvió lo siguiente:

«Vengo en conceder la facultad que solicita la Sala para proceder en la causa de N. cumpliendo lo ofrecido, pero en lo sucesivo antes de prometer á los reos en casos de esta naturaleza impunidad ó minoracion de penas, me lo consultará la Sala» (1).

Mas á pesar de un mandato tan esplicito, la práctica encargada de reformar y suplir los actos de legislacion fué poco á poco concediendo cierta *compasion* hácia los reos confesos, é insensiblemente admitió en ella una causa de atenuacion de la penalidad.

Sin embargo, el nuevo Código, conociendo que era arriesgado el establecerla en principio, no se atrevió á determinarla de una manera fija é invariable, sino que solo la apreció para ciertos casos, y con especiales requisitos.

Es verdad que en los mas de los casos en que por el Código se aprecia la confesion, no es solo como un motivo de atenuacion, sino de absoluta disculpa; pero tambien lo es que aun ampliándola á otros, en conformidad con las reglas en ellos establecidas, siempre se encuentra limitada y circunscrita.

Por regla general, la confesion de un reo no es ni puede ser circunstancia atenuante de su delincuencia, por no haberla determinado la ley de una manera *absoluta* y *abstracta*, y solo puede admitirse como tal cuando concurren en ella los requisitos que de aquella se desprenden.

La ley, empapada todavía en los antiguos principios, y no atreviéndose justamente á dar un gran salto, solo aprecia la confesion para el objeto de minorar la pena en los delitos no consumados.

Basta para convencerse de esta opinion lo dispuesto en el párrafo 4.º del art. 4.º para los delitos de proposicion y conspiracion; en el 209 para el de sociedades secretas, y en el 239 para los de falsificacion, en que requiere la circunstancia indispensable de que se haga antes de la emision de la moneda ó documentos.

De todos estos artículos, pues, se deduce, que la confesion solo

(1) Salazar, *Noticias del Consejo*.

puede aprovechar al reo cuando por el delito aun no se ha causado ningun perjuicio, y es como una prueba de voluntario desistimiento.

Otra de las condiciones que, segun dichos artículos, debe de tener la confesion, es que se haga *antes de incoarse el procedimiento*, y sea como una delacion que se hace el culpable á sí mismo.

Digno de toda consideracion debe ser el delincuente que despues de haber cometido un acto criminal se entrega voluntariamente á la espada vengadora de la justicia, y la ley, demasiado sábia, no ha podido menos de participar de este sentimiento, y de ver en aquel hecho un motivo de atenuacion.

Tambien se deduce de los arts. 163 y 209, que la confesion se verifique antes de que el tribunal TENGA CONOCIMIENTO DEL DELITO ó UNA PRUEBA PLENA de su existencia y de la del delincuente.

El art. 163 obliga á todos ejercer un justo espionaje para la conservacion de la sagrada vida del Rey y de su inmediato sucesor, y de él se desprende naturalmente que la confesion ha de ser el descubrimiento de un proyecto de que la autoridad no tenia noticia, para de este modo evitar que los conspiradores lleven á efecto sus diabólicos planes.

Se confirma aun mas esta opinion con lo dispuesto en el art. 259 en. que se dice: que los culpables de falsificacion que se delataren á la autoridad antes de comenzar el procedimiento, quedarán exentos de pena. La ley, si bien ha querido favorecer al reo que con su confesion además de acelerar el procedimiento, quita todas las dudas sobre el delito y el delincuente, no ha podido sin embargo premiar á aquel que, sabiendo existe una prueba completa de su criminalidad, no se obstina en una negativa *infructuosa*.

Y por último otro de los requisitos que debe reunir la confesion del reo, segun los arts. 4.º, 209 y 239 del Código penal, es que sea una *verdadera revelacion* del delito y de sus circunstancias, y no una narracion inexacta de él y de sus accidentes, que destruya en parte su gravedad; porque entonces en vez de dar con ella el criminal una prueba de arrepentimiento, no ha hecho mas que distraer el ánimo judicial y entorpecer la causa con hipótesis que siendo falsas es preciso despues tratar de rebatir.

Se vé pues de los artículos que hemos enumerado, que para que la confesion se aprecie por los tribunales como causa de disculpa de la delincuencia, es preciso: 1.º, que el delito no sea consumado: 2.º, que no se haya comenzado el procedimiento: 3.º, que la autori-

dad no tenga ninguna noticia del delito ni del delincuente; y 4.º, que sea una verdadera revelacion del hecho y de sus circunstancias.

Ahora bien ¿será necesario que concurren conjuntamente todos estos requisitos para que la confesion del reo sea una causa atenuante de su delincuencia?

El **DESISTIMIENTO** de que trata el párrafo 4.º del art. 4.º: el **ESPONTANEAMIENTO** del 209; y la **DELACION** del 239, hacen creerlo así, y manifiestan que la confesion no produciria el efecto de eximir de responsabilidad al reo de cualquiera de estos delitos, si no concurren en ella todas las circunstancias de que hemos hecho mérito.

Pero considerando á la confesion solo como motivo de atenuacion, y aplicando á ella las demás disposiciones del Código, la cuestion no puede resolverse del mismo modo.

La regla 1.ª del art. 9.º del Código penal dice que serán circunstancias atenuantes todas aquellas en que no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, y por consiguiente aplicando esta máxima al caso actual, es indudable que aunque falte alguno de ellos, no por eso dejará de ser la confesion causa bastante para la disminucion de la pena, siempre que no sea de aquellos que la dan su valor intrínseco como son el tercero y cuarto de los que hemos designado.

Es verdad que la ley ha hablado de la confesion de una manera taxativa, y que por lo tanto no debe estenderse á otros casos que á los que ella tiene apreciados con anterioridad, pero si esto es cierto para considerarla como causa de exencion de responsabilidad, no es lo mismo para tenerla como motivo de atenuacion, porque además de ser una regla de derecho *que debe ampliarse lo favorable* y restringirse lo odioso, el precepto que se establece en la regla 8.ª del art. 9.º del Código penal, justifica de una manera suficiente el que se aplique á ella una interpretacion estensiva.

Así pues creemos que la confesion solo será circunstancia atenuante cuando concurren la mayor parte de los requisitos que hemos designado, y de ningun modo cuando independiente de la confesion del reo hay en autos una prueba plena de su delincuencia, y tambien cuando no es una revelacion exacta del delito y de sus circunstancias porque entonces faltan los principales fundamentos de que se deriva.

Telesforo Gomez Rodriguez.

:

DERECHO CIVIL.

CONSULTA.

¿Tiene la mujer capacidad para ser nombrada curadora ejemplar de su hermana ó hermano?

Contestacion.

Con arreglo á los principios de nuestro derecho anterior á la Ley de Enjuiciamiento civil, no tenia la mujer capacidad para ser nombrada curadora como no fuera de su hijo ó de su nieto. Es verdad que las leyes de Partida solamente imponen esta prohibicion á las mujeres respecto á la tutela, pero nunca se dudó que su espíritu era extensivo á la curaduría. Sucede aquí lo que en otras partes del derecho en que las doctrinas que se adoptan en un punto determinado por identidad de razon se aplican á otros. Y esto no sucede solamente en nuestro derecho, tuvo tambien lugar en el romano. Formado este derecho como se ha dicho oportunamente, por aluvion, conjunto de reglas adoptadas lenta y sucesivamente, no podia tener en su compilacion esa precision, ese carácter generalizador, ese método que separando las disposiciones comunes á dos ó mas materias de las especiales á cada una, brilla en los Códigos modernos. Por eso, tratando de la estipulacion comprendió muchas reglas que habian de ser aplicables á todos los contratos por título lucrativo, como tratando del contrato de compra y venta, fijó con relacion á él muchos preceptos comunes á todos los contratos onerosos; del mismo modo al organnizar la tutela, comprendió muchas disposiciones que eran aplicables á la curaduría y al tratar de la curaduría de los menores muchas que se referian tambien á la curaduría ejemplar. Las Partidas, á pesar de su mérito indisputable, no hicieron esta separacion rigurosa: siguieron el ejemplo del derecho romano tambien en el particular; pero sucedió lo mismo que en Roma; nadie dudó de la interpretacion que debia dárseles, y respecto á la curaduría nunca se puso en cuestion que segun la ley solo estaban admitidas á desempeñarla la abuela y la madre, con exclusion de todas las demás mujeres.

Prevaleció por lo tanto con esa sola escepcion el principio de que la tutela y curadoría eran cargos públicos y viriles; y esta regla ha venido rigiendo en nuestra sociedad hasta tiempos muy recientes.

Mas, á pesar de la ley observada siempre respecto á la tutela y curadoría de los menores, empezó á introducirse modernamente una práctica favorable á los incapacitados, que si bien contrariaba al derecho escrito, satisfacía á necesidades de un orden mas elevado que el empeño de sostener en toda su fuerza un principio que desde antiguo venia establecido. Empezóse á dar á los que se incapacitaban como curadoras ejemplares á sus mujeres, si tenian circunstancias adecuadas para desempeñar el cargo; práctica que confiando la guarda del incapacitado á quien, cualquiera que fuese la disposicion de la ley, realmente la desempeñaba casi siempre, á quien mas cariño y mas interés tenia por el infeliz privado de razon, y á quien mas habia de mirar por el bien de toda la familia, señaló al legislador el camino que debia adoptar para la reforma. Pero esta práctica no era general, y casi siempre prevalecia sobre ella el precepto escrito por el legislador.

La Ley de Enjuiciamiento civil realmente no tenia la mision de corregir al derecho civil en el sentido estricto de esta frase, ó como se diria ahora en la nomenclatura que adoptan algunos, las leyes sustantivas: su objeto eran solo las leyes que se referian al procedimiento en los negocios civiles: sin embargo, muchas veces hizo escursiones á aquel terreno, y especialmente en los puntos ligados mas inmediatamente con el procedimiento. No fué el punto á que en el particular alcanzó menos la curadoría ejemplar, en la que hizo cambios importantes. Fué el primero destruir el antiguo principio de que toda curadoría era dativa; la del incapacitado debia ser en adelante legítima primero, y solo á falta de la legítima, podia la dativa tener lugar. Admitió además y dió fuerza de ley á la práctica racional de que las casadas con el incapacitado fueran llamadas á la curadoría ejemplar, y la estendió á las parientas que estuvieran dentro del segundo grado, si bien anteponiendo siempre al padre y á los hijos varones. Solo en defecto de estos curadores legítimos ó en el caso de no tener la capacidad necesaria para el desempeño de su cargo ó de escusarse legítimamente, es cuando entra la curadoría dativa. La ley ha esperado y con razon mas del amor, de la ternura de la mujer, de las hijas y de las hermanas que de parientes varones mas

lejanos, de amigos y de personas absolutamente estrañas á la familia.

Y que el artículo 1245 de la Ley de Enjuiciamiento civil, bajo la denominacion de *hijos* y *hermanos* comprendió á las hijas y á las hermanas, no puede ponerse en duda, porque así lo esplica el artículo 1246 cuando dice que si hay varios hijos ó hermanos sean preferidos los varones á las hembras.

Mas la ley que hizo este importantísimo cambio, admitiendo en la curadoría ejemplar á mujeres á quienes el derecho antes rechazaba, no es aplicable ni á la tutela ni á la curadoría para bienes: en el orden de llamamiento ninguna alteracion hizo para estos cargos.

Los Directores de la Revista.



CONSULTA.

¿Tiene el padre facultad para hipotecar los bienes que el hijo herede de su madre?

DICTÁMEN.

A no asegurárenos que en alguna parte pasa como doctrina corriente que el padre está autorizado para hipotecar y aun para vender los bienes que al hijo han correspondido de la herencia materna, no creeríamos que podia estar sujeto á dudas. Las leyes de Partida no dan lugar, á nuestro juicio, á cuestiones sobre este punto. La 5 del tít. XVII de la Part. IV, al establecer cuáles son los bienes adventicios, ó el peculio adventicio de los hijos, pone como uno de los ejemplos el de la herencia de la madre, y añade que la propiedad pertenece al hijo y el usufructo al padre. La ley 15 del tit. XVIII de la misma Partida solo dá al padre cuando emancipe al hijo el derecho de reservarse la mitad del usufructo y la ley 48 de Toro (3 del tít. V del lib. X de la Nov. Rec.) ordena que el padre restituya los bienes adventicios al hijo ó hija que se case y vele, sin que le quede parte alguna del usufructo de ellos. Es claro, pues, que los bienes correspondientes á los hijos por heren-

cia de la madre, no son del padre, sino de los hijos, que este debe conservarlos, restituirlos en su día, y que por lo tanto no está facultado para enajenarlos, porque nadie puede enajenar lo que no es suyo, ni lo que está sujeto por la ley ó por cualquier acto civil á restitucion.

Ni tampoco puede hipotecar los bienes adventicios, porque como dice la ley 7 del tít. XIII de la Partida V, solo pueden hipotecar los que son dueños ó los que tienen un derecho en la cosa, es decir, que nadie puede empeñar ni hipotecar, mas que aquello que le corresponde. En el caso propuesto, al padre no le corresponde la propiedad; luego es claro que no puede hipotecarla. Mas como tiene un derecho en la cosa, que es el usufructo, este derecho, y no mas, es lo que podrá dar en garantía como hipoteca; pero solo en cuanto á él le corresponde, con arreglo á las leyes, y por lo tanto, tan luego como el hijo ó hija se casen, como el padre pierde el usufructo, concluirá del todo la hipoteca, y concluirá solo en la mitad, en el caso de una emancipacion voluntaria y no legal.

Los Directores de la Revista.

LEGISLACION HIPOTECARIA.

CONSULTA.

1.^a *Estando dentro de los 15 dias del otorgamiento de una escritura de adjudicacion de bienes de una herencia, ¿habrá lugar á la multa del 2 por 100 que parece ser lo que exige un contador de hipotecas?*

2.^a *Habiendo tres interesados en la adjudicacion ¿podrá comprenderse la de todos tres, bajo de un solo testimonio, ó habrá lugar al reintegro de un pliego de papel de ilustres por cada uno, como exige el mismo contador?*

3.^a *¿Puede negarse el contador de hipotecas á poner en el testimonio, nota del dia en que se le presentó?*

4.^a *¿Puede negarse á dar certificacion de esta negativa y de la de toma de razon?*

DICTÁMEN.

Contestare á las cuatro cuestiones: en sentido negativo á las dos primeras; y en sentido afirmativo á las dos segundas.

1.ª Estando dentro de los quince dias despues de otorgada la escritura de adjudicacion, se está en tiempo hábil de la toma de razon; porque los 15 dias marcados por el art. 8.º del Real decreto de 26 de noviembre de 1852, deben contarse, cuando hay particion, desde la fecha esclusiva de la adjudicacion; y por consiguiente no hay lugar á la multa.

2.ª El haber y adjudicacion de los tres interesados en la herencia, no puede comprenderse bajo un solo testimonio, porque cada uno de los partícipes en ella debe tener un título de pertenencia, para acreditar siempre su procedencia, que es la adjudicacion; y con él presentarse cada cual á la toma de razon, dentro de los 15 dias espresados: disposicion marcada en nuestras antiguas leyes, y en la Novísima de Enjuiciamiento civil, art. 491; además de que el comprender hoy adjudicaciones bajo un solo testimonio, seria lo mismo que estender tres instrumentos bajo un solo pliego de papel, en contravencion al art. 63 del Real decreto de 8 de agosto de 1851: no pudiendo subsanarse esto con el reintegro del papel que se exige, porque aunque la Hacienda quedaria indemnizada en parte, resultarian los interesados privados de un título especial y respectivo á cada uno por su haber y adjudicacion.

3.ª El contador puede negarse, en el caso supuesto, á poner la nota que se exige, por no ser un documento hábil para tomar la razon de tres adjudicaciones en un solo pliego.

4.ª Asimismo puede negarse á espedir la certificacion que se pide, porque no hay abuso de la resistencia á la toma de razon; pero no cuando hubiera arbitrariedad en negar la certificacion, ó fuera la negativa sobre abuso cometido por el contador (1).

Manuel Gutierrez Sedano.

(1) Los Directores de la REVISTA están conformes con las opiniones que se emiten, si bien creen respecto al punto cuarto, que aunque no puede decirse que hay falta en el Contador que se niega á dar certificacion, es mas decoroso para él, y mas imparcial el espedirla, espresando las causas por que no ha tomado razon.

SECCION DOCTRINAL.

ENSAYO HISTÓRICO-FILOSÓFICO-LEGAL

SOBRE EL DUELO (1).

(Continuacion.)

II.

EL DUELO EXAMENADO Á LA LUZ DE LAS TEORÍAS DEL DERECHO PENAL.

La legislación no ha estado siempre de acuerdo en el modo de considerar el desafío; hubo un tiempo en que fué un acto indiferente para el poder; gozó de alto favor en la edad media, y en el siglo XVIII las leyes han llegado á castigar á los duelistas con la infamia, la confiscacion y la muerte; merced á las tendencias pacíficas de una generacion profundamente pensadora y agitada por las controversias de la escuela.

¿Cuál de estas legislaciones será la mejor, la que tolera el duelo considerándole siempre como un acto indiferente para la justicia, ó la que siempre le proscribire como un grave delito? Ninguna de las dos.

En el duelo hay que considerar dos cosas; de un lado el acto en sí mismo, la simple provocacion á desafío, su aceptacion, el hecho de batirse sin resultado; del otro las consecuencias materiales de este hecho, las heridas, las muertes que á veces resultan, y que á parte del duelo pueden ser otros tantos hechos justiciables.

Ni en el terreno del poder, ni en el de la ciencia debe prescindirse de esta distincion, porque nunca puede dejarse de distinguir lo que es diverso en el orden de la naturaleza; y diferencia hay á la verdad entre la provocacion á desafío y su aceptacion, entre un duelo concertado y otro llevado; á su término, entre el duelo que no tiene ningun resultado fatal y el que acaba por herirse ó matarse los combatientes.

(1) Véase la pág. 104 de este tomo.

No hay pues que confundir el duelo con sus consecuencias.

Bajo este último punto de vista el duelo es un mal, un suceso lamentable siempre; pero un mal es también la guerra, aunque se haga con derecho, un mal es el suicidio, aunque proceda de un acto de demencia; lamentable es toda desgracia aunque sea producida por el acaso. Se dispara el arma de un cazador, y hiere ó mata á un compañero que ha cometido la imprudencia de salirse de su puesto, y colocarse en una direccion peligrosa; hé aquí un mal material, una catástrofe; perecen en el hundimiento de un terreno los trabajadores que practicaban su escavacion; un enfermo en el delirio de la fiebre comete un homicidio; todo el mundo vé en estos sucesos una desgracia lamentable, una terrible fatalidad, pero no un crimen; la conciencia humana compadece á las víctimas, pero no condena á nadie.

No insistiremos mas sobre este punto, porque esta doctrina corre ya en el mundo sin ningun género de contradiccion ni de duda, y porque además la cuestion es, si aunque no resulten heridas ni muertes hay en el duelo un delito; si en la simple provocacion á desafío, si en su aceptacion, si en el hecho solo de batirse hay una rebellion contra los poderes sociales, una apelacion á la fuerza, una subversion de los principios de justicia, la sustitucion ilegítima de la propia autoridad y de los medios individuales á la autoridad pública.

No hay para qué negar que esta cuestion se resuelve afirmativamente casi por todos los escritores; pero no somos de esta opinion, aunque sea la mas generalmente recibida.

El duelo en nuestra opinion no es siempre un delito. Lo será en mas de una ocasion; lo será siempre que no se funde en un motivo legítimo, porque la aplicacion de este medio seria entonces injustificable, abusiva, y el abuso es siempre un hecho criminal; aunque sea en el ejercicio de un derecho el mas santo y respetable. Lícita es la propia defensa contra una agresion injusta; la libre manifestacion de las ideas por medio de la imprenta es un derecho constitucional; pero si la defensa se lleva mas allá de los términos racionales, ó si el escritor público prostituye su pluma para calumniar infamemente á los demás, descendiendo al terreno vedado de las intenciones ó de la vida privada, ni uno ni otro usan de un derecho, abusan, y se hacen reos de un delito que será mas ó menos grave, segun sus accidentes. Lo mismo sucede en el duelo, y el fundamento de este opi-

nion creemos hallarle en las teorías de la penalidad, en los principios inalterables de la justicia, de la moral y de la ciencia.

Rogamos á los que no piensen como nosotros que no se escandalicen, y que aguarden á juzgarnos despues de haber oido todo lo que tenemos que decir.

Examinemos esta cuestion tan profundamente como mereca.

Que el duelo no tiene todos los caractéres del delito, es evidente para todo el que cerrando los ojos á la luz no quiera desconocer los elementos que constituyen la naturaleza de este hecho moral.

Primeramente la conciencia humana no ha estado siempre de acuerdo en condenar al duelo, y ha condenado siempre al robo, la violacion, el asesinato, el incendio y todos los hechos que se les parecen. ¿Y por qué han repugnado siempre al género humano el robo y otros hechos? Porque este es el privilegio del crimen.

Hagamos alto en esta investigacion de las leyes de la moral.

Toda accion prohibida por las leyes penales de un pueblo será ciertamente un delito legal, y en este orden de ideas el duelo es un delito en donde quiera que las leyes le castigan. Pero la ley no puede convertir en delitos los hechos que no lo son, como no podría absolver como inocentes el robo y el asesinato. Si no ha de ser impotente la legislacion en esta materia, tiene que seguir los instintos de la conciencia humana. Declare la ley que la propia defensa es un crimen, ó que el robo es un acto inocente; el robo será a pesar de esta declaracion un delito, la propia defensa un derecho. Las leyes en materia penal no son ó no deben ser otra cosa que la espresion de lo que siente la humanidad sobre los hechos que sirven de materia á sus declaraciones. La moral condena como un delito el asesinato, y la ley que lo declara tal y que lo pena, no hace más que reconocer este hecho preexistente, y añadir su sancion á las sanciones de la justicia pública, que estan en la reprobacion general, á las sanciones de la conciencia y de la moral, que están en el pesar y en los remordimientos.

La existencia del crimen en un hecho que no repugne á la conciencia humana, es una idea de que no sabemos darnos explicacion, porque la moral no es mas que la ley del espíritu humano. Apélmomos en este punto á los principios y doctrinas reconocidas por todas las sectas filosóficas, por todas las escuelas del derecho. Los utilitarios, lo mismo que los que fundan el derecho de castigar en

el sentimiento de una justicia primitiva, todos convienen en esta idea capital.

La teoría es esta. No todos los actos que condenan la moral y la conciencia son un delito, pero tampoco puede haber delito en un hecho inocente para la conciencia y la moral. Por el contrario, los límites de la justicia humana son mas estrechos; la moral y la religion se mueven en mas ancha esfera, y así es que la justicia social no solo puede ni debe condenar lo que la moral no condena, sino que hay muchos hechos reprobados por la moral que las leyes no deben perseguir criminalmente.

Pues esta es cabalmente la primera especialidad del duelo. Preguntada la conciencia de los duelistas si les persigue el remordimiento cuando han tenido de su parte la razon, cuando han provocado ó aceptado el desafio fundados en un motivo legitimo. Habrán experimentado el pesar, el disgusto que produce siempre una situacion comprometida, y si el duelo ha tenido un término fatal, les habrá quedado la amargura de un suceso doloroso, pero inevitable, por un compromiso que ellos no hubieran deseado jamás, mas el pesar de los remordimientos nunca. Interrogad á la sociedad, á la opinion pública, intérprete de la conciencia comun, respecto de un desafio de los que la opinion misma califica de inevitables por sus motivos, y la sociedad absuelve y sanciona este hecho de honor.

Y no hay que decir que el duelo en general es reprobado por la sociedad misma. En los mas de los casos esto es verdad, porque tambien son pocos los duelos que se fundan en un motivo grave y racional; los mas son hijos de una calaverada ó de una imprudencia, y en tal caso lo que la sociedad reprueba no es el principio, sino su exageracion, es el abuso del duelo; porque la razon pública no puede menos de reprobear la aplicacion de este medio por una causa frívola ó ilícita, no puede menos de reprobear el desafio por moda, las provocaciones de un baratero ó de un espadachín, la mofa insolente de un duelista de oficio. Pero ya lo hemos dicho otra vez; no hay que confundir el abuso del desafio con el desafio mismo, como no hay que confundir las consecuencias lamentables de un duelo con el hecho moral.

Podrá oponerse al razonamiento que vamos haciendo que el mundo se forma á veces ideas equivocadas acerca de la moral por motivos supersticiosos ó por fanatismo, y por consiguiente que la conciencia de la humanidad no siempre será una buena guía.

Esto es verdad limitándolo en su aplicación á épocas y pueblos determinados. Las mujeres persas que tienen la desgracia de perder á su marido se arrojan á la hoguera para seguirle á la tumba; y es tan fuerte allí esta terrible preocupación, que los parientes de la víctima y el pueblo asisten á este tremendo espectáculo como á una solemnidad, á una fiesta. Los autos de fé que ordenaba la inquisición para quemar á centenares los hereges fueron por algun tiempo entre nosotros espectáculos solemnes á que asistían los reyes y los obispos, y un pueblo alborozado que se gozaba en el martirio de las víctimas, sin que la suerte de los desgraciados, ni lo horrible del suplicio arrancasen á la muchedumbre fanatizada ni un suspiro de compasión, ni una lágrima de dolor. Las turbas de jacobinos en la revolución francesa empapaban los pañuelos en la sangre de los que morían en el patíbulo de los revolucionarios, y defecaron la guillotina; pero estas locuras de la razón humana, ó han sido de corta duración, ó han vivido en cortos períodos, ó han estado defendidas por el fanatismo político ó religioso, que es el patrimonio de la multitud y de las masas, y ninguna de estas circunstancias concurre en el desafío.

Primeramente no es el vulgo, no es una muchedumbre supersticiosa y fanatizada la que aplaude y mantiene esta costumbre; es la parte inteligente y pensadora de la sociedad la que se desafía, son las clases altas y acomodadas, son el filósofo y el moralista que le condenan en el retiro de su gabinete, es el mismo legislador que le castiga; tal es su poder, tal su prestigio.

Por otra parte la religión le condena; los gobiernos le persiguen, y sin embargo el duelo, que nació con la invasión de los bárbaros, ha seguido todas las vicisitudes y revoluciones de Europa, ha sobrevivido á los gigantes acontecimientos por que ha pasado esta parte del mundo, y compañero de su civilización en su infancia como en su virilidad, vive aplaudido y triunfante después de muchos siglos.

No es por consiguiente la superstición, patrimonio de la muchedumbre, la que mantiene el duelo, porque la muchedumbre no se desafía; no son las ideas equivocadas acerca de la moral las que han obrado este prodigio, ni le han dado esa inmensa duración; pasaron las persecuciones en nombre de la fé, pasó la hora de los patibulos políticos; nunca las aberraciones del entendimiento humano obtuvieron tal favor y tales triunfos; ese es el privilegio de la verdad, el privilegio de las ideas fecundas, que avanzan al porvenir for-

tañeciéndose en la resistencia, y ganando terreno en cada lucha.

Y en el duelo hay que hacer otra observacion. No solamente no le reprueba la conciencia del género humano, cuando se funda en motivos lègítimos, no solamente le exige y le aplaude la sociedad, sino que es un motivo de merecimiento.

Antes hemos hecho notar que ninguno que sustenta un desafío cuando la razon está de su parte, experimenta pasado el lance la amargura del remordimiento por su conducta. Ahora haremos observar que al contrario es una de las acciones honrosas de la vida, es un título que le recomienda á los ojos de los demás, y ese mismo hombre que se avergonzaría de haber mentido una sola vez, que no querría que se hiciesen públicas sus debilidades, por ejemplo con una mujer, ú otras flaquezas de su vida, no se ruboriza de que se haga público un desafío, sino que si buscó por tal medio la reparacion de un ultraje irreparable de otro modo, lo cuenta él mismo con una noble altivez.

Otra especialidad hay en el duelo. El elemento generador del delito es el principio del mal, y no es el principio del mal el que conduce al desafío. No es un principio de perversidad, no es un interés corruptor, no son las malas pasiones el principio generador del duelo. El hombre de mala índole no se bate; asesina, se vengá; se bate el que se estima á sí propio, el que es incapaz de cometer una villanía, una mala accion. ¿Y cómo ha de ser culpable y reprobado per la moral un hecho producido por un sentimiento de virtud, por las pasiones mas generosas? Porque no hay que dudarlo; para batirse en desafío se necesita mas que valor el sentimiento de la virtud. No hay un hombre que provoque ó acepte un lance de esta especie, como no sea un baratero ó duellista de oficio, que no esperimente disgusto y grave pesar por su situacion; se bate, espone su vida, se conduce valerosamente, pero este es un acto de heroismo; es una víctima que se sacrifica á sí propia en homenaje á las costumbres de una sociedad que así lo exige.

Anticipándonos á las observaciones que puedan hacérsenos, no queremos concluir este punto sin hacernos cargo de un argumento que encontramos en un artículo sobre el duelo publicado en la *Revista semanal de Legislacion y Jurisprudencia* del año de 1844. En este trabajo, escrito sin duda con talento, aunque bajo el imperio de las preocupaciones existentes contra el duelo, hay este párrafo notable. «En el momento en que están los dos que van á batirse enfren-

ste uno del otro, aun cuando el delito no se ha consumado ni aun empezado á ejecutar, hay ya sin embargo uno de los elementos constitutivos de toda intencion criminal, la inmoralidad del agente; inmoralidad por el objeto ó fin: este elemento no puede variarse nó varia con mucha dificultad en el desafío. Lo que sí es variable es el del peligro social, siendo circunstancia mas ó menos agravante para la imposicion de la pena, segun que se haya logrado el objeto ya en todo, ya en parte. En otro delito cualquiera, el hombre que hiera, manifiesta mayor perversidad que el que mata; porque por regla general no lleva en uno y en otro caso la misma intencion. Pero en el desafío todos los resultados que pueda este tener, heridas ú homicidio, preexisten ya en el designio premeditado, en el peligro y azares que ambos contendientes aceptaron. Cuando llegan al sitio convenido, y elegidas armas de fuego dispara el uno contra el otro, ¿hay en realidad alguna diferencia para apreciar la criminalidad de la accion entre que se maten, se hieran, ó se lision? No, porque la intencion era la misma.»

A juzgar por lo que se deduce de este párrafo, aparte de las consideraciones á que dan lugar los que le preceden, se vé claramente que su autor se propuso demostrar que en el desafío por lo menos hay un fin inmoral, porque hay intencion de matar, y esta no puede ser nunca legitima; lo cual no deja de ser una grande equivocacion. La intencion de matar no puede calificarse de inmoral por sí sola, porque no lo es en sí misma, del mismo modo que el acto de matar á otro, el homicidio consumado puede ser un acto inocente. Intencion de matar tiene el soldado de una batalla; intencion de matar tiene sin duda el propietario que defiende á escopetazos su casa contra los malhechores que la asaltan, y á fé que no cometen un acto inmoral. Para que haya perversidad en la gente, para que haya inmoralidad en la accion, para que exista este primer elemento constitutivo del crimen no basta la intencion de matar á otro; es menester que la intencion en sí misma sea inmoral por sus motivos, por su objeto.

Fuera de que no es cierto que en el desafío haya intencion de matar. Las cosas pueden tener este término, pero no es este su principal objeto; su fin es la defensa y la reparacion del honor, y así es que no hay quien después de satisfecho este, antes ó después de batirse, no alargue generosamente la mano á su rival, y no se felicite de que el desafío no haya tenido otro resultado. Otra prueba

ha mas de que no es la venganza, no es esta mala pasion la que motiva el duelo. Mas adelante volveremos sobre esta idea.

Pues todas estas singularidades tiene el duelo en su abono, y estas singularidades se deben á algo. Todas estas diferencias entre el desafio y los otros delitos son fenómenos dignos de observarse y de que la filosofía se ocupe de explicarlos. Es tiempo de que no se condene el duelo porque otros le han condenado, de que la ciencia deje de ser pueril y rutinaria, y de que se medite algo mas de que se dice sobre esta materia. En el mundo las cosas no suceden por milagro. Todo lo que en él pasa es porque no puede menos de pasar conforme al orden inmutable de la creacion, por más que nos parezca un fenómeno, y las especialidades del duelo tienen sin duda su razon en alguna ley del mundo moral, que no se ha acertado á descubrir, porque se le ha juzgado siempre con prevención.

Resueltos á decir nuestra opinion, aun á riesgo de atraernos las censuras mas amargas, nosotros atribuimos todos estos fenómenos á que el duelo en principio no se puede condenar. Esta es por lo menos nuestra firme conviccion. Cuando se provoca por una de esas ofensas que de otro modo en la opinion no admiten desagravio, el desafio es tan legitimo como el derecho de propia defensa. Veamos de probar este aserto.

Todas las legislaciones reconocen como principio que el que causa un mal en defensa de su persona y derechos no cometió ningun delito, y no hace mas que usar de un derecho suyo. En esto están conformes todos los códigos antiguos y modernos, el Fuero-Juzgo, las Partidas, los códigos estranjeros. La propia defensa no es solo un motivo de excusa, es una causa de completa esculpacion. El viajero que defendiéndose de un bandido le hiere ó le mata, no es delincuente ni poco ni mucho; á pesar de las heridas ó de la muerte, no es reo de heridas ni de homicidio: ¿Y porqué la legislacion declara que aun el matar á otro en defensa propia es un acto legitimo é inocente? Porque el poder de la sociedad, ni el de las leyes bastan en el caso de una injusta y repentina agresion para defender al individuo atropellado; y á donde la sociedad y los poderes públicos no alcanzan, nada mas conforme á las buenas doctrinas, á la moral y á la justicia que autorizar la propia defensa, pues otra cosa seria absurda, seria hacer mejor la condicion del injusto agresor que la de su víctima.

La teoria social es esta. En la sociedad el hombre no es ni debe

ser el juez en su causa; el hombre no venga sus ofensas por su mano, ni se hace justicia de propia autoridad. La sociedad toma por su cuenta su desagravio, se apodera de los hechos, decide, juzga, y satisface á la justicia, no á la venganza. De otro modo para nada servirían los poderes públicos; esta es la diferencia entre el estado salvaje y el estado social, pero esto no esterba para que allí donde no basta el poder de las leyes y de la sociedad para defender á los individuos, el hombre se defienda por sí propio. En suma el derecho de defensa no tiene otra razon ni otra esplicacion que la impotencia de las leyes para proteger á los asociados en todos los casos posibles. Si el poder pudiera hallarse en todas partes, en todos los momentos y en todas las situaciones para defender la persona del hombre ó su fortuna, la propia defensa no sería lícita, y así es que al mismo que se defiende de un ladrón y puede matarle en el acto, no le es lícito tocarle ni herirle desde el momento en que interviene la fuerza pública, para los golpes del agresor, ó asegura su persona.

Mas un poder público, un gobierno que pueda defender á los asociados en todos los momentos y en todas las ocasiones no es posible; sería menester una escolta para cada individuo y muchas veces no bastaria. Concíbase el gobierno mejor, el país mejor administrado, en donde la seguridad individual tenga mas garantías; figúrenos que los agentes del poder se estienden por todas partes como un campamento sobre el mismo; todavía los individuos se encontrarán muchas veces en el caso de no contar para su defensa mas que con los medios propios. De aquí el que las leyes, de acuerdo con la moral, que manda al hombre como un deber su conservación, eleven á la categoría de los derechos humanos la defensa individual, siempre que no sea dable la apelacion á la fuerza pública. *Esra es su solo origen.*

Hagámos la aplicacion de estos principios á la cuestion que nos ocupa. El hombre no es un ser puramente material y físico, es un ser racional é inteligente, es además un ser moral, y esta última condicion es la que mas le ennoblece y le distingue. El hombre por consiguiente puede ser ofendido físicamente en su persona y moralmente en su reputacion; y si tiene derecho para defender su persona y sus bienes contra una injusta agresion de que no basta á defenderle el poder social, ¿por qué no ha de serle lícito defender su propia dignidad contra cierto género de ultrajes en

que no hay que esperar el desagravio de la defensa de las leyes?

Para un hombre honrado es mas estimable su reputacion que su fortuna, y mas que su vida, si esta ha de conservarse sin dignidad, á precio de humillaciones y de afrentas. La fortuna puede repararse, la vida puede perderse gloriosamente muriendo como los mártires ó como los héroes; pero el hombre deshonrado, envilecido, que una vez consiente en su degradacion, no se rehabilita nunca. El primer deber moral y religioso del hombre es el de su conservacion; pero un deber mas alto es el de defender la dignidad de su ser, si ha de responder á los altos fines de la Providencia.

Una vez que esto no pueda negársenos, el terreno de la discusion se estrecha de raciocinio en raciocinio; y la cuestion queda reducida á estos breves y sencillos términos: ¿ALCANZA EL PODER SOCIAL Á DEFENDER LA DIGNIDAD HUMANA EN TODOS LOS CASOS? No ciertamente, como no alcanza en todos los momentos y en todas las situaciones á defender la persona del hombre y sus bienes. Una buena ley de injurias, que es el *desideratum* de los adversarios del duelo, no bastará nunca á este propósito. Podrá contribuir á hacer menos frecuentes los lances personales una legislacion que sea en esta parte severa y filosófica, pero hay injurias que arrojan una mancha indeleble sobre el hombre que las sufre, y que no bastarian á borrar los castigos mas severos.

Y ESTA ES LA CUESTION PLANTEADA EN SU VERDADERO TERRENO. Como no se nos pruebe que el hombre puede hallar en los tribunales satisfaccion para todos los ultrajes posibles; mientras no se nos convenza de que la sociedad, que no basta á defender al hombre material en todos los momentos y en todas las situaciones, alcanza, sin embargo, á defender al hombre moral, el que para defender su dignidad y su honor apela al duelo, no hace mas que usar del derecho de propia defensa, como el que rechazando á un asesino que le amenaza con un puñal, le dispara un pistoletazo al corazon.

Pues á decir verdad no conocemos ninguna legislacion que tenga suficientes medios de reparar cierto género de ultrajes, ni creemos que pueda haberla.

Supóngase un marido á quien se tratase de ridiculizar públicamente poniendo en duda la fidelidad de su mujer. ¿Salvaria su deshonor acudiendo á un tribunal de justicia para que se condenase al insolente provocador á que se desdignara? ¿Y con qué pena castigaria la ley suficientemente una provocacion de tal especie? El marido

que tal hiciere se haría para los demás un objeto de menosprecio, merecería su deshonra y tendría que abandonar una sociedad que no le perdonaría su cobarde conducta, ó las burlas picantes y malignas que habría de sufrir, porque todos se le atreverían, acabarían por condenarle á la desesperacion ó al aislamiento. Figurémosnos también un militar á quien se le provocase llamándole cobarde y dándole públicamente una bofetada. Y estos son agravios bien comunes. Recordamos un juicio por injurias en el que un hombre que había tenido la insolencia de ultrajar á una jóven soltera, se atrevió á sostener delante de un juez la verdad de sus dichos, añadiendo para probarlos todas las circunstancias que podían dar á los hechos mas apariencias de verosimilitud. Recordamos otro suceso mas grave todavía. Una persona de calidad debia casarse con una jóven de una distinguida familia, y cuando estaba para ajustarse definitivamente la boda, hubo quien en medio de un café se atrevió á decirle que su prometida esposa habia tenido ya el honor de ser madre. Y queremos que se nos responda si hay suficiente poder en las leyes para defender el honor contra calumnias de esta índole. Considérense las consecuencias de un juicio en el que un jóven insolente tiene la audacia de sustentar que él mismo ha recibido los últimos favores de una mujer, y calólese tambien la vindicacion, la defensa que puede hallarse en las leyes contra la última infamia que hemos referido.

Como los casos propuestos hay mil posibles, y en todos la legislacion, los tribunales y los poderes públicos reunidos son nulos para el bien, impotentes para la defensa y reparacion del honor ultrajado, mas nulos aun para evitar las consecuencias del mal inferido por la maledicencia ó la calumnia. La cuestion, pues, está resuelta: **A DONDE EL PODER SOCIAL NO ALCANZA PARA DEFENDER LA DIGNIDAD HUMANA, LA DEFENSA INDIVIDUAL NO ES SOLO LÍCITA, SINO QUE ES EL USO DE UN DERECHO.** No puede contestarse la verdad de esta teoría.

Al llegar á este punto, sin embargo, nos sale al paso otra cuestion que necesitamos resolver, si no ha de ser tiempo perdido el que hemos empleado en la demostracion de nuestros principios; porque puede preguntárenos: ¿quién asegura que el duelo es el medio á propósito de lavar el honor en todos los casos y de reparar los ultrajes para cuyo desagravio sea ineficaz la legislacion y sean impotentes los poderes públicos?

Parece absurdo, en efecto, que se comience á la punta de una

espada ó al disparo de una pistola la defensa del honor y de la dignidad humana, porque al término del combate, después de todo, se nos dirá, no será menos honrado el vencedor, ni será menos honrado el vencido, y la razón estará del mismo lado que antes de haber comenzado la lucha. Aceptamos este argumento de los adversarios del duelo sin debilitarle, y vamos á darle la más cumplida contestación.

Sería respuesta cumplida decir, si quisiéramos ahorrarnos el trabajo de una discusión más empeñada, que el mundo por lo menos cree que el duelo es el único medio de borrar una afrenta y de salvar el honor manchado, y que por errada que sea esta creencia, basta que la opinión se haya pronunciado en este sentido para que no pueda salvarse de otro modo, para que no pueda ni deba apelarse á otro medio, pues la reputación depende del juicio de los demás, y mientras la sociedad no tenga otras ideas acerca del honor y su juicio no varía, no hay más que someterse á su imperio. Pero no queremos atrincherarnos en este argumento, sin embargo de ser todo poderoso, porque lo peor de todo es que la sociedad tiene razón, y que su opinión en esta materia, su modo de juzgar es el más natural, el más propio de nuestras costumbres.

Ciertamente cuando el desafío tenía por objeto la decisión de una querrela como entre los bárbaros, la terminación de una contienda judicial como en la edad media, tenía algo de absurdo, porque no es á estocadas como se encuentra la verdad ni la razón; pero el duelo en nuestra edad ha cambiado de condición, como han cambiado las condiciones del valor y las condiciones de los tiempos; el desafío se ha civilizado. No es ya su objeto probar quién tiene razón en un juicio, ni la decisión á estocadas de una querrela. No es tampoco su objeto la venganza, la satisfacción de esta mala pasión. ¿Se quiere una prueba de esta verdad? Obsérvese la feliz terminación que tienen los duelos. Antes en los desafíos que no acaban satisfactoriamente antes de llegar á batirse, porque el encarnizamiento de los combatientes, ó circunstancias desgraciadas hacen imposible un acomodamiento anterior, sucede siempre que á las primeras cuchilladas, á los primeros disparos de la pistola no se oiden, el honor se considera satisfecho y el asunto queda concluido. No es que en el desafío moderno lo que se proponen el que le provoca, como el que le acepta, no es matarse uno á otro; es otra cosa la que se busca; es la satisfacción de la dignidad ofendida; es la reparación

ción de una afrenta que sería irreparable de otro modo que acreditando el agraviado en un lance personal que no merece la humillación por que se le quiere hacer pasar, puesto que tiene valor para arrostrar la muerte antes que faltarse á sí propio, antes que tolerar cobardemente el insulto y la deshonra.

Y en este sentido el desafío moderno llena cumplidamente su objeto. ¿Qué otra prueba, qué otro medio queda al calumniado de borrar las manchas que la calumnia ha echado sobre su frente? Moralmente ninguna que sea tan satisfactoria como el duelo para la sociedad y para la razón, porque el mundo se hace el siguiente raciocinio. El hombre calumniado que sufre con paciencia la injuria y que no contesta ó castiga con su mano al ofensor, parece que merece su deshonra, pues quien en tal ocasion se porta de tal modo, no es extraño que se suponga que no se habrá conducido mejor en tal otra. Por el contrario quien se ofende vivamente, el que se muestra celoso de la estimacion de los demás, y se espone á un pistoletazo en el corazón por conservarla, de seguro la tiene y la merece; por lo menos pone de su lado todas las presunciones, y su conducta en un caso dado, prueba bastante á su favor que no es un hombre malo, capaz de las villanías que se le atribuyen.

Esta es la principal virtud del desafío moderno; esta es la diferencia que hay entre el duelo en nuestros días y el duelo entre los bárbaros, y en la edad media; y ya lo hemos dicho otra vez, la sociedad exigiria sin razon que un hombre se aventajase en cualidades físicas, porque á su pesar podian faltarle; pero lo que es im-perdonable es que le falte valor, esa fortaleza de ánimo, esa audacia natural de su sexo que establecen su superioridad y su destino en la naturaleza. Queremos que se nos entienda bien. No es ese valor temerario de las batallas, que se enciende con el humo de la pólvora, entre el polvo de las evoluciones y el estrepitoso estruendo de las armas del que aquí hablamos, no es tampoco el valor del furor ó de la ira, sino ese valor conciliable con la prudencia y aun con el miedo disimulado, que nace de un sentimiento de pudor y de dignidad, sin el cual el hombre sería nulo para la virtud, nulo para las pasiones generosas, nulo para su patria, porque el que no se estima á sí mismo, el que prescinde de la opinion que de él forman los demás, y en un momento crítico de su vida se conduce como un egoísta ó como una mujer, podrá ser un miserable ó un malvado, pero nunca un hombre virtuoso, ni generoso, ni honrado, ni justo.

El valor en este sentido es la mas alta condicion humana, es la fuente de todas las virtudes y de todas las grandes acciones. Nada ha habido grande y generoso en el mundo que no se deba á ese sentimiento íntimo de pudor y de decoro que es instintivo en el hombre, que no está envilecido y degradado por bajas y malas pasiones. El valor de esta clase en el hombre es como el pudor en una mujer; el ser desgraciado que careca de esta cualidad es una degeneracion de su especie. Mándese á un hombre de esta clase batirse y morir por su patria; mándesele que á imitacion de los senadores de Roma tenga el valor círico de su puesto y responda con una impotente dignidad á la insolencia de los galos; mándesele que se conduzca como BAILLI en el famoso juego de pelota. El sentimiento del propio deber es el único que puede producir el valor de esta clase, y el desafío es hijo siempre de este sentimiento, cuando se provoca ó acepta con justa causa.

Dedúcese de todo lo dicho que el duelo puede ser alguna vez tan legítimo como el derecho de defensa. Mientras no basten las leyes á defender al hombre de todos los agravios, el duelo no es mas que la defensa del honor; hasta donde el poder de las leyes alcance, el duelo es ilegítimo, es mas, es un resto de salvajismo y de barbarie; á donde el poder de las leyes no haste, el duelo es un derecho que no es cierto que condene la moral, que no deben castigar las leyes. No se confunda el duelo con los abusos del duelo; tambien se abusa del derecho de defensa; todos los principios llevados á la exageracion son un mal, la libertad es una licencia, la obediencia puede ser una degradacion, un envilecimiento:

III.

INFLUENCIA DEL DUELO SOBRE LAS COSTUMBRES.

Hemos considerado el duelo en su origen y en sus fundamentos; le hemos considerado en sus relaciones con la justicia y la legislacion; nos falta juzgarle en su relacion con las costumbres. Si el duelo se recomienda bajo el primer punto de vista; si reducido á sus justos y naturales límites es muchas veces justificable bajo el segundo, bajo el último aspecto el duelo es un progreso moral de los tiempos modernos.

La severidad de las costumbres entre los antiguos se mantenía fácilmente por los inflexibles principios é instituciones en que des-

causaba la organizacion de aquella sociedad. En Esparta, y aun en Roma bastaba para mantener las costumbres *la constitucion dada á la propiedad y á la familia*; en la destruccion del imperio *el influjo saludable y civilizador del cristianismo*, y *la ruda pero noble altivez* de los pueblos que se alzaron sobre sus ruinas; en la edad media *el espíritu caballeresco y la fuerza del entusiasmo religioso*; y en dias mas próximos á los nuestros ese mismo *espíritu religioso* por una parte, y por otra *la fuerte organizacion del poder público*.

Hoy todos estos elementos han desaparecido. Al principio de autoridad y de fé ha reemplazado el espíritu de discusion y de duda, las creencias religiosas se han debilitado, el entusiasmo y las pasiones generosas han cedido su puesto al interés, á los gozes materiales, al positivismo; y los maravillosos adelantos en las ciencias físicas, las prodigiosas invenciones del espíritu humano, los vapores, los caminos de hierro, las sociedades mercantiles, ese estado de comunicacion en que viven todos los pueblos, han producido tal confusion y mezcla en las ideas, que unido todo á la nivelacion de las clases por el ensanche que se ha dado al círculo de los derechos políticos, el mundo parece marchar á convertirse en una nueva Babel, en que perecieran todos los estímulos de la virtud, todos los sentimientos generosos, si al hundirse la antigua sociedad con todas sus instituciones no hubieran aparecido como un fenómeno salvador un instinto de pudor y de decóro propio y esclusivo de nuestros dias. A falta de la severidad de las antiguas repúblicas, á falta del heroismo y abnegacion de los tiempos primitivos, en la debilidad de las creencias religiosas, en el aniquilamiento del principio de autoridad, á falta, en fin, del espíritu caballeresco de otras edades, domina en las sociedades modernas un sentimiento de decencia, de dignidad y de orgullo individual, que es *el genio bienhechor, la ley providencial de nuestro siglo*. Si en los pueblos modernos (dice un aventajado escritor) «hay los mismos vicios y debilidades que en otros tiempos, se encubren al menos bajo el velo del pudor y del decore.»

Así, pues, la grande obra de los gobiernos debe ser mantener vivos estos sentimientos de nuestra edad, y no proscribir absolutamente el duelo, ni las demás costumbres que en ellos se fundan, sino dirigir las, regularizar las, porque si bien conviene contener el principio en su desborde, en su exageracion, no el aniquilarle de todo punto.

Y los gobiernos en esta obra no deben detenerse por la resistencia que en un principio pudieran oponer vulgares preocupaciones, porque la opinion ilustrada despues vendria á hacerles justicia. Ni es tanto lo que puede tener el duelo de repugnante en una sociedad, que por una parte le acoge y le exige imponiendo de hecho este sacrificio á sus individuos, y por otra parece reprobarle en sus leyes y en sus libros.

Fuera de que las instituciones mas repugnantes al parecer y mas inúcuas constituyen á veces toda la fuerza de la sociedad y de los poderes públicos. El derecho de vida y muerte que tenian los romanos sobre sus hijos; la omnipotente autoridad del jefe de la familia, la perpétua tutela de sus mujeres, la insolente altivez del patriado, la esclavitud misma, los delirios de sus filósofos, todas estas instituciones y costumbres que nos parecen hoy tan infuadas, eran los fuertes elementos con que aquella sociedad defendia sus costumbres contra el influjo maléfico de una religion, que si por una parte era á propósito para producir los guerreros y los héroes; no hacía concebir la idea de la divinidad, sino por la exageracion de las malas pasiones y por las fábulas torpes del paganismo y la mitología; contra el influjo maléfico de una religion, que sin aquellos elementos de resistencia habia de producir necesariamente, como sucedió mas tarde, los ménstruos de locura y de ferocidad que mancharon la púrpura y que á manera de grandes figuras nos revelan el inconcebible onismo de una generacion que partía su vida entre el circo de los gladiadores, y las liviandades de las cortesanas y de los príncipes.

SIEMPRE LA DEGRADACION DEL GÉNERO HUMANO SE SUCEDE EN LOS PUEBLOS A LA PERDIDA DE LAS COSTUMBRES BUENAS Ó MALAS QUE NACIERON CON SU CIVILIZACION, Y QUE SE MANTUVIERON Y ATRAVESARON CON ELLA LOS SIGLOS.

Que los hombres pierdan en nuestra edad ese sentimiento de poder y de decoro que les hace buscar una satisfacion en el desafio, que el duelo y otras costumbres que se le parecen, porque tienen el mismo fundamento y origen, desaparezcan enteramente, que la legislacion consiga proscribirlas; y que la sociedad se defienda despues contra una civilizacion egoísta, contra un siglo de desmoralizacion y de hierro, contra la dispersion de la familia, contra ese terrible nivelador que parece anegar al mundo; que se haga despues un llamamiento á los ciudadanos para defender la libertad y la patria; que se hable á nuestra generacion de entusiasmo, de naciona-

lidad y de independencia; la imaginacion se pierde en la contemplacion del porvenir si tal sucediera. Por fortuna el mundo se ha salvado siempre por sus instintos, á pesar de los errores de los gobiernos y de las declamaciones de una filosofía limitada y mezquina en sus tendencias como en su espíritu.

Y si prescindiendo de tan altas consideraciones examinamos la cuestion en un terreno menos elevado, tendremos lugar de observar que el influjo benéfico del duelo se hace sentir de tal modo en nuestra sociedad, que él podrá ser una preocupacion, una aberracion del entendimiento, pero es una preocupacion que los gobiernos no deben condenar apasionadamente y sin exámen.

La desaparicion de esta costumbre produciria desde luego un grave mal, el de volver su imperio á la fuerza bruta á espensas de las personas de físico débil, pero no de cobarde y apocada condicion, que es la diferencia entre el salvaje y el hombre civilizado; y esto significaría el retroceso del género humano y una verdadera reaccion en las costumbres de la Europa. Los individuos dotados de grandes fuerzas suelen ser insolentes y audaces. Su misma superioridad en esta parte les inspira cierta altivez, cierto desprecio hácia los demás que les conduce fácilmente á abusar de estas ventajas; y como es muy débil el freno que las leyes pueden oponer á tales violencias en que no suele correr la sangre, solo el temor de un desafío puede contener estos ímpetus de la ira y del carácter (1).

Si el duelo desapareciera de nuestras costumbres, no es fácil calcular lo que sucedería en una sociedad que vive en medio de los espectáculos, de los saraos y las fiestas, en donde el refinamiento de la civilizacion hace tan necesarios los buenos modos, los miramientos hácia los demás, los mútuos y recíprocos respetos, en donde una falta ligera, una chanza puede convertirse en un grave insulto, ó tomar las formas y el aire de una desvergüenza. Figurémonos hallarnos en una de esas grandes reuniones que son el entusiasmo y la delicia de las clases ricas y acomodadas; en esas reuniones que tienen por principal objeto la satisfaccion de la vanidad por medio del lujo y la ostentacion de todos géneros, á las que con-

(1) Gentes hay que á la menor contradiccion contestan con una bofetada. Alguna persona conocemos que ha tenido mil lances de esta especie; y el solo arriago, el compromiso de un duelo que no se llegó á realizar produjo en él tal efecto, que hoy es un hombre prudente y racional; puede decirse que el desafío le ha civilizado.

curren personas de uno y otro sexo, y gentes de toda edad, la juventud inconsiderada, el hombre de mundo y de negocios, el militar y el capitalista, el tribuno ambicioso y el hombre de gobierno; y en las que por consiguiente la galanteria, las intrigas amorosas, las burlas, las rivalidades de toda especie y hasta las pasiones políticas tienen su entrada y su puesto. ¡Cuántos lances desagradables, cuántas palabras imprudentes y atrevidas vendrian á turbar estas fiestas, si en el choque de tantos genios mas ó menos turbulentos, de tantos intereses y pasiones, el temor de provocar un desafio no fuera un poderoso retrayente!

Contribuyen mucho, es verdad, á que esto no suceda otros motivos de gran peso; no queremos atribuir solo al duelo la virtud de mantener el órden en esas reuniones de la alta y buena sociedad, porque no estamos tan ciegamente apasionados por esta costumbre como otros lo están en su contra; contribuyen muy principalmente el carácter y la educación de las personas que concurren á tales fiestas, contribuyen los hábitos de cortesana, esas fórmulas delicadas de la etiqueta, que las gentes vulgares suelen apreciar en poco porque no las comprenden; contribuye mas que todo el sentimiento de reprobacion general de que se hace objeto la persona que por desgracia incurre en una inconsideracion, en la menor falta de miramiento, pero no contiene menos el duelo.

La seguridad de esponerse á pasar por un lance en que es posible recibir un pistoletazo ó una estocada, es el contentivo mas poderoso para los hombres de violenta y altiva condicion. A no ser por este temor los escándalos de esta clase serian frecuentes como lo son por desgracia en las reuniones de la muchedumbre que no tiene el hábito del desafio, ni siquiera comprende los sentimientos de que este procede. Asi se vé que en las férias, en las romerías, en las tabernas; en donde quiera que se agrupa y reune la multitud, las gentes se insultan y mortifican de mil modos, se hacen las afusiones mas picantes, se cruzan las chanzas mas groseras, y si á pesar de eso alguna vez las cosas no pasan de aquí, porque todo se atribuye á una ruda y natural franqueza, lo comun es que estas funciones acaban por navajadas, por asesinatos y otros excesos, que por cierto no son mejores que el duelo.

Y no es solo en estos lugares de recreo en donde el temor de un desafio posible sirve de contentivo y de freno. En el ancho campo de las instituciones, en las mismas regiones del poder contribuye á

mantener el decoro y el respeto. El duelo contiene y moraliza la prensa, y hace que sean menos violentas las lides de los parlamentos; y esto solo puede apreciarlo quien haya sido periodista ó diputado alguna vez, ó quien considere hasta qué punto ciegan á los hombres políticos el espíritu de partido, el calor de las discusiones, el triunfo ó la derrota de una votación, en que vá empeñada la suerte de una bandería ó de un ministerio.

El duelo tiene por último la virtud de aniquilar el espíritu de venganza y de apagar todos los ódios. Por grave que haya sido la ofensa recibida, los que se baton en un desafío se largan generosamente la mano al concluirse la lucha, y después del combate nó saben aborrecerse, porque en este momento grave y solemne para ambos ha encontrado cada cual mejor á su contrario, han aprendido á estimarse, y se han visto uno y otro dignos de sí mismos. Preguntad á los dos hombres mas implacables que hayan desahogado su furor y sus iras en un duelo, y aunque se hayan herido, aunque haya estado en grave peligro la existencia de uno de ellos, el mismo furor del combate hace mas íntima su union y su amistad al otro dia. ¿Será el desafío tan inmoral y tan malo cuando inspira esa nobleza de sentimientos, y así eleva el alma sobre las pasiones mas ruines?

Por el contrario los ódios se perpetúan entre dos rivales que no se han batido. Por insignificante que sea el motivo de una desazon ó de una incomodidad con un individuo, cuando por medio del duelo no se ha llegado á una decorosa satisfaccion, queda siempre un amargo recuerdo de la ofensa, que se renueva cada vez que las dos personas vuelven á verse, y lo peor es que se perpetúa y parece crecer con la distancia del tiempo, á proporcion que el dia del agravio se aleja. Pocas personas hay que no tengan un testimonio de esta verdad en su conciencia. Pocos son tan felices en la amistad, en las relaciones de familia y en todos los negocios de la vida que no pisen por alguno de esos ratos amargos que son siempre el resultado de una contestacion acalorada é imprudente. Si han llegado á las manos ó han estado á punto de batirse, estos disgustos pasan sin dejar rastro ni huella para lo venidero, y la amistad se afirma y rejuvenece; pero si las cosas han sucedido y no ha mediado una satisfaccion decorosa, la ofensa mas pequeña se convierte en grave, y nace el espíritu de venganza, y tal vez se llega á otro crimen para satisfacer esta mala pasion.

Las mujeres que riñea una vez, aunque sea por nada, se aborrecen perpetuamente. En las aldeas y en las clases últimas de la sociedad que no se conoce el duelo, se observa el mismo fenómeno, y de aquí las heridas en quimera, el asesinato, el envenenamiento, el incendio de mieses, etc.

Los anales del foro nos confirman en esta opinion. En la edad media, que el duelo era frecuente, el envenenamiento y la alevosía ocupaban rara vez á los tribunales, mientras que en la Italia moderna, en la Francia de nuestros dias se suceden y multiplican con horror los crímenes de esta especie.

Y los gobiernos no deben perder de vista todas estas consideraciones. A los hombres hay que juzgarlos como son, con sus pasiones buenas y malas. El duelo será una costumbre tan mala é inmoral como se quiera, pero hay que escojer entre él y el asesinato, las muertes en quimera, el envenenamiento, etc.; hay que escojer entre estos crímenes que personifican la fuerza brutal ó la alevosía, y el duelo, que aunque no sea un bien, tiene su fundamento en instintos mas nobles y elevados.

IV.

RESÚMEN.

Se condena el duelo como una preocupacion, y no se repara en que es mayor preocupacion todavia condenarle ciegamente. Se escribe contra el desafio bajo el imperio de las impresiones dolorosas que producen las heridas, las muertes, que algunas veces son el término deplorable de este combate personal; se cuentan estos lances desgraciados, y no se tienen presentes los crímenes que evita el influjo benéfico que ejerce en las costumbres de las sociedades modernas.

Mis convicciones sobre la materia son las siguientes:

- 1.ª El duelo fué un progreso en los dias de su aparicion.
- 2.ª El duelo descansa en un sentimiento de dignidad individual mas poderoso que las leyes represivas, mientras no cambien los elementos de la actual civilization.
- 3.ª El duelo es un suceso lamentable siempre, pero no siempre es un delito; muchas veces es el desagravio posible y legítimo de cierto género de ultrajes que el honor no permite perdonar y en cuya reparacion las leyes se mostrarían absurdas é impotentes.

:

4.º El duelo en nuestra edad, á falta del entusiasmo generoso y de los instintos heróicos de otras épocas, es un progreso moral que defiende á las sociedades y las costumbres contra una civilizaci6n egoista, y que contribuye á impedir la completa degradaci6n del género humano en este siglo *sin grandes virtudes y vacilante en sus creencias*.

Por último, no pretendemos que el duelo se santifique. La religi6n le condena, la Iglesia le anatematiza, y nosotros no solo aceptamos su fallo, sino que nos sometemos á él en esta parte; pero la moral y la conciencia religiosa son mas severas que la moral natural y la legislaci6n. La religi6n exige del hombre una abnegaci6n sin límites, el sacrificio de sus buenas y malas pasiones, una penitente resignaci6n, el heroismo, el martirio, porque sus fundamentos son la expiaci6n, una virtud austera y absoluta y la bienaventuranza; y no es este el terreno de la legislaci6n y de la ciencia, ni la moral natural, ni las leyes, y menos estas últimas descansan en iguales principios. En buen hora que la legislaci6n no eleve el desafío á la categoría de un derecho humano; no pretendemos tanto; pretendemos tan solo que los moralistas y filósofos no le condenen rutinariamente, que la legislaci6n y los gobiernos no le proscriban sin criterio ni resultado, pedimos que las leyes le toleren en cuanto son impotentes para estirparlo.—(Se concluirá.)

Cirilo Alvarez.



DE LOS ACTOS JUSTICIABLES DE LOS ECLESIASTICOS.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

DICTAMEN FISCAL

en que se deslindan los actos de los eclesiásticos que son justiciables por la jurisdicción civil, de los que no pueden caer bajo la potestad de ésta (1).

El Fiscal dice: Que publicada la ley de 1.º de mayo de 1859 poniendo en venta las propiedades del clero, algunos vecinos de A...; como los de otros muchos pueblos, procedieron, ya á rematar en subasta las fincas, ya á redimir censos que gravitaban sobre sus propiedades. Nuestro Episcopado, en esta ocasion, como en otras, dió un ejemplo insigne del espíritu evangélico que le anima, y después de haber acudido al poder temporal manifestando las disposiciones canónicas en la materia, y los deberes que estas le imponian de levantar su voz para defender los derechos de la Iglesia y la integridad de su propiedad; cuando la ley se acordó, á pesar de sus protestas, solo se ocupó de prevenir y de alejar conflictos peligrosos, de evitar cuanto pudiera afectar al orden público, y de cubrir con su manto de caridad á aquellos mismos que entrasen á ocupar los bienes eclesiásticos de que así se disponia. A este fin los Obis-

(1) Publicamos el dictámen evacuado por el Sr. Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, en una cuestion de deslinde de jurisdiccion entre la autoridad civil y la eclesiástica, como lo hacemos despues de otro dictámen, emitido antes por la misma Fiscalia, á que dieron lugar causas parecidas á las que promovieron el espediente á que hace relacion este informe. Aunque en la REVISTA damos cabida á todas las opiniones, y mucho mas cuando proceden de un juriconsulto tan autorizado por su ciencia y posicion en el órden judicial, como es el Sr. Seijas Lozano, no lo hemos insertado antes, como tampoco el que ponemos á continuacion, porque se rozaban con la política de actualidad, de que huimos siempre en nuestra publicacion, consagrada solo á los intereses permanentes de la ciencia. La celebracion del último Concordato, ha hecho que los puntos de que en el informe se trata pertenezcan á la historia, que no sean motivo de nuevas alarmas ni den lugar á los tristisimos conflictos que hemos presenciado: solo son cuestiones de la ciencia, las que siempre caben en nuestra REVISTA, hecha abstraccion de las opiniones individuales de los que la dirigen.—Los Directores de la REVISTA.

pos se dirigieron á la Santa Sede con la reserva que el caso á la sazón exigía, pidiendo por Penitenciaria indulto para los compradores, á fin de poder absolverlos en el sacramento de la Penitencia de las censuras eclesiásticas, y de que volviesen al redil de la Iglesia las ovejas sobre quienes aquellas pesaban, sin tenerlas indefinidamente apartadas del rebaño de Jesucristo. Roma escuchó benévola sus súplicas, aplaudiendo el católico celo y cristianos sentimientos de los prelados españoles, y les proveyó de las facultades solicitadas, exigiendo, con arreglo á los principios fundamentales en materia de sacramentos, que los que los pidiesen habian de prometer en señal de reconocimiento de su falta y de la autoridad de la Iglesia, que habian de estar á lo que en la materia se resolviese definitivamente por la misma. De este modo el sacerdocio podia, no solo cumplir, como cumplió, con lo que debia á Dios y con lo que debia á la potestad temporal, sino mostrar y practicar su caridad evangélica, haciendo partícipes de las gracias y bienes espirituales de la Iglesia á los que por los decretos de esta estaban apartados de las mismas.

Pero condicion inherente es de los trastornos que de esta índole se realizan en las naciones, y mas cuando las ideas en materia de religion han sufrido lamentables extravíos, que los mismos beneficios que esta dispensa se interpreten siniestra y malignamente, devolviéndose persecuciones en vez de gratitud por los bienes recibidos. Así fué que desde luego y á los primeros actos de los párrocos que procedian por instrucciones de sus prelados en dicho sentido, principiaron á producirse quejas, á las que se siguieron causas criminales, queriéndose hasta penetrar en el interior de la administracion de los sacramentos, y subordinar la potestad espiritual de la Iglesia, en lo que á nadie sino á sus pastores es lícito entrometerse, á la potestad civil, que es y debe ser su guardiana y protectora.

Uno de estos lamentables hechos fué el que dió, si no ocasion, pretexto para la formacion de esta causa. Un vecino de A..., á quien el Fiscal no se cree en el caso siquiera de poder nombrar, habia redimido un censo que gravitaba en finca suya en favor de la Iglesia, usando de la facultad que la citada ley le concedia; y llegada la época del cumplimiento del precepto pascual de 1856, fué á confesarse con el párroco del pueblo D. F. S. Segun aquel propaló, dicho cura le exigió que se mostrase arrepentido de haber quebrantado los preceptos ó disposiciones de la Iglesia, obligándose á estar y ejecu-

tar lo que esta resolviese en la materia. Conforme en ello el penitente, hizo solicitud, que estendió el cura, para que el prelado le absolviese de las censuras eclesiásticas, lo cual parece tuvo efecto; pero estendida la voz por el pueblo, é interpretándose malignamente, el párroco creyó de su deber manifestar á los feligreses la rectitud de su proceder, y lo hizo desde el altar, celebrando el santo sacrificio de la misa, diciéndoles que aquella exigencia no nacía de él, sino de los preceptos eclesiásticos y de su prelado, en cumplimiento de ellos, y sin serle potestativo quebrantarlos, pues si le fuera dado dispensarlo lo haría, como daría su vida por los feligreses que le estaban encomendados. No acalló esta manifestacion á los que deseaban, sin duda por ignorancia, que la Iglesia obedeciera ciegamente á la potestad civil en materias eclesiásticas, sin distinguir las dos esferas distintas de su respectiva accion, y acudieron al juez de... denunciando el hecho, pidiendo se procediese contra el párroco.

Tambien ocurrió que habiéndose presentado otro vecino de A... á dicho cura para que bautizase á una hija suya, preguntándole éste por el nombre del que habia de ser padrino de la bautizada, como le designase otro sugeto de quien públicamente se sabia que tambien habia redimido censos eclesiásticos, procuró disuadirle inclinándole á que eligiese á otro para evitarle un conflicto; encargándole la reserva, pues tenia un impedimento eclesiástico. Reconoció el padre; pero su mujer y el elegido insistieron, lo publicaron y negáronse á que se bautizara la niña con otro padrino, demorando el bautizo, sin que el cura instase ni gestionara; pero al fin cedió aquellos, y el sacramento se administró asistiendo otro padrino, en cumplimiento á lo que en esta parte dispone el Ritual Romano. Tambien este hecho produjo otra denuncia contra el espresado párroco, que se acumuló á la ya referida.

Instruido el sumario, se acordó la indagatoria del cura, quien se escusó á prestarla á no impartirse el auxilio de su juez propio, y acudió al provisor juez eclesiástico de..... para que le amparase en su fuero. El eclesiástico exhortó al juez de..... reclamándole el conocimiento y denunciándole la competencia, y oido el promotor, conforme con su peticion, acordó dicho Juez su inhibicion por no ser causa de desafuero, mandando que se consultase para la aprobacion á la Audiencia de..... Radicó el negocio en la Sala..... de esta, que oyó al Ministerio Fiscal, el cual pidió la aprobacion de la inhibicion. Pero la Sala, olvidando que la jurisdiccion estaba dis-

putada, y limitada tambien la suya á resolver únicamente sobre el punto de la inhibicion, decretó que se librase orden al Juez para que intimase al citado cura que manifestase si habia procedido por orden superior, y que en este caso la exhibiera y se testimoniase. Hízose todo así, y el párroco mostró las órdenes que tenia del reverendo Obispo de....., á consulta suya, previniéndole que respecto á la administracion del Sacramento de la Penitencia se ataviese á lo que prescribe el cap. 9.º de la sesion 22 del Concilio de Trento, y respecto al del bautismo, á lo que dispone el Ritual romano y Cánones de la Iglesia.

Con este dato se volvió á oír al Ministerio Fiscal, que consecuente en los principios constantemente consignados por el mismo en esta causa, espuso que la apreciacion de la circunstancia que determinaba dicha orden, solo podia hacerla el Juez competente que era el eclesiástico, y por lo mismo reproducia su anterior respuesta. Por un otro sí pidió que para que el Gobierno de S. M. pudiera acordar lo conveniente respecto á los hechos que eran objeto de la causa, se extendiera testimonio de lo necesario, y se remitiera al Ministerio de Gracia y Justicia por conducto del Regente. Pero la Sala en 7 de enero último proveyó auto estableciendo diversos considerandos, fundada en los que revocó el auto de inhibicion consultado, mas no devolvió la jurisdiccion al inferior, sino que ejerciéndola en primera instancia; sobreesyó en la causa en cuanto á dicho párroco, declaró exento de responsabilidad al mismo y las costas de oficio; y mandó sacar testimonio de las actuaciones, y que se remitiesen á este Supremo Tribunal conforme á lo dispuesto en el art. 90 del Reglamento provisional para la administracion de justicia, á fin de que V. A. acuerde lo que estime en su alta justificacion. Como en dicho art. 90 lo que se contiene son las facultades de este Supremo Tribunal, y en la segunda se dice que conocerá de las causas que por delitos comunes sea menester formar contra los M. RR. Arzobispos ó RR. Obispos, no habiendo en dicho artículo otra disposicion aplicable al caso presente; no cabe duda acerca del objeto con que el testimonio se ha remitido al mismo.

El Fiscal prescindirá en este expediente del orden con que se ha procedido en la causa que lo motivó; puesto que sobre este punto se está instruyendo otro en el Tribunal pleno, al que por la ley corresponde el conocimiento en su primer período, y la declaracion de lo que por sus resultados correspondiere. Habrá, pues, de concretarse

al exámen de si por lo que el testimonio de la referida causa ofrece hay ó no lugar á formarla al R. Obispo de..... por las órdenes é instrucciones que comunicó al párroco de A....., relativas á la administracion de Sacramentos, ó su intervencion en ellos á los que adquirieron bienes eclesiásticos á virtud de la ley de 1.º de mayo de 1855.

Tal y tan lamentable es el extravío que las ideas han sufrido en nuestra desgraciada patria, debido á los trastornos políticos que tan repetidamente se han verificado en la última media centuria, y á los no menos funestos ejemplos que nos han dado algunas otras naciones, que el error se confunde frecuentemente con la verdad, y apenas acertamos á distinguir aquel de esta. Tan cierto es, que no se arroja impunemente la mala semilla á la tierra sin que la perverta y maligne.

Es una verdad tan triste como inconcusa, que las naciones en momentos difíciles acuden á veces á medidas en que el derecho no es siempre respetado en toda su plenitud, ya para evitar peligros mayores, ya para procurarse la paz material ó la conservacion del orden público, suprema necesidad de las mismas, y á cuyo mantenimiento vá unido en muchos casos el de los mas altos intereses del Estado. Pero cuando esto sucede, y mucho mas si aquellos intereses afectan derechos ó principios de instituciones independientes, como lo es la Iglesia; ni está en las atribuciones del poder civil anular ni embarrasar la accion de esta dentro de su esfera, ni aun penetrar en la conciencia de los ciudadanos para determinar sus actos libres, en tanto que no ataquen al orden público. La de desamortizacion citada, así como la de 16 de abril de 1856, en cuanto á los bienes eclesiásticos, fué uno de esos acontecimientos, cuya índole, caracteres y circunstancias no hay necesidad de determinar, puesto que á ellos no están llamados los Tribunales de justicia. Existian disposiciones canónicas en contrario, defendiendo la propiedad de la Iglesia bajo penas eclesiásticas severas, reproducidas en el Santo Concilio de Trento. El legislador con conocimiento de ellas, acordó la desamortizacion ó enajenacion, no siendo dado á los Tribunales examinar las razones que hubo para prescindir de estas disposiciones. Pero por esta ley ni compelió á nadie á comprar, ni declaró la legitimidad canónica de tales enajenaciones, ni levantó las censuras eclesiásticas, ni impidió el ejercicio de las facultades de los Pastores de la Iglesia en lo tocante á su Santo ministerio, ni

prohibió que cada cual creyese en este punto lo que su conciencia le dictase, para nada de lo cual el poder temporal tenia potestad. Acordada por la ley civil la enajenacion, sus efectos se limitaban á la legitimidad civil, para y simplemente civil; y esto debieron tenerlo entendido los compradores. La pretension de que por esto la Iglesia habia de haber y tener por derogadas sus propias disposiciones, de que los cánones habian de reputarse abolidos á este efecto, de tenerse por levantadas sus censuras, y que los infractores de ellos pudieran continuar participando de las gracias de la misma Iglesia, de sus sacramentos y demás bienes espirituales de ella, sin la reconciliacion previa con la misma, reconociendo su poder y autoridad y sometiéndose á las reglas que fijasen sus Pastores, es tan absurdo que ni aun merece refutarse. Solo la ignorancia puede en cierto modo disculpar las extrañas gestiones de los denunciadores del cura párroco de A...

Invocaban incalificablemente estos la cláusula con que la citada ley termina, que es la general y comun á todas, prescribiendo su observancia, en la que se manda á todas las autoridades así civiles como militares y eclesiásticas, que la guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar, etc., deduciendo de ellas que por esto no era dado á las eclesiásticas ir en su contra, y que tal era alejar de los sacramentos á los compradores de esos bienes. Disculpable es hasta cierto punto en quienes no tienen obligacion de conocer el derecho que se confundiera á las autoridades que aunque de orden eclesiástico ejercen funciones que emanan de delegacion civil, con las puramente eclesiásticas, que han recibido de Dios solo su poder espiritual y sobre cuyo ejercicio la potestad temporal no les puede mandar, ni entrometerse, salvo su inspeccion para evitar el abuso y velar por el orden público. Responsables únicamente al mismo Dios del ejercicio de la potestad de absolver y condenar, que Jesucristo les concedió, entregándoles las llaves de los cielos, no tienen que dar cuenta á la potestad civil del uso que hagan de aquella facultad, pero ni aun á sus mismos superiores, porque no los tiene el sacerdote constituido en tribunal de la Penitencia, y así no se concibe siquiera que pudiera intentarse tal denuncia, y menos ante los tribunales seculares.

Respecto á la no admision del padrino, para el bautismo, tampoco puede la potestad temporal entrometerse en todos los ritos de la Iglesia, ni en las circunstancias que esta requiera en los que han de

intervenir en ellos, y menos en sus Sacramentos. Estos son actos esencialmente espirituales y ajenos á toda subordinacion civil. Aun dado caso de que en uno ú otro acto hubiera podido haber abuso, que no hubo mas que el cumplimiento de disposiciones canónicas y del Ritual Romano, no seria á los tribunales seculares á los que correspondería la represion y conocimiento, sino á los eclesiásticos. La materia es pura y esencialmente eclesiástica, y como tal del esclusivo conocimiento y competencia de la Iglesia, y de sus tribunales.

Siendo esto así, y no pudiendo haber siquiera la mas ligera duda, no se alcanza cómo la Sala de la Audiencia de..... pudo creer que los hechos que dieron lugar ó pretexto á dicho proceso podian caer bajo la jurisdiccion de este Supremo Tribunal, para proceder por ellos contra el Prelado que dió sus órdenes al párroco de A..... dentro de las prescripciones canónicas. Su error ya lo demostró en declarar inculpable al Párroco solo porque procedió á virtud de obediencia debida, cuando lo era porque sus actos estaban ajustados á los cánones, y nunca podian ser justiciables por los tribunales seculares.

Este Supremo lo ha declarado ya así en otro caso enteramente igual procedente de la misma Audiencia, habiéndose remitido testimonio en la propia forma y para el mismo objeto, con motivo de órdenes comunicadas con igual fin por el M. R. Arzobispo de aquella Metrópoli; pero como por este Tribunal Supremo no se acordó que se hiciera saber la resolucian á dicha Audiencia, y aunque de no habersele comunicado alguna, ni tenido resultas su gestion, parecia que debia inferir la resolucian que habia recaido, no puede fundarse en esta presuncion una censura, antes sí podria creerse que aquel precedente la inclinaba á guardar consecuencia en sus resoluciones mientras no le constase otra cosa.

Por ello el Fiscal opina que la Sala podria declarar que no hay méritos para proceder contra el R. Obispo de... por las instrucciones que comunicó al párroco de A..., y á los demás de su obispado, relativas á la administracion de los Santos Sacramentos, materia que exclusivamente le está sometida, poniéndose la resolucian que recaiga con esta censura fiscal en conocimiento del Ministerio de Gracia y Justicia y de la misma Audiencia, á los efectos convenientes.

Así podrá acordarlo la Sala, ó como le parezca mas acertado.
Madrid 17 de mayo de 1856.

Seijas.

DE LOS COMPRADORES DE BIENES NACIONALES.

DICTÁMEN FISCAL

en el expediente formado á consecuencia de una Real orden para que el Tribunal Supremo de Justicia emitiera su dictámen sobre la impetracion y ejecucion de un rescripto de la Sagrada Penitenciaría referente á bienes nacionales sin el Regium exequatur, y sobre negarse la absolucion á compradores de los mismos bienes.

El Fiscal ha visto la Real orden de 26 de este mes que remite con urgencia á informe de V. A. una esposicion documentada del Juez de primera instancia del distrito del P..... de la ciudad de....., relativa á la causa criminal formada contra D. Francisco de Paula A., por haber impetrado y ejecutado un rescripto de la Sagrada Penitenciaría y una comunicacion del Sr. Ministro de la Gobernacion del Reino, en que, con referencia al R. O. de....., participa la oposicion de algunos párrocos á la ley de desamortizacion, suponiéndose que en esto cumplen con un mandato espreso de la Santa Sede.

Creendo el Fiscal que los motivos que habrán impulsado al Gobierno de S. M. al pedir informe á V. A. se refieren solo á la buena administracion de justicia, y no al exámen de una cuestion delicada bajo su aspecto político é internacional, emitirá su dictámen en este concepto, sin salirse de él sino en quanto sea absolutamente necesario para presentar los hechos y el derecho bajo su verdadero y legítimo aspecto. De esta manera procurará por su parte apartar del Tribunal discusiones que no se compagaden bien con el carácter é índole que el poder judicial tiene con arreglo á nuestras leyes.

Dos son los puntos que comprende la Real orden de 26 de abril: cada uno de ellos debe ser separadamente examinado.

Refiere el primero la causa formada á D. Francisco de Paula A. Dió lugar á ella lo siguiente. D. Lorenzo A..... compró al Gobierno algunos bienes nacionales pertenecientes á regulares: habiendo muerto ab-intestato, fueron sus herederos los primos carnales que tenia, entre ellos D. Francisco de Paula. Debiendo procederse á la division y venta de bienes, D. Francisco consultó á Su Santidad

si con seguridad de conciencia podria acceder ó consentir en la venta de dichas fincas y firmar, tanto él como sus tres hermanos. Ninguna mencion hizo de los primos carnates por parte de madre. Las preces que al efecto elevó á Su Santidad no tienen ni firma, ni fecha; él, sin embargo, las ha reconocido como suyas. A continuacion de ellas está un rescripto espaldado por Penitenciaria, en que se permite la enajenacion bajo las cuatro condiciones siguientes: 1.ª, que se retengan los bienes á arbitrio de la Iglesia, y obedeciendo á lo que en consecuencia mandare: 2.ª, que los bienes se conserven y se mejoren: 3.ª, que se satisfagan las cargas piadosas á que estén afectos: 4.ª, que se haga saber esta determinacion á los herederos, por escrito, para que sepan á qué atenerse. El rescripto lleva la fecha de 16 de diciembre de 1854. Leyó D. Francisco el rescripto en una reunion que tuvieron los herederos que censuraron la irregularidad de la conducta del que habia dirigido las preces á Su Santidad, y se opusieron á cumplir lo preceptuado por la Penitenciaria. De notar es que Don Francisco no habia participado á ninguno de los co-herederos lo que pensaba hacer. Noticioso el Gobierno de S. M., á quien dió parte del hecho el Gobernador de la provincia, mandó recoger el rescripto y proceder á lo que hubiera lugar con arreglo á derecho. Siguióse la causa, en la que habiendo sido recusado el Juez del distrito de San B....., tomó por acompañado al del distrito del P....., y no estando conformes en la sentencia, fallaron por separado. La Sala primera de la Audiencia revocó el definitivo, pronunciado por el Juez de San B....., y confirmó la del acompañado.

El punto capital de divergencia entre las dos sentencias consiste en que al paso que el Juez de San B..... cree que el hecho por que se ha procedido está comprendido como delito en el Código penal, y en su consecuencia impone al que lo perpetró la pena de quince años de estrañamiento temporal, inhabilitacion absoluta para cargos y derechos políticos, sujecion á la vigilancia de la autoridad durante el tiempo de la condena, y otro tanto mas y pago de las costas y gastos del juicio, el Juez del distrito del P..... y la Audiencia dicen que, aunque el hecho es digno de represion, no está penado por el Código, y por lo tanto declaran que deben abstenerse de todo procedimiento, y en cuanto menester es, abstienen libremente y sin nota á D. Francisco de Paula A....., siendo de oficio las costas y gastos del juicio, y remitiendo al Gobierno el rescripto, testimonio en relacion de las diligencias, y la esposicion de las ra-

ziones que asisten al Juzgado para creer que debiera ser objeto de sancion penal la publicidad y ejecucion del rescripto referido.

Desde luego aparece aquí un hecho gravísimo, que no debe examinar el Fiscal, porque si lo hiciera, faltaría á la línea de conducta que se ha propuesto, entrando en una cuestión política y de gobierno, que debe quedar del todo íntegra para el poder ejecutivo, ó para las corporaciones ó autoridades que acerca de él sean especialmente consultadas. En efecto, cuando estaba en su plena fuerza el Concordato de 16 de marzo de 1884, cuando aun no habia surgido ninguna de las contestaciones que acerca de él mediaron despues, cuando niaguna de las altas partes contratantes habia puesto en duda su fuerza y eficacia, en 1884 se expedian por la Penitenciaría rescriptos abiertamente opuestos al Concordato, y se presentaba al Pontífice Romano en lucha y en contradiccion consigo mismo. En el art. 42 del Concordato Su Santidad decreta y declara que los que durante las pasadas circunstancias hubieron comprado en los dominios de España bienes eclesiásticos al tenor de las disposiciones civiles á la sazón vigentes, y estén en posesion de ellos, y los que hayan sucedido ó sucedan en sus derechos á dichos compradores, no serán molestados en ningun tiempo ni manera por S. S. ni por los Sumos Pontífices sus sucesores; antes bien ellos, como sus causa-habientes, disfrutarán segura y pacíficamente la propiedad de dichos bienes, y sus emolumentos y productos. Compárese esto con lo que dice el rescripto de la Penitenciaría: véanse las cláusulas irritantes que contiene, y no podrá menos de conocerse la contradiccion manifiesta entre el Papa concordando, y la Penitenciaría decidiendo.

No se crea por esto que el Ministerio fiscal vá á entrar en la cuestión política é internacional, que deja del todo intacta, y que en su concepto debe el Tribunal tambien dejar intacta al Gobierno de S. M.: si ha citado el Concordato, si ha puesto de manifiesto la contradiccion entre el Concordato y el rescripto, es porque de esta contradiccion infiere consecuencias en el órden legal que espondrá en este dictámen.

Pasando al exámen de las razones que ha habido para la divergencia de dictámenes entre los que han juzgado de este negocio, deben expresarse las de cada uno. El Juez del distrito de San B.... cree que el hecho está penado en el art. 145 del Código penal: fúndase para ello en que el rescripto se refiere al fuero externo, y que por lo tanto no está exento del pase; puesto que por el art. 9 de

la ley 9; tit. III, libro II de la Novísima Recopilacion, en tanto no necesitan los breves de Penitenciaría el *Régium exequatur* en cuanto se dirigen al fuero interno, de lo que es consecuencia que estén sujetos á él los que hacen relacion al fuero esterno. Por el contrario, el juez del P..... y la Audiencia se fundan en que los breves de Penitenciaría, como dirigidos al fuero interno, están exentos de toda presentacion, y en que aun en el caso de que la Penitenciaría estralimite sus funciones, no por eso sus breves dejan de estar comprendidos en la escepcion de la espresada ley recopilada. Pero creyendo tanto el juez como la Audiencia, que siempre que estos salgan del sigilo de la confesion, y contengan preceptos ó consejos contrarios á las leyes del reino, deben ser objeto de sancion penal, lo manifiesta el Gobierno en cumplimiento de lo que ordena el párrafo 2.º del art. 2.º del Código.

Lo que aquí, pues, debe ante todo examinarse es, si los breves ó rescriptos de Penitenciaría, cuando no se refieren á la confesion, cuando obtienen publicidad, cuando comprenden á personas que no los han solicitado, cuando son impetrados por uno para imponer su conciencia á otros que no tienen motivos ni escrúpulos para creer pecado el hecho de que se trata, cuando han de tener ejecucion y son ejecutados en el fuero esterno, cuando desvirtúan y desprestigian las leyes del reino, cuando parten del supuesto de no ser suficientes las concordias celebradas entre la potestad espiritual y temporal para el arreglo de las cosas eclesiásticas, y cuando por último atentan á la soberanía é independencia del Estado, están sujetos al pase.

Y el Fiscal lo dice con franqueza: no duda ni por un solo momento que lo necesitan, y esto atendida la letra y el espíritu de nuestro derecho. Cree mas: que no es necesaria declaracion, porque las leyes actuales no admiten, en su concepto, la torcida interpretacion que les han dado el juez del P..... y la Audiencia de..... De lamentar es que no haya aun recursos de casacion en materia criminal: estos serian el mejor correctivo de la mala inteligencia de las leyes: estos evitarían el escándalo de absolverse en unas Audiencias, ó tal vez en una Sala lo que en otra de la misma Audiencia se condena: estos pondrían de manifiesto los casos en que hay necesidad de pedir que las leyes penales sean completadas: estos, por último, evitarían la impunidad de hechos que atacan á la independencia y soberanía del Estado cuando están bastante reprimidos por

las leyes. El Fiscal no dice que en la interpretacion dada á nuestro derecho por el juez del P..... y la Audiencia de..... se haya procedido de mala fé: por esto no pide desde luego que se les exija la responsabilidad; pero, lo repite, en su concepto la letra y el espíritu de nuestras leyes exigian otra cosa: el Fiscal, al menos, de otro modo las comprende.

El art. 145 del Código penal dice literalmente: *El que sin los requisitos que proscriben las leyes ejecutar en el reino bulas, breves, rescriptos ó despachos de la corte pontificia, ó les diere curso, ó los publicare, será castigado con las penas de prision correccional y multa de 300 á 3,000 duros. Si el delincuente fuere eclesiástico, la pena será de estrañamiento temporal; y en caso de reincidencia, la de estrañamiento perpétuo.* Lo que debe, pues, discutirse es si el rescripto de que se trata estaba ó no sujeto al pase; porque estándolo, se halla fuera de duda que su publicacion y curso están penados por el Código.

Y esto es poco dudoso en concepto del Fiscal: el artículo segundo de la ley 9, tit. III, lib. II de la Nov. Rec. dice que tambien se presenten cualesquiera bulas, breves, ó rescriptos, aunque sean de particulares, que contuvieren derogacion directa, ó indirecta del Santo Concilio de Trento, disciplina recibida en el Reino y concordatos de mi Corte con la de Rona, los Notariatos, grados, títulos de honor, ó los que pudieren oponerse á los privilegios, ó regalías de mi Corona, patronato de leyes, etc. Tal es el testo de la ley. Y debiendo segun ella todo rescripto de derogacion directa ó indirecta de concordatos ser presentado al pase, es claro que lo debió ser el obtenido por D. Francisco de Paula A., por quanto en él se hiere al Concordato en uno de sus puntos capitales. Ni puede ser obstáculo el artículo 9 de la misma ley recopilada que dice: *los breves de Penitenciaría como dirigidos al fuero interno quedan exentos de toda presentacion;* porque de él mismo se infiere que cuando los breves ó rescriptos se dirigen solo al fuero esterno no se libertan del pase. Y esto es tanto mas digno de atencion, cuando en el caso de que se trata, no se pide absolucion de un pecado propio, no la tranquilidad de la conciencia del esponente, no una cosa que debiera quedar entre la Penitenciaría y el suplicante y á lo sumo el confesor; muy al contrario, el que pide, lo hace para sí y para otros de quienes no tiene mision, y que lo repugnan; lo hace sin necesidad de tranquilizar su conciencia, que tranquila quedaría si la Penitenciaría se hubiera limitado á sus fun-

ciones, y mas aun si él hubiera renunciado á la herencia; ya que tenía escrúpulos para adquirirla; lo hace no para que quede oculto, (no bajo sigilo sacramental; sino para que pase á ser un hecho ostensible y público; lo hace para que sirva de base en el modo de distribuir una testamentaria, y con la cláusula de que por escrito firmado se notifique á todos los herederos para que sepan á qué atenerse. No; no es para estos rescriptos la escepcion de la ley: es solo para los dirigidos al fuero interno, que son los únicos exceptuados, y con razon, porque de otro modo se comprometerian los secretos de la conciencia. Y el juez del P.... al elevar su consulta debió conocer cuál era el verdadero espíritu de las leyes recopiladas, cuando para apoyar lo que espone, cita la nota 43 del tít. III del lib. II de la Nov. Recopilacion, en que se declara que los breves de secularizacion, pedidos y obtenidos por Penitenciaría, no están eximidos del pase, por no corresponder segun su naturaleza su expedicion á la Penitenciaría. Así se hizo en tiempo del Sr. D. Carlos IV, en un punto que era de infinita menor trascendencia que el gravísimo que en mengua de nuestras leyes y de la independencia de la soberanía y de la dignidad de nuestro país, se ha permitido la sagrada Penitenciaría. Claro es, pues, y conocido debe ser á todos el espíritu de nuestras leyes, como claro es en concepto de este ministerio su tenor literal.

Por estas consideraciones no se está, en opinion del Fiscal, en el caso del art. 2.º del Código penal, por mas que así hayan opinado el juez del P.... y una Sala de la Audiencia de.... poco impregnados del espíritu de nuestro derecho, é interpretando malamente su letra.

Dicho lo conveniente acerca de este punto, pasa el Fiscal á la comunicacion del Sr. Ministro de la Gobernacion del Reino. Dícese en ella que el Gobernador de la provincia de L.... le participa con referencia al alcalde de P...., la oposicion de algunos párrocos á la ley de desamortizacion y la funesta coaccion que ejercen en la conciencia de los fieles á quienes se niega la absolucion, y se les amenaza con negarles sepultura eclesiástica. Añádese que el citado alcalde afirma, que al obrar así el clero cumple con un mandato espreso de la Santa Sede, circunstancia que la Reina desea que se tenga muy presente por el Ministerio de Gracia y Justicia, al dictar las medidas que convengan para afianzar el cumplimiento de la ley de 1.º de mayo de 1855.

Esta simple indicacion basta para conocer que dos clases de medidas puede haber que contribuyan á llevar á efecto los justos de-

seos de S. M. Unas del orden político y administrativo, medidas de gobierno, medidas de administracion, que no son sin duda del resorte de este tribunal, y acerca de las que no es de creer que sea consultado. El gobierno espidiendo circulares, dando instrucciones, removiendo los obstáculos que en la ejecucion práctica de la ley de 1.º de mayo se encuentren, y aunando la accion de todos los Ministerios para este fin, sabrá sin duda sobreponerse á las dificultades que algunos poco respetuosos á las leyes se atrevan á suscitarle. Poderosamente podrá contribuir á ello el Ministerio de la Gobernacion, ayudando á descubrir por medio de sus agentes los delitos y actos punibles de los que hagan una resistencia criminal. Aun la parte que en este camino puede tomar el Ministerio de Gracia y Justicia por medio de disposiciones generales de administracion, no es propia de la consulta del tribunal que debe limitarse á lo que se refiere á la justicia.

El Fiscal que suscribe ha tenido ya mas de una vez ocasion de decir oficialmente su parecer á algunos fiscales de las Audiencias. Los actos de las autoridades eclesiásticas en su vida oficial, los de los ministros del altar que quebrantan las leyes, que faltan á los deberes de sumision, lealtad y obediencia que deben al Gobierno, que abusando de sus funciones inducen la perturbacion y la intranquilidad en las conciencias, caen de lleno bajo la jurisdiccion de las leyes penales, cuando sus actos criminales admiten apreciacion por los medios de prueba que el derecho tiene establecidos: la justicia debe ser severa é inflexible con ellos: este deber de todos los tiempos es mas apremiante hoy, cuando tanto se abusa de lo mas sagrado. Pero al mismo tiempo debe respetarse el sigilo sacramental en los terminos que está ordenado por la Iglesia, y no deben llevarse las pesquisas al punto de herir á las conciencias, ni interponerse entre el confesor y el penitente en todo lo que tiene de secreto el Sacramento de la Penitencia. Si los agentes de la administracion pudiesen descubrir la certeza de lo que dice el alcalde de P....., ó al menos adquirir datos de otra clase que sirvieran de base á procesos en que se pudiera poner en evidencia la verdad, harian un gran servicio al país. V. A. entonces no desaprovecharía la ocasion de manifestar su celo, para que se administrara bien, pronto, y ejemplarmente la justicia, como lo hace siempre llenando una de sus mas altas é importantes atribuciones.

En este sentido procede en concepto del Fiscal evacuar el in-

forme pedido. V. A. no obstante resolverá lo que estime mas justo.

Madrid 29 de abril de 1856.

Gomez de la Serna.

DERECHO PENAL.

CONSULTA.

¿Es bastante la autoridad que ejercen los Jueces de paz, para que puedan cometerse contra ellos los delitos de atentado y desacato de que tratan los artículos 189 y 192 del Código penal? Caso afirmativo, ¿qué Tribunales conocerán de las causas de esta especie?

En el dia que el Gobierno con sus disposiciones trata de enaltecer cuanto sea posible la nueva institucion de los Jueces de paz, creemos hacer un servicio á los suscritores á la REVISTA y al público, poniendo á discusion todos los puntos en que no existen resoluciones esplicitas y terminantes, siendo por lo tanto de pura interpretacion las consideraciones y preeminencias que de la legislacion dictada hasta ahora sobre los Jueces de paz puedan desprenderse, con objeto de desvanecer las dudas que en lo sucesivo quizá ocurran acerca del carácter con que la ley ha investido á aquellos funcionarios. El epígrafe que encabeza estas líneas, creemos ocurre perfectamente á nuestro propósito, pues que solo la estension de la autoridad que ejercen los Jueces de paz, es la que puede con facilidad dejar de comprenderse, á causa de no concederles la ley atribuciones de ningun género en la parte penal de nuestro derecho, cuyo solo motivo, sin que hubiera otros, bastaria por sí para hacer desconocer su verdadera autoridad é importancia. Hechas estas breves indicaciones, entremos en la esplanacion de la materia que nos ocupa.

¿Pueden cometerse los delitos de atentado y desacato contra un Juez de paz en todo caso y circunstancias, ó solo en el ejercicio de sus funciones? Sobre ambos puntos versarán nuestras observaciones sucesivas. El Real decreto de 22 de octubre de 1855 en que se crean

los Jueces de paz, establece en su art. 3.º que dichos funcionarios gozarán de la misma consideracion y exenciones que los Alcaldes de los pueblos, como quiera que estos por la Constitucion y las leyes sean la primera y principal autoridad, donde no las hay superiores, de aquí que de la citada disposicion relativa á los Jueces de paz se desprenda naturalmente hallarse unos y otros en la misma línea de consideracion é importancia, por mas que sean distintas sus atribuciones. El pensamiento y espíritu que encierran las palabras del Real decreto citado, no pueden sin violencia referirse á otra cosa que al rango y superioridad nacidos del cargo que desempeñan los Jueces de paz, y como quiera que la principal exencion de que gozan los Alcaldes de los pueblos sea el considerárseles como autoridad en todo caso y circunstancias para poder hacer uso de ella siempre y cuando convenga, ya al servicio y tranquilidad públicos de que especialmente se hallan encargados, ya á la misma autoridad ó poder que representan, cuando de cualquier modo la vieren ultrajada ó escarnecida, de aquí tambien que la antedicha disposicion al tratar de los Jueces de paz, no ha podido referirse á otras exenciones que las que van apuntadas, pues que no hay paridad ni aun remota en las facultades de unos y otros funcionarios, pudiendo por lo tanto deducirse con fundamento que lo mismo los Alcaldes que los Jueces de paz son autoridades de funciones permanentes y que contra unos y otros pueden cometerse los delitos de atentado y desacato. Con todo, si no bastasen estas condiciones, vendrian á corroborarlas la facultad concedida á los Jueces de paz de las cabezas de partido por el Real decreto de 28 de noviembre de 1836, de sustituir en ausencias, enfermedades y vacantes los Juzgados de primera instancia, el uso de sellos de franqueo en la correspondencia de oficio para que les autoriza la Real orden de 19 de marzo de 1837, concesion que si bien de poca importancia, no deja de demostrar la tendencia de equiparar los Jueces de paz, en cuanto sea posible, con las demás autoridades del Estado, y finalmente el uso de baston con borlas igual al de los alcaldes, concedido por la Real orden de 16 de abril de 1837, que fija en toda su estension la real, efectiva é irrecusable autoridad que ejercen los funcionarios de que vamos hablando.

Siempre, desde la mas remota antigüedad, se ha establecido en cuantos reglamentos, leyes y Códigos han tratado de los Tribunales y personas encargadas de componer los mismos, el distintivo que

háyan de usar, á fin de ser reconocidos y respetados en todas partes de una manera conveniente, con objeto de que bajo ningun pretesto pudiera empañarse ni mancillar el lustre y prestigio que debe acompañar á todo individuo ó individuos encargados de velar por el órden social y distribuir la justicia entre sus conciudadanos, adoptándose en todos los casos, con muy raras escepciones; el uso del baston como signo cierto, visible y universalmente reconocido de jurisdiccion; aunque acompañado de algun requisito dirigido á evitar su confusion con el usado por los particulares. Siguiendo el Gobierno este sistema, y al crear la institucion de los Jueces de paz, tan conveniente y útil por cuantos conceptos se la mire, prócuró revestirla de un signo demostrativo de autoridad y armonizarla, en cuanto fuera posible, con la de los Alcaldes de los pueblos; á quienes habian aquellos de sustituir en la mayor parte de los negocios judiciales que la antigua legislacion les tenia encomendados, disponiendo al efecto que los Jueces de paz, para ser en todo caso reconocidos y poder darse á conocer como tales, usasen el mismo baston con borlas que los alcaldes, con objeto de hacer valer la autoridad que ejercen, siempre que el servicio público lo reclamase, como representantes de la primera autoridad del Estado é inmediatamente encargados de interponerla en los casos establecidos por la ley. Queda pues demostrado tambien con lo dicho sobre el uso del baston, que los Jueces de paz son autoridades de funciones permanentes ó llamados á ejercerlas en todo caso y circunstancias del mismo modo que los Alcaldes, pudiendo por lo tanto ser desacatados y atentarse contra ellos. Una vez espuestos los fundamentos legales en que se apoya la opinion afirmativa que sustentamos acerca de la autoridad que ejercen los Jueces de paz, y patentizado que la misma vá inherente á ellos siempre y en todo caso, queda bastante contestada la pregunta que antes hacemos de si podian cometerse los delitos espresados, estando aquellos en el ejercicio de sus funciones. En atencion á ser el Juzgado de paz uno de los Tribunales establecidos por la ley con atribuciones propias, cuales son las consignadas en la Ley de Enjuiciamiento civil, no puede ponerse en tela de juicio que las reglas del derecho comun aplicables á los demás Tribunales, las mismas son referentes á los Juzgados de paz en cuanto hacen relacion á la policia, buen órden y medios de repression y castigo, contra los que turbasen de algun modo ó impidiesen el libre ejercicio de su ministerio. Reasumiendo las reflexiones es-

puestas, resulta que los delitos de atentado y desacato descritos y penados en los artículos 189 y 192 del Código, pueden lo mismo cometerse contra los Jueces de paz, que contra las demás autoridades reconocidas hasta ahora como tales para este efecto, por reunir cuantas circunstancias se exigen por la ley para ser considerados como de facciones permanentes ó llamados á ejercerlas en todo caso y circunstancias. Para terminar nuestro trabajo, solo nos resta hablar de los Tribunales que deben conocer en los delitos de este órden cometidos contra los Jueces de paz. Estos no pueden ser otros que los del fuero común, ante los cuales el Juez de paz contra quien se hubiese cometido el hecho punible de esta especie, puede y debe producir la oportuna querrela, siguiendo despues el negocio la tramitacion ordinaria, como si se tratase de uno de los delitos comunes de que continuamente conocen dichos Tribunales.

Jamás el punto que abraza esta consulta ha ofrecido género alguno de duda al que suscribe, mas en primer lugar, el haberlo visto alguna vez impugnado y contradicho hasta con calor, y en segundo el deseo de que se consignen opiniones autorizadas en un caso enteramente nuevo y de continua aplicacion, especialmente en los pueblos, le han movido á esplanar las razones en que funda su opinion favorable á la verdadera y completa autoridad de los Jueces de paz (1).

Pedro Ochando Chumillas.

(1) No cabe ningun género de duda, en nuestro concepto, que los Jueces de paz son autoridades permanentes, y que por lo tanto los atentados ó desacatos que se cometan contra ellos en el ejercicio de sus funciones caen bajo la penalidad con que el Código castiga tales delitos. Los Jueces que deben entender en estas causas son los que entienden de los demás atentados y desacatos contra las autoridades del órden civil judicial, de las que respecto al particular en nada se diferencian: no creemos que sea necesaria querrela en forma para que comience el procedimiento el Juez competente; bastará solo que reciba una comunicacion del atentado ó desacato, porque está obligado á perseguirlo de oficio.—*Los Directores de la REVISTA.*

DERECHO MERCANTIL.

DEL CONTRATO Á LA GRUESA.

¿Puede el capitán constituirle alguna vez sobre las mercaderías que conduce á bordo del buque de su mando?—Y si la prohibición llegase á ser perjudicial al cargador, ¿qué conducta debe observar aquel mandatario procurando por los intereses del dueño del cargamento?

La responsabilidad de los capitanes de los buques mercantes con los navieros y los cargadores, debe medirse, y se mide, por la alta importancia de su cometido. Honor, vidas, caudales, los tesoros de la industria, todo esto se confía á la probidad é inteligencia del navegante que atraviesa animoso los mares. Problemático es si el Código español de Comercio, como el del vecino imperio, exigen de este mandatario mayor diligencia que la correspondiente á la prestación de lo que se llama *culpa leve*. En su solicitud por que la nave llegue cuanto antes á su destino, sobreviene con frecuencia la necesidad de tener que arribar á otro puerto, y la de reparar el buque para proseguir el viaje. También ocurre de continuo que, ausentes el naviero y los interesados en la carga, por falta de corresponsales del armador en el puerto de la arribada, y sin fondos el capitán en país extranjero ó en apartadas regiones, no puede reparar, rehabilitar ni aprovisionar la nave. En íntimas relaciones hoy todas las partes del globo por el lazo fraternal del comercio, aquel administrador encuentra modo de salir del grave conflicto en que le pone fuerza mayor insuperable, acudiendo al excelente recurso del *préstamo á riesgo marítimo*.

Este contrato *aleatorio*, que guarda mucha analogía con el de seguros, porque los riesgos marítimos son el objeto de uno y otro, ha contribuido poderosamente al desarrollo de la navegación y el comercio. Poco conocidos los seguros entre los antiguos, acudían frecuentemente al medio del préstamo á la gruesa ventura que emplearon los Rodhios, y de que se trata en el título 2, libro 22 del *Digesto*, y en el 33, libro 4.º del Código *repetita prelectionis*. No

hace á nuestro intento examinar si este contrato es *real de derecho de gentes ó consensual*, como sin entrar en mas esplicaciones sobre esta denominacion, le intitula Mr. Pouget en sus *Principes de Droit maritime*, publicados en 1858. Este jurisconsulto califica despues el cambio marítimo, no de contrato *sinalegmático imperfecto*, sino de *unilateral*, como lo hizo en su tiempo Mr. Pothier. Parécenos, sí, notable en un escritor de tanta ciencia como Emerigon, el lenguaje que emplea diciendo que el contrato del préstamo marítimo es *mas real que personal*. Cualquiera que sea la exactitud científica y tecnológica que haya en estas calificaciones, siempre resultará que el préstamo marítimo difiere considerablemente del préstamo comun y del mercantil terrestre. Produciendo aquel contrato, ora real, ora consensual, un crédito privilegiado, y mediando interés de gran cuantía ante la perspectiva de riesgos marítimos, en que no paráran mientes sus *rigidos impugnadores*, debian prevenirse lamentables abusos, y adoptarse precauciones sensatas en favor de la moral y de la buena fé mercantil. Esto es lo que ha hecho nuestra ley, exigiendo para que el contrato á la *gruesa* surta los efectos que se propusieran los contrayentes, la presencia de un riesgo indubitable. De otra suerte se convertiria en una *mera apuesta*, segun la expresion de Mr. Corvetto, sosteniendo el prestador que el buque terminará felizmente su viaje, y lo contrario el tomador del dinero. No hay que perder de vista que aquel aceptó el riesgo de que se trata, y que solo mediante esta obligacion puede justificarse el interés náutico, elevado por lo general, gravoso de continuo, y superior siempre al de los demás contratos. Designáronse tambien clara y terminantemente las cosas que podian hipotecarse al pago del capital y réditos, salvo empero el derecho del prestador á asegurar mediante el contrato análogo que hemos indicado antes, el importe de las cantidades que se espone á perder por el riesgo que tomara á su cargo. No le pareció bastante al legislador hacer esta designacion, no le pareció bastante que se considerasen escluidos de la responsabilidad *hipotecario-náutica*, los *muebles* que no se incluyen en su catálogo, ó en su lista. Por esto, para evitar toda suerte de dudas hubo de prohibir absolutamente que se tomase dinero á la gruesa sobre los fletes no devengados de las naves, ni sobre las ganancias que se esperaran del cargamento, ni sobre los salarios de los marineros bajo la pérdida de toda clase de premio, siendo asi mas completo y claro el derecho prohibitivo que como estaba consignado en el capítulo 25.

de las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Razones poderosas abonan estas importantes medidas; sin las cuales podria abusarse con facilidad de la ignorancia y miseria de personas desvalidas, contentándose tambien en los límites de la prudencia, al que soñando ganancias cuantiosas quiere esponerse á una ruina probable por lo menos. La ley ha proclamado finalmente de una manera absoluta, que el riesgo marítimo es condicion y fundamento esencial é indispensable del contrato de gruesa ventura.

Pero volvamos al capitán que entra de arribada en un puerto con averías considerables en el buque de su mando, y carece de fondos y de crédito para reparar, para rehabilitar, para aprovisionar la nave y llevarla á su destino, cumpliendo religiosamente el contrato de fletamento. El sabe que puede tomar á préstamo las cantidades necesarias para dichas atenciones y que tiene el deber de hacerlo, como único medio legal que las circunstancias le deparan para surgir cuanto antes en el puerto á que se dirige la expedicion. Pide en efecto á préstamo la cantidad que, segun presupuesto, cuestan las obras de la reparacion, rehabilitacion y aprovisionamiento de la nave, sin las cuales es imposible dar la vela en vuelta de su destino, hipotecando para ello las tres cuartas partes del cuerpo y quilla del buque siniestrado.

Estos objetos no bastan sin embargo para indemnizar al prestador del capital y del interés náutico, ya que prescinda del ordinario que aquel devengue en la eventualidad de *mora* ó negligencia, por que respecto á su pago hay una accion personal comun. Ocurríesele así las cosas al capitán que puede constituirse el préstamo á la gruesa conjunta ó separadamente, sobre el barco, velámen, armamento, vituallas y mercaderías; y usando de la facultad consignada en el artículo 817 del Código de Comercio, ofrece tambien esta última garantía al prestador, en la inteligencia de que procura por los intereses de los cargadores. Pero, ó no se perfecciona el contrato á la gruesa, porque reparan las partes contrayentes en la prohibicion respectiva del otro artículo 671 del Código, prolongándose el crítico estado de la expedicion, ó se esponen el prestador á que su póliza no produzca oportunamente fuerza ejecutiva para trabar embargo en las mercaderías, de lo que suministra algunas lecciones la esperiencia. Cuando aludimos á dolorosos desengaños, prueba es de que hay tal cual vez equivocacion ó error, siquiera indisculpable, en la inteligencia de los artículos 671 y 817 del Código. Veamos ahora si

existe en ellos la antinomia, ó contradicción que algunos suponen sin motivo, en nuestro sentir, y la conducta que debe observar el capitán en el extranjero ó en climas remotos, cuando el casco, aparejos, velamen, armamento y vituallas del buque no garantizan suficientemente la cantidad que solicita á préstamo, y el interés ó premio del riesgo marítimo.

En la libre disposición que de sus cosas compete al dueño, se comprende el derecho de hipotecarlas y darlas en prenda por su propia conveniencia. Ordinariamente ninguna otra persona está facultada para imponer tales gravámenes en la propiedad ajena, y decimos que ordinariamente, para salvar los casos en que la ley supone un poder presunto del dueño, otorgándole ella misma esta autorización. El artículo 817 concede que pueda constituirse el préstamo á la gruesa sobre el buque, velamen, armamento, vituallas y mercaderías cargadas; pero como toda suposición para que sea razonable ha de tener términos hábiles, síguese necesariamente que aquella facultad se refiere al dueño de los objetos muebles que se quieren hipotecar, ó al administrador ó encargado á quien la ley otorga este derecho en interés de personas ausentes. El capitán es ó no propietario de las mercaderías que se hallan á bordo. En el primer caso, por esta consideración ó por la de apoderado del cargador, si tiene autorización especial suya, constituye válidamente el préstamo á la gruesa sobre los efectos de que tratamos: pero en el segundo no puede hacerlo, porque carece de poder del dueño, ora espreso, ora presunto en virtud de disposición legal; y si lo hiciese, nula la hipoteca, carecería el prestador de la acción que le competiera si no adoleciese de este vicio el gravamen impuesto. El capitán está facultado por la ley para tomar dinero á la gruesa sobre el casco, quilla y aparejos del buque, porque tiene interés en ello el naviero, y porque es obligación suya derivada del contrato de fletamento; procurar á todo trance que la expedición llegue á buen puerto, y se entreguen las mercaderías á sus dueños, ó consignatarios. Y para en el caso de que no surtiese efecto el arbitrio propuesto del préstamo á la gruesa ventura, se le autoriza por el mismo artículo 644 del Código, á echar mano de la parte del cargamento que baste á cubrir las necesidades mas apremiantes. Segun esta disposición y los principios de derecho, se excedería visiblemente el capitán de sus atribuciones, tomando á préstamo á riesgo marítimo sobre las mercaderías cargadas, sin que pudiera trabarse ejecución

en ellas por virtud de la acción real ó hipotecario-marítima y sin que resultase tampoco obligado el návero, ó armador por la abusiva conducta de su mandatario. Los artículos 38 y 39, capítulo 24 de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, establecieron sustancialmente el mismo derecho que el consignado en el 644 del Código. Nada se dispuso sobre esta materia en el célebre Libro del Consulado que elogiaron, no sin razón y sin justicia, Grocio, Vinnio y otros publicistas y jurisconsultos, porque allí no se trata de verdaderos cambios marítimos; sino de contratos comunes que deparan contra el prestador, acciones mistas que pueden ejercitarse después de la pérdida de los objetos hipotecados. Pero nunca antes de la codificación mercantil de 1829, se creyó que en la facultad concedida al capitán para enajenar las mercaderías de á bordo en momentos supremos, se comprendiese la de hipotecarlas al cumplimiento de los contratos á la gruesa. El mismo derecho creamos introducido por los artículos 234 y 236 del Código del vecino Imperio, pues la facultad de empeñar y vender las mercaderías concedida disyuntivamente al capitán, no equivale á la de constituir sobre ellas préstamos á la gruesa. Nuestra ley se propuso, sin embargo, evitar todo linaje de dudas é interpretaciones, prohibiendo á los capitanes por el artículo 671 hipotecar el cargamento á la seguridad de estos contratos aleatorios, y declarándolos nulos respecto á las mercaderías.

Por el 817 se expresan las cosas muebles sobre que puede prestarse á la gruesa; por el 644 las facultades del capitán en ciertos casos para enajenar parte de aquellos objetos. Ultimamente si por la importancia de esta atribución pudiera creerse comprendida en ella la de tomar dinero á la gruesa sobre las mercaderías; estas dudas deben desaparecer completamente ante el texto del referido artículo 671. *No puede el capitán tomar dinero á la gruesa sobre el cargamento, y caso de hacerlo será ineficaz el contrato con respecto á este.* No cabe una prohibición más terminante que excluye todo debate en orden al art. 817, y evita acudir á los principios que dominan la materia, para poner en armonía dos lugares legales que lejos de contradecirse se distinguen por su claridad. En nuestro dictámen no admite duda lo que vamos exponiendo, por más que ocurran préstamos á la gruesa hechos por el capitán sin carácter de sobrecargo ni apoderado de los interesados en las mercaderías, sobre los objetos de la lista del art. 817. Estos casos no probarán más, sino que hay actos que no producen obligación civil ni natural, si em-

bargo de haberse propuesto de buena fé las partes contratantes formalizar un contrato válido y eficaz.

Reparando y habilitando el capitán el buque de su mando, ó proporcionándose fondos para ocurrir á estas indispensables obras sin traspasar los límites que el derecho le prescribe, desempeña un deber ineludible y consulta los intereses del naviero que, noticioso del siniestro, haría como persona prudente, lo mismo que cumple hacer á su mandatario en las espresadas críticas circunstancias. El contrato de fletamento impone á entrambos la obligación de trasportar las mercaderías al punto convenido del globo, así como al fletador la de satisfacer exactamente el precio pactado. Fué preciso que viniese Colón á prolongar los límites del mundo, para que se desarrollara y trasformase el comercio marítimo; pero ni fué muy apremiante ni se sintió la necesidad de leyes especiales en los primeros tiempos de aquel célebre suceso. La 77, título 18, Partida 3.ª, contiene un elegante modelo de pólizas de fletamento que puede acomodarse á los menesteres del comercio que se emprende por medio de la navegacion de altura. Los puertos de *Lisbona*, *Rivadeo*, *Coruña*, *Santander* y *Sevilla* son los que se le ocurrieron poner al angusto hijo del Santo Rey de Castilla como ejemplo de los viajes de su siglo por los mares del Océano. Y volviendo á nuestro asunto, por lo mismo que incumbe al locador ó fletante evitar la innavegabilidad del buque, ó buscar otro que reciba la carga y la portee á su destino, si no pudiese continuar el viaje la nave fletada, se justifica grandemente, no solo la conveniencia, sino la necesidad en que está el capitán de reparar y habilitar el barco siniestrado, tomando á la gruesa sobre el mismo, el dinero ó los valores que reclamen estas obras. Sería injusto que averías que sobrevienen al casco, aparejos, arreos y pertrechos por fuerza mayor insuperable, ó por vicio propio de estos objetos, se comunicasen á las mercaderías, por cuya conduccion ó transporte hay que pagar el flete estipulado. Semejante jurisprudencia, introduciendo el desórden, la confusion y la incertidumbre, aniquilarían toda suerte de comercio marítimo. Cada palo aguantando su vela, es una especie de refran náutico, debiendo reputarse como la síntesis de parte de un tratado jurídico sobre responsabilidad por perjuicios sufridos en las cosas. Claro es que hacemos ahora completa abstraccion de las obligaciones y derechos que nacen de la naturaleza de las averías sufridas por las naves. Si operaciones marítimes comprometidas, ó una arribada for-

zosa, ó siniestros ocurridos en el buque y sus accesorios, constituyen avería gruesa ó comun, puntos son estos que habrán de discutirse y resolverse en tiempo, forma y tribunal competentes.

Se objetará que la facultad de vender la parte necesaria del cargamento en el caso espresado al remate del art. 644 del Código, es mas considerable que la de tomar á préstamo á riesgo marítimo sobre las mercaderías, para concluir que llegando este supremo caso, puede el capitán hipotecarlas al cumplimiento del contrato especial. No es aplicable á nuestro asunto la regla de derecho de «*non debet cui plus licet, quod minus est non licere,*» porque el juriconsulto Ulpiano, ó la ley del Digesto, suponen la ausencia de una prohibicion filosófica y terminante, como la del art. 671 del Código de Comercio. Por otra parte puede negarse que sea mas árdua por regla general la facultad de vender el cargamento, que el tomar prestado sobre el mismo á la gruesa ventura. Enajenadas las mercaderías para subvenir á las necesidades del buque, el propietario es un acreedor del naviero que debe pagarle inescusablemente el precio que lograrían aquellas en el puerto de la descarga. Constreñido el dueño de las mercaderías á ir en socorro de la propiedad del fletante, tan injusto sería que enajenadas aquellas corriera el cargador el riesgo de la pérdida del buque, como que llegando éste á buen puerto, tuviera que pagar intereses crecidos por préstamos hechos en beneficio de la nave. Ni con los contratos á la gruesa, ni sin los de seguros ya mejorados admirablemente, podría sostenerse hoy un vasto comercio. Por último, desde el momento de la enajenación de las mercaderías, dejan de estar ellas en riesgo, faltando así la base en que descansa esencialmente el préstamo marítimo. Los comentadores de la Ordenanza francesa de 1681, discurriendo por estos principios, sostenían que el cargamento vendido por el capitán era objeto de un contrato *forzoso á la gruesa*; pero distinguidos juriconsultos del mismo país se encargaron de demostrar, y demostraron en el siglo pasado, el grave error en que incurrieran aquellos renombrados escritores.

Ni hay contradicción entre los arts. 817 y 464 y 671 del Código, ni puede negarse que está espresamente prohibido al capitán tomar dinero á la gruesa sobre las mercaderías que lleve á bordo de su buque. Si lo hiciese, el contrato sería nulo por lo tocante al cargamento que no queda hipotecado, ni al pago de intereses náuticos ú ordinarios, ni al de parte alguna del capital. Culpables el prestador

y el tomador, que saben entrambos la prohibición de la ley, no puede exigir el primero al capitán mas que la devolución del principal sin premio ó rédito alguno. Cierzo que el tomador se ha utilizado de la cantidad recibida, y que el castigo afecta tan solo á uno de los culpables; pero no hay otro medio de contener á los prestadores en el coto ó limite trazado por el derecho. Y si el capitán fuese insolvente, no hay accion contra el dueño de la nave por virtud de los actos de aquel mandatario, debiendo imputarse á sí mismo el prestador las consecuencias de su ligereza é irregular conducta. En los artículos 621, 622, 623 y 624 del Código está bien determinada la naturaleza de la accion que llega á nuestros dias, con el conocido nombre de *exercitoria*. Ni cuando ella se introdujo quedaban obligados los navieros, ni ahora en nuestra época tampoco, siempre que los capitanes se escediesen de sus naturales atribuciones. Las clases patricias y de caballeros romanos eludían la ley que las prohibiera dedicarse á toda suerte de comercio, poniendo al frente de sus establecimientos terrestres ó marítimas, individuos sujetos al dominio de aquellos señores, con los nombres de *institor* ó *exercitor*; pero habiendo conquistado esta profesion la importancia y el lustre que la corresponden de derecho, y crean de continuo en nuestra sociedad aristocracias legítimas, porque proceden del trabajo y del talento, el origen de la accion náutica y de la terrestre á que aludimos, ha quedado solo para satisfacer una curiosidad puramente histórica, y discurrir sobre la civilizacion paralela, digámoslo así, de las diversas edades. Los efectos de la accion *exercitoria* son los mismos hoy que surcan los mares buques magníficos de vela y de vapor, que cuando ceñían las costas del Océano aquellos navios que el Rey Sábio de Castilla compara en la ley 8.^a, tít. 24, Partida 12, *al caballo luengo é delgado é bien fecho*, y tambien cuando desconocido este mar para el comercio, las naves tirias, rhodias y romanas cruzaban solamente el Mediterráneo.

Hemos llegado al caso antes propuesto de que no sean bastante garantía para el prestador, el casco, aparejos y demás que el capitán pueda hipotecar á la seguridad del pago de la suerte principal y del interés náutico. El art. 644 del Código le depara el medio de cubrir las necesidades de absoluta urgencia, incluyendo nosotros en esta cuenta los gastos indispensables para que pueda continuar el buque la vuelta de su destino. Consiste el enunciado arbitrio en la venta de la parte indispensable del cargamento, debiendo verificar-

se en pública subasta con autorización judicial. Parece que el capitán tiene trazada así la línea de conducta que debe observar en todas las eventualidades, y sin embargo es incuestionable que surgen frecuentemente dudas sobre el modo de consultar y procurar aquel mandatario, por los intereses que le están encomendados. Una mala venta de las mercaderías, ó la renuncia de un precio ventajoso en el mercado á que se dirige la expedición, ocasionaria á veces al propietario mas perjuicios que el tomarse prestado á la gruesa sobre su cargamento. Asegurándose casi siempre los capitales de estos contratos marítimos, hay ocasiones en que el estado de los negocios mercantiles de las plazas permite lograr el dinero ó los valores necesarios á un precio ó interés muy cómodo. Por el art. 109, tit. 1.º, libro 2 del Código de Comercio del vecino imperio, se debe al dueño de las mercaderías vendidas el precio que tendrían otras de la misma clase en el puerto de la descarga, y si naufragase el buque, el que lograrán en el de la arribada. Con este derecho no sufre el cargador lesión alguna en sus intereses, porque si bien es cierto que perdiéndose el buque no tendría que satisfacer nada por el capital y premios del préstamo marítimo, logra ahora que, vendidas las mercaderías, se le pague por el naviero el precio que aquellas consiguieron en el puerto de la arribada. Llegando al de su destino, se libra también de los intereses náuticos, y consigue por la parte enajenada del cargamento, el valor que alcanzase en el puerto á que se dirige la expedición. No es esto lo que se establece en nuestro Código, superior al francés, según opiniones muy autorizadas. El art. 933 declara *avería simple ó particular* el menor valor que hayan producido los géneros vendidos por el capitán en una arribada forzosa para pago de alimentos y salvarse la tripulación, ó para cubrir cualquiera de las necesidades que ocurran en el buque. Y por el 936 se considera *gruesa ó comun* el mecoscabo que resultare en el valor de los géneros que fuese preciso vender en dicha arribada á precios bajos, para reparar el buque del daño recibido por cualquiera accidente que pertenezca á la clase de averías gruesas. Tales son para el cargador las consecuencias de la venta de las mercaderías que el capitán puede hacer, en uso de la facultad de la segunda parte del art. 644 de nuestro Código. No nos proponemos ahora, ni examinar la conveniencia de la declaración del art. 933, ni comparar estas disposiciones con las citadas del derecho francés. Solamente observaremos que puede haber muchos casos en que sea pre-

ferible al propietario de las mercancías que se tome dinero á la gruesa sobre ellas, que sufrir el perjuicio del menor valor de las mismas, ya por sí solo, ó con los demás interesados en la nave y cargamento. No se pierda de vista que hasta el rédito ó premio náutico, si procediese la hipoteca de que tratamos, debería ser en algunas ocasiones de cargo de dichos partícipes ó interesados como *avertía gruesa ó comun*.

Parécenos que al acudir el capitán al Tribunal del puerto de la arribada en el caso de la segunda parte del art. 644, debe esponer su juicio acerca de si seria ó no mas conveniente al propietario, tomar dinero á la gruesa sobre la parte necesaria del cargamento que enajenarla ó venderla en pública subasta. Opinando en aquel sentido, se obtendria que el Tribunal proveyese de defensor al ausente propietario de las mercaderías, y que á solicitud suya, y, prévia la oportuna justificación, se le autorizase para adoptar, como mas ventajoso el primero de dichos dos espedientes. Lejos de infringirse la ley, se atacarían y practicarían así los principios de justicia y de derecho. Quizá se diga que no hay establecido un procedimiento, á que pueda sujetar la instrucción de las diligencias que entonces surgirían; pero lo mismo sucede relativamente á las también judiciales, que tienen lugar de continuo, segun mas de veinte artículos del libro 3.º del Código que trata del derecho marítimo. Aquellas como éstas se practicarían conforme á la jurisprudencia en la actualidad vigente, dado que no es uniforme en los Tribunales de comercio, y en los Juzgados de primera instancia del litoral, cuando conocen de los negocios de aquel fuero. Casi todas éstas actuaciones pertenecen á la jurisdicción voluntaria, en orden á la cual guarda completo silencio la Ley de Enjuiciamiento mercantil. Materia es la que acabamos de enunciar, y la de la organización de estos Tribunales que reclaman nuevas disposiciones en consonancia con los progresos de la época y lo que nos enseña la experiencia. Para tomarla, se necesita ensordecer á pretensiones de clase que, trascendiendo á goticismo, se entablan á vueltas de protestas ó poco sinceras, ó escasas de lógica. La jurisdicción asesorada, ó los *jueces legos de derecho* no pueden defenderse hoy con razones propiamente dichas. Son preferibles los *juzgadores puestos en los puertos ó en los otros lugares que son ribera del mar, ante quien vienen los navieros en pleito, etc.* á los Priores y Cónsules y el Tribunal de alzadas creados en Búrgos por los Reyes Católicos al finar del siglo XV. Introducida la

jurisdiccion consular en esta otra Corona, á vueltas de injustas imputaciones á una clase importante y noble, que no era responsable del defecto de las leyes del procedimiento, se autorizó á los Magistrados mercantiles de la insigne ciudad de los Jueces de Castilla, para conocer de los fletamentos de los buques que salian de los puertos de *Vizcaya y Guipúzcoa y de las villas de la costa y merindad de Trasmiera*, pero asunto es éste que reclama artículo aparte.

Ramon de Solano Alvear.

DERECHO CIVIL.

DE LA SUCESION FORZOSA (1).

ARTÍCULO 5.º

«Los derechos de la sangre no pueden destruirse por ningun derecho »civil.»

Ley 8, ff. de reg. jur.

«Es principio cierto, que la felicidad de un Estado consiste en que los »particulares no sean muy ricos, porque los demás se reducen á jornaleros suyos, mendigan, no se casan y »el Estado se disminuye, mientras los »ricos se enervan con la disipacion, »con la gula y otros vicios.» Campomanes, *Tratado de la regalia de amortizacion*.

Si es generalmente sentida la muerte del sábio, lo es doblemente para mí la del catedrático de Salamanca D. Francisco Castañs, porque me ha privado del placer que hubiera tenido en ver concluida la impugnacion que se proponia hacer de mis escritos sobre esta importante materia.

(1) Véanse las págs. 57 y 195 del tomo XIII, 154 y 419 del tomo XIV, 23 y 241 del tomo XV y 23 de este tomo de REVISTA.

Sin embargo de que sus ideas eran contrarias á las mías, hubiera tenido un particular gusto en verlas controvertidas en el campo de una ilustrada y razonada discusion, porque esta es la mejor garantía del acierto. Nunca me han disgustado las impugnaciones, porque estoy en la idea de que el escritor que no tiene ánimo para sufrir la crítica ó la censura de sus obras, debe tirar la pluma, porque nunca hará cosa buena.

Debo ante todo manifestar mi agradecimiento por la moderacion y la templanza con que ha combatido mis ideas el señor Castañs, y sobre todo por la justicia que ha hecho á mi posicion y á la independencia de mi carácter, creyendo que son hijas del convencimiento y que no llevan otro objeto que el de la felicidad general.

El ejemplo que nos ha citado de las provincias de Navarra, Vizcaya, Aragon y Valencia, si algo prueba, es que en aquellas provincias los hijos segundos son tanto ó mas desgraciados aunque en Cataluña, y que su legislacion foral en materia de sucesion forzosa necesita de ser reformada con arreglo al «Proyecto de Código civil español» en beneficio de aquellos desgraciados, que forman la gran masa de la nacion.

Se nos cita la ley 16, tít. 13, lib. 3 de la Recopilacion de Navarra, que dice que cumple el padre con dejar al hijo una *robada de tierra en los montes comunes* y la cantidad de cinco sueldos; pero se ha omitido decir que esta ley no invoca para ello capítulo alguno del fuero general, sino el *uso, estilo y costumbre inconcusa é invariablemente observada de tiempo inmemorial*; y que el fuero, por el contrario, en su capítulo 8, tít. 4, lib. 2, establece solamente cuatro causas de desheredacion.

Es verdad que en Vizcaya y pueblos de Alava, comprendidos en la tierra de Ayala, Llodio y Aramayona, pueden los padres desheredar libremente á los hijos, eligiendo para la sucesion al que mejor le parezca, separando á los demás con el mueble y raiz mas despreciable; pero han de disponer forzosamente de la herencia á favor de los descendientes, caso de haberlos.

Es cierto que en Aragon el padre es árbitro de fijar la legítima de los hijos y en instituir heredero á uno solo de ellos. La legítima por práctica y costumbre es de diez sueldos jaqueses, cinco por bienes sitios ó raices y cinco por los muebles, pero los tribunales conceden suplemento de legítima á los hijos cuando lo que se les deja no guarda proporcion con los bienes del padre.

:

En un tiempo se introdujo la práctica en aquel reino de que el padre pudiese instituir heredero á un extraño, dejando á los hijos los diez sueldos por legítima; pero se desterró como contraria al fuero, por el que está el padre obligado á dejar la herencia á los hijos, ó por lo menos á uno de ellos.

¿El fuero catalán es contrario al derecho natural? Esta es la primera cuestion que nos presenta el señor Castañs en su citada impugnacion, y al resolverla negativamente no ha tenido en cuenta la historia, la legislacion y los principios humanitarios y benéficos de que tanto abundan nuestros escritos. Por eso dice en la página 37, al emprender su impugnacion, «no seguiré al señor de Pou en la »escursion que ha hecho en el campo *histórico de la legislacion de »Castilla y Cataluña.*»

Respeto mucho la opinion de mi ilustrado compañero, pero se me permitirá que haga observar, que si en alguna ciencia es necesario el estudio de la historia, en ninguna lo es tanto como en la jurisprudencia. «No puede formarse una idea exacta de la legislacion »de un país el que no sabe su historia (1).»

Para resolver la cuestion propuesta, se dice que es conveniente el exámen prévio de si la facultad de testar es permitida por derecho natural y si está en lucha ó en armonía con el derecho civil.

La primera parte de esta proposicion creo que ha quedado completamente demostrada de un modo contrario á las ideas y á las aspiraciones del señor Castañs en las primeras páginas de la *Memoria sobre la conveniencia y utilidad de la suesion forzosa*, que publiqué en Barcelona en el año de 1857.

»Tal es, decia, la respetable opinion de este profundo jurisculto (Linguet) sobre la libertad de testar, y en el día apenas hay ninguno que no tenga la testamentificacion por derecho puramente civil, ni gobierno que no reconozca en sí la competente autoridad para suspenderla, ampliarla ó restringirla» (2).

«La *historia*, que enseña mas que todas las opiniones de los ju-

(1) *Memoria sobre los derechos y privilegios de las mujeres casadas y de las viudas en Cataluña*, por el autor de este artículo, inserta en el tomo XV, pág. 121 de esta REVISTA.

(2) Puffendorf, *de de jur. nat. et gent.*, lib. 4, cap. 10 et 11. Heineccius, *Elem. jur. nat. et gent.*, lib. 1, cap. 11. *Et in disset. de testam. tifac.*

ristas, demuestra que la mayor parte del género humano no ha conocido los testamentos. En Grecia no los hubo antes de Solon y Epitáteo (1). Y Platon despues de ponderar los inconvenientes de la testamentificacion en el estado de vejez ó enfermedad, aconsejaba *que se coartase* la libertad de testar (2).

En el reino de Siam los bienes de los difuntos se dividian en tres partes; una para el Rey, otra para los sacerdotes y otra para los hijos (3).

Entre los Etiopes son preferidos á estos en las herencias los parientes del padre y de la madre (4). Entre los Armenios no heredan las mujeres (5). En algunas provincias hereda el fisco á los estrangeros (6). En otras no pueden testar los menores de 25 años. En otras ningun soltero.

Si en el estado de la naturaleza, en el origen de las sociedades no se conoció el dominio, si nadie tenia la propiedad de las cosas, si estas pertenecian al mas fuerte ó al primer ocupante, ¿en dónde estaba el derecho de hacer testamento?.....

Este derecho, ó la facultad de disponer de nuestros bienes para un tiempo en que ya no existiremos, no nos viene por cierto de la naturaleza (7), pues en el derecho natural, el hombre muere, sus bienes quedan vacantes y se apodera de ellos el primero que llega: mas las leyes civiles en todas las naciones, despues de fijar el derecho de propiedad y de hacerle comunicable mediante los contratos, le hicieron tambien trasmisible en el instante de la muerte, abriendo así la puerta á los testamentos y sucesiones.

Los griegos antes de la guerra de Troya, vivian de la rapiña: y el que coteje la descripcion que hace Tucidides de las antiquisimas costumbres de Grecia, con las que hacen César, Mela, Tácito y Estrabon de los antiguos alemanes, hallará una semejanza comun á todas las naciones bárbaras del mundo. El uso de las naves, es decir, el comercio marítimo, hizo civilizados á los griegos: nacieron las artes, se inventaron las ciencias, se formaron las leyes, se eri-

(1) Plutarcus, *in Solone, et in Egid.* Arist. *Polit.*, lib. 2, cap. 9.

(2) *De leg.* lib. 32, Dig. 11.

(3) Schouten, ap. Puffendorf, *loc. cit.*

(4) Puffendorf, *ib.*

(5) Heineccius. *Element. jur. german.*, lib. 2, tit. 9.

(6) Heineccius, *ib.*

(7) Antonio Gomez, á la ley 3 de Toro.

gieron los tribunales y hallaron los ciudadanos el modo de vivir en la necesidad mútua de cada uno.

Así es que en el estado de la naturaleza no se conocian los testamentos. La facultad, pues, de testar ó de disponer de nuestras cosas para un tiempo en que ya no existirémos no es de derecho natural. Queda, pues, con esto probado la primera parte de la proposicion de un modo contrario á las ideas de mi contrincante.

El derecho civil, por el que se ha consignado en los códigos de todas las naciones cultas la facultad de hacer testamento, como lo reconoce mi adversario, lleva necesariamente consigo la regulacion del derecho natural de que habla el célebre Linguet en el lugar citado en mi *Memoria sobre la conveniencia y utilidad de la sucesion forzosa* (1).

La esencia del derecho natural es la libertad indefinida, como ha dicho este profundo jurisconsulto. De este derecho no existe el menor vestigio en la sociedad, porque el derecho civil es la privacion absoluta de esta libertad.

El pretendido derecho natural que subsiste entre nosotros, es como dice el mismo Linguet, una produccion facticia, absolutamente estraña á la naturaleza y obra solo del arte que le ha dado origen.

«Este derecho (como dice Burlamaqui), considerado como una facultad, como una potestad, ó como un poder de obrar, no es otra cosa que el poder que tiene el hombre de servirse de su libertad y de sus fuerzas naturales con respecto á los hombres; *siempre que la razon apruebe este ejercicio de sus fuerzas y de su libertad*» (2).

El derecho tomado en este sentido (prosigue el autor citado) tiene por opuesto á la *obligacion*, que no es mas que una *reduccion*, ó una *limitacion de la libertad natural*, producida por la razon, mientras esta no nos permite resistir á los que usan de su derecho con respecto á nosotros.

Tal es el pretendido derecho natural que subsiste entre nosotros, segun la definicion de este sábio escritor, absolutamente estraño á la naturaleza y obra solo del arte que le ha dado su origen, como ha dicho Linguet con tanta oportunidad.

(1) Véase las págs. 224 y 463 del tomo XII de esta REVISTA, donde la hemos publicado.

(2) Elementos del derecho natural.

Pero este derecho, repito, que no es el primitivo derecho de la naturaleza, por el cual disponia el hombre arbitrariamente de sus cosas y hasta de una manera contraria á su conservacion y perfeccion, y á la conservacion y perfeccion de su familia, y de una sociedad civil que no existia en el estado natural. Véase, pues, cómo son inoportunas las consideraciones aducidas por mi competidor para destruir la respetable opinion de Linguet.

Una vez establecida la sociedad civil y natural, cualquiera que sea su gobierno, está obligada por derecho natural á conservar y proteger á todos los que nacen en ella, y por lo mismo debe mirar con igual favor y predileccion al hijo segundo que al primogénito. Por derecho natural nacen los miembros del Estado sujetos á las leyes de la sociedad donde reciben la vida. Esta obligacion nace de la naturaleza misma de la sociedad y del fin porque fué esta establecida.

El Gobierno, pues, cualquiera que sea su forma, no solo debe proteger á todos los individuos, sino que debe procurar, por medio de leyes justas y benéficas establecer entre ellos la igualdad de derechos que sea compatible con el orden natural y civil.

Las leyes que tienden á destruir esta igualdad, permitiendo, como la Constitucion catalana y la legislacion foral, que el padre pueda establecer una notable desigualdad en los bienes y fortunas de los hijos, hasta el punto de hacer rico al uno y dejar á los demás reducidos á la indigencia, son contrarias á este mismo derecho natural que se invoca por nuestros adversarios.

Si es un deber natural del padre el criar, alimentar y educar á aquellos á quienes ha dado el ser, no lo es menos el proporcionarles una decorosa subsistencia, ó el darles una porcion razonable de sus bienes al tiempo de su muerte. Este es un deber que la naturaleza y la ley le imponen de consuno. El padre no tiene ya sobre sus hijos un poder arbitrario; no es dueño ó señor de vida ó muerte como en los primeros tiempos de Roma, y debe por lo tanto, no solo alimentarlos y educarlos, sino que no puede hacerles desgraciados ni quitarles la parte de bienes ó fortuna que racionalmente les corresponde despues de su muerte, por su calidad de herederos forzosos del mismo.

Si el padre es rico y opulento al tiempo de su muerte, no puede tolerar la naturaleza ni permitir las leyes de ningun país civilizado que los hijos se vean reducidos á la indigencia, ni que entre ellos

se establezcan distinciones ó desigualdades odiosas y desproporcionadas hasta el punto de que el uno se quede con toda la herencia, con todos los bienes, con toda la fortuna y que los otros no tengan muchas veces donde guarecerse ni de qué comer.

Esto, en vez de producir los beneficios que se proponen los apologistas del sistema foral, ha dado lugar á todos los males que hemos enumerado en nuestros escritos. Testigo presencial el Esce-lentísimo Sr. D. Pascual Madoz de los pleitos, ódios y rivalidades que engendra este sistema entre las familias catalanas, en el acto de recibir á una comision de los hijos segundos de Cataluña, que se le presentó demandándole su apoyo y proteccion en el Congreso, pronunció el discurso siguiente:

«Yo les prometo hacer todo lo que pueda en favor de su peti-cion, porque la considero justa, y además está en mis convicciones. Señores, ¿no hemos quitado los mayorazgos y las vinculaciones? ¿Por qué se ha de permitir que en Cataluña se vincule bajo un frí-volo pretesto? ¿No hemos mejorado la suerte de los hijos segundos y terceros de la grandeza de toda España, ¿por qué no se ha de mejorar tambien la de los hijos segundos catalanes? Esta tolerancia es un contrasentido de las leyes del año 12 y 37. Yo me ocuparé de esto, porque en las reformas no se ha de cejar ni un solo dia hasta verlas terminadas; cuanto mayores sean las dificultades, ma-yor debe ser la constancia en vencerlas.

»Por otra parte, esta ley catalana no ha logrado ni puede lograr el objeto que se propone, cual es la gratitud de los hijos hácia sus padres, porque donde no hay amor no hay gratitud, en donde hay amor no hay distinciones, en donde hay distinciones se crean ene-mistades y ódios entre el hijo primogénito y sus hermanos, y *esta es la causa de que en ninguna provincia de España hay tantos plei-tos como en Cataluña.*»

«En los pocos dias que estoy en ella y en todas partes se me han pedido, y he negado, recomendaciones para los jueces y Sr. Regente de esta Audiencia, por los pleitos que tienen pendientes los hijos contra sus padres, los padres contra sus hijos, los hermanos contra sus hermanos; de modo que esta ley lejos de lograr, como he dicho, el objeto que se propuso, *ha sido y es la desunion, la discordia y la perdicion de las familias.*» (1)

(1) Véase «La Corona», periódico de Barcelona de 1.º de diciembre de 1859, y el BOLETIN de la REVISTA, tomo IX.

Nada podríamos añadir nosotros al vivo relato que ha hecho con esta elocuente manifestacion, una persona tan digna, tan competente, tan autorizada y tan conocedora del país y de la familia catalana como el Sr. Madoz.

Don Pedro Nolasco Vives, decano del Ilustre colegio de Abogados de Barcelona; uno de los mas celebrados escritores modernos del derecho catalan, y cuya opinion no podrá ser sospechosa á nuestros antagonistas, al tratar de esta materia se expresa así:

«Algunos han criticado la disposicion de esta ley (la constitucion que señala la legítima de los hijos) bajo dos aspectos: el primero, porque quiso limitar en tanta manera la legítima de los hijos, que deben contentarse con solo la cuarta parte de la herencia, por mucho que sea su número; y el segundo, porque en dicha ley se faculta á los herederos para pagar la legítima en dinero ó en cuerpos hereditarios. En cuanto á lo primero, creen que fué mas razonable derogar la ley gótica, que la costumbre segunda que se dice haberse observado en algunos distritos, porque limita demasiado la libertad del padre; pero al mismo tiempo dicen que debia dejarse en observancia la costumbre primera, ó mejor la ley romana que en ella se cita, que es la novela 18, capítulo 1.º, en la que se señala la tercera parte de la legítima si los hijos no pasan del número de cuatro, y la mitad si esceden de dicho número. Recuerdan que Cataluña estuvo en un estado mas floreciente en los siglos XIV y XV en que se observaba generalmente la costumbre primera, que no despues de 1385 en que se prefirió la ley 2 de este título. En efecto, fueron funestos los efectos de esta ley, pues el grande prurito de vincular, que se estendió con tanta vehemencia en aquella época, encontró mas materia en que cebarse; y libres los padres en la disposicion de las tres cuartas partes, y pudiéndose satisfacer en dinero la otra cuarta parte, se estancó la propiedad, y casi no había podido adquirirse una sola finca, sino á beneficio de lo que se ha espresado en la página 308 de este tomo. De otra parte los hijos segundos, viéndose reducidos á una legítima tan mezquina, y no habiéndose acostumbrado aun á negociar el dinero que se les entregaba, se vieron casi condenados al celibato, y resultó un efecto contrario al que se propusieron los autores de la ley, pues no casándose los hijos segundos de las casas principales en aquella época en que la milicia no ocupaba tanta gente, se perdieron muchísimas

de aquellas casas principales, para cuya conservacion se hizo precisamente esta ley.» (1)

Esto prueba con evidencia los males que ha producido en Cataluña la ley de sucesion, y que desde remotos tiempos ha sido objeto de la critica y de la censura de autores catalanes muy respetables.

No pretendo que se establezca entre los hijos una absoluta igualdad, ó que los bienes del padre al tiempo de su muerte se repartan entre ellos por partes iguales, como algunos han pretendido. Nada de esto. Estoy enteramente opuesto á esta igualdad, pues quiero que se deje al padre la facultad de mejorar á alguno de sus hijos, como se hace por medio del artículo 642 del Proyecto del Código civil español.

Esta facultad (como decia en mi citada Memoria) que la ley concede á los asendientes, nos parece muy conforme por estar acorde con la justicia y con los sentimientos de la naturaleza. Si se prohibiese toda mejora en favor de los herederos forzosos, es cierto que se estableceria entre ellos una rigurosa igualdad, como ha dicho un ilustrado jurisconsulto. ¿Mas esta igualdad, este nivel perfecto, esté absoluto equilibrio entre los hijos de un mismo padre, seria siempre justo, corresponderia siempre á los sentimientos del corazon y á los designios de la naturaleza? ¿Cómo la naturaleza ha podido otorgar derechos iguales á los que de tan diverso modo ha tratado? ¿Dónde encontrar una familia en que todos los individuos tengan una fuerza física igual, inteligencia igual, una fortuna igual, y en la que ninguno ha tenido desgracias y sufrido enfermedades que no han tenido ni sufrido los demás de ella? Necesario es haber perdido de vista esas desgracias y esas diferencias, que generalmente hay en las familias, para querer proporcionar á todos sus individuos una igualdad absoluta de la herencia paterna.

Si la ley prohibiese al gefe de la familia socorrer al individuo que está mas necesitado; si no pudiese levantar al mas desvalido ó al menos protegido por la fortuna; si tuviese atadas las manos para socorrer los males que está llamado á presenciar; si no pudiese hacer cesar ciertas desgracias entre los individuos de la familia, que quisiera que fuesen tan felices como los demás; en una palabra, si careciese el padre de toda facultad ó intervencion benéfica, se ve-

(1) «Usages y demás derechos de Cataluña,» tomo 2, págs. 346 y 347.

ria privado del principal medio de hacer respetar su autoridad tan necesaria para mantener el equilibrio y sostener el orden en la familia, y de ser justiciero, directivo y tutelar.

Véase, pues, como en este punto estamos acordes con el Señor Castañs, con la diferencia que él quiere que las facultades del padre sobre esta importante materia sean muy latas, mientras que nosotros sostenemos que deben ser justas y razonables y en un todo conformes á los sentimientos del corazón y á los designios de la naturaleza.

Así es que la legislación que encierra dentro de estos límites la facultad de testar es la mas conforme á la naturaleza y á lo que se halla establecido en los códigos de todos los países civilizados.

No cree mi contrincante que el padre pueda llegar á abusar de la facultad que le dá la constitucion catalana, permitiéndole dejar á un extraño las tres cuartas partes de la herencia, y dice que á su juicio son insuficientes las razones en que me apoyo para demostrarlo. Despues de cinco siglos de existencia (dice) que cuenta el fuero catalan, ¿se conoce algun caso en que el padre, sin grandes motivos, haya dejado á un extraño las tres cuartas partes de los bienes y solamente una cuarta á la totalidad de sus hijos?.....

Se conocen muchísimos casos hasta el punto de ser una costumbre generalmente observada desde tiempo inmemorial, el dejar el padre las tres cuartas partes de su herencia al hijo primogénito, en perjuicio de los demás, quienes se ven muchas veces reducidos á la indigencia; y podriamos citar tambien algunos casos en que el padre ha dispuesto de la mayor parte de su herencia á favor de su segunda consorte, lo que ha dado lugar á muchos pleitos que existen en el Archivo de la Audiencia; y estas disposiciones serian sin duda mucho mas frecuentes, si las facultades del padre no se hallaren en este punto limitadas por la famosa ley romana *Hac edictali, Cod., de secundis nuptiis*, vigente en Cataluña, que prohíbe al cónyuje sobreviviente dejar al segundo consorte mas de lo que haya dejado á aquel hijo del anterior matrimonio á quien haya dejado menos. No dejaria de tener noticia el Sr. Castañs de algunos testadores que han nombrado por heredero á Dios y á su alma, y de otros que han elegido por herederos de confianza á personas extrañas que se han quedado con las tres cuartas partes de la herencia. Estos casos han sido bastante frecuentes en Cataluña. Pero basta en fin que el padre abuse de esta facultad de un modo tan patente á favor del hijo

:

primogénito y en perjuicio de todos los demás, hasta el punto de haberse establecido sobre ello una costumbre constante é inviolable, para que se ponga un justo y razonable límite á esta omnímota facultad.

El Sr. Castañs ha creído hallar en mis escritos dos equivocaciones, y se ha tomado un trabajo bien inútil, trayendo á colacion los datos estadísticos para demostrarlas. Dice en primer lugar que el principal argumento y la base de mi opinion consiste en el ejemplo que puse en mi citada Memoria, sobre la sucesion forzosa, de un padre que tenga ocho hijos y un patrimonio de cien mil duros de capital, correspondan al heredero 75,000 duros por dicho concepto, y los restantes 25,000 repartidos entre todos los hijos, corresponden 3,125 á cada uno de ellos. De modo que el heredero (que es casi siempre el hijo primogénito) se lleva 78,125 duros cuando á sus infelices hermanos solo les corresponden 3,125.

¿En dónde están las equivocaciones ó la inexactitud de esta demostracion? El Sr. Castañs ha creído hallarlas en los hechos siguientes:

«1.º Que son muy pocos los padres que en las provincias forales dejen al morir un capital líquido de 100,000 duros.»

Luego hay algunos, como lo ha demostrado el mismo Sr. Castañs.

«2.º Que es muy raro y escepcional el caso en que le sobrevivan ocho hijos.»

No es tan raro como le parece á dicho señor. Esto está en el órden de la naturaleza, y creo que de ello se ven en todas partes muchos ejemplos.

«3.º Que en Cataluña el padre cuando instituye heredero á su hijo primogénito, no le dá, sino que le restituye hasta cierto punto unos bienes, cuya conservacion y aumento algunas veces se debe solo á su laboriosidad y economía.»

Esto no es mas que un dicho del Sr. Castañs, y si algunas veces sucede lo que él dice, no se nos negará que muchas otras el hijo primogénito ha causado la ruina del patrimonio de su padre, lo que es muy fácil que suceda por lo que dice el célebre Campomanes en el párrafo transcrito en el epígrafe de este artículo. Este hecho, pues, nada prueba por su vaguedad y poca exactitud.

«4.º Que no es exacto, por punto general, que á los segundogénitos se les deje solo la cuarta parte de los bienes.»

En tanto es exacto, como que son infinitos los casos en que se les deja aun meaos de esta cuarta parte, que es lo que les corresponde por la ley. Apelo sobre esto al voto de los Jueces y Tribunales, pues no habrá uno solo que diga que no haya tenido muchos pleitos en demanda de suplemento de legítima por no haberse dado por los padres á sus hijos segundo-génitos lo poco que les correspondia por la ley. De modo que en Cataluña estos pleitos son y han sido siempre los mas frecuentes, como puede verse en las escribanías y en el archivo de la Audiencia del territorio, y como bien claramente lo dice en el lugar citado el respetable Sr. D. Pascual Madoz. De modo que me admira que el Sr. Castañs, que por tantos años habia ejercido la abogacía en este Principado, haya sentado un hecho semejante.

Los cuatro hechos, pues, sentados por dicho señor, aparte de su inexactitud, no prueba ni probarian, aunque fuesen ciertos, las dos equivocaciones que me atribuye en el citado ejemplo, porque es imposible destruir ni negar las premisas en que está basado, que se fundan en la ley de sucesion que rige en Cataluña, y siendo ciertas las premisas debe ser legitimo el argumento ó la consecuencia.

Aquel ejemplo es de mayor á menor; pero si se pone vice-versa resultará lo mismo. Supongamos que un padre posee un patrimonio de 20,000 duros de capital, y que deja cuatro hijos al tiempo de su muerte, resultará que el heredero, que es por regla general el primogénito, como no lo ha podido negar el Sr. Castañs, se llevará quince mil por dicho concepto, mientras que los cinco mil restantes tendrán que repartirse entre los demás hijos, y aun entrará el heredero en esta reparticion por una parte igual á los demás; de manera que á cada uno de estos solo les corresponderá 1,250 duros, en tanto que el heredero tendrá 16,250. Véase, pues, cómo resulta la misma desproporcion, que no podrá nunca destruirse por ninguna estadística oficial. Asi es que no seguiré al Sr. Castañs en la escursion que ha hecho á la estadística de Cataluña, porque desde luego se observa que los datos aducidos no destruyen ni podrian destruir, aunque fuesen exactos, mis argumentos; fundados en la desigualdad que se observa entre los hijos en la herencia paterna.

Repito que celebro que el Sr. Castañs me haya proporcionado esta bella ocasion de dilucidar una cuestion tan importante para Cataluña y provincias forales, y hubiera deseado que el digno señor D. Ramon Roig y Rey, presidente de la Academia de Jurisprudencia

dencia y Legislacion de Barcelona hubiera hecho lo mismo, porque como dije en la contestacion á su discurso leído en la Academia, que aun se mejoraria en caso de república. Lejos de rehuir las polémicas desearia sostener una lucha con todos mis adversarios, puesto que la razon, la naturaleza y la justicia me facilitan datos para vencerlos á todos en el campo de la discusion.

Francisco de Pou.

DE LOS INTERESES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO.

¿Hay en el día términos hábiles para una demanda judicial sobre reduccion de intereses en el contrato de préstamo?

Nuestro ilustrado compañero el Sr. Arias Brime ha resuelto esta cuestion afirmativamente (1), y nosotros, deseando ilustrar un punto tan importante de nuestro derecho, vamos á esponer las razones que tenemos para ser de la opinion opuesta.

Para demostrar que el contrato de préstamo á interés no ha sido modificado por la ley de 1856, como dá á entender el Sr. Arias, sino *absolutamente creado* por ella, vamos á hacer una ligera excursion por nuestros Códigos y presentar su verdadero desenvolvimiento.

El Fuero Juzgo, aceptando los principios de la legislacion romana, establece la tasa del interés en la ley 8.^a, tít. 5.^o, lib. 5.^o El Fuero Real, publicado por el hijo de un Rey célebre por su ódio á los judíos, trató, como era natural, de aumentar trabas á la industria de estos miserables, que como dice Blanqui *se desquitaban con el culto del oro de las afrentas recibidas á sus creencias*, y en la ley 6.^a, tít. 4.^o, lib. 4.^o restableció la tasa de tres maravedis por cuatro por todo el año, bajo pena de nulidad y de tomar lo doblado á aquel que lo tomó.

(1) REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, pág. 44 de este tomo.

Las Partidas escritas bajo la influencia del derecho canónico, que en los Concilios de Nicea y de Cartago habia prohibido el préstamo á interés, adoptaron tambien este sistema y le copiaron en las leyes 51 y 40, tít. 4.º, Partida 5.ª

La Iglesia cada vez mas poderosa renueva los ataques que los Santos Padres habian dirigido contra la *usura*, y hace que Enrique III *por servir á Dios* no solo prohibiese el préstamo á interés, sino que impusiere á sus contraventores la pena de excomunion y la pérdida de oficio al escribano que otorgare el contrato. Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª tít. 22, lib. 12 de la Nov. Recop.

No vamos á demostrar aquí el error de los solialistas al creer que los Santos Padres habian combatido la propiedad en los ataques dirigidos contra la *usura*, porque además de no conducir á nada para la solucion que debatimos, es imposible creer, como dice Mr. Laurier (1) que San Basilio pueda ser el precursor de Luis Blanc.

Lo que sí es necesario tener presente, que el préstamo á interés estaba abolido de derecho, y que si bien por las leyes 14, 17, 18 y 21, tít. 13, libro 10, de la Novísima, parece que estaba permitido un 6 por 100 entre mercaderes y comerciantes; sin embargo esto no fué sino taxativo y limitado para los extractores de lanas, y con el objeto de que no sufriesen perjuicio con el tanteo que estaba concedido á los fabricantes.

El Código de Comercio vino á hacer mas estensiva esta determinacion, y en los artículos 397 y 398, dispuso que el rédito que los comerciantes estableciesen en sus préstamos no podria exceder de un 6 por 100.

A pesar de las prohibiciones de nuestras leyes, nació, como dice el notable jurisconsulto Sr. Gomez de la Serna, «una costumbre arraigada á vista, ciencia y paciencia del legislador, y admitida por los Tribunales que estendia á toda clase de préstamos el interés que entre comerciantes estableció el Código de Comercio (2).»

De este modo la opinion se sobrepuso á los preceptos legales, y á la prohibicion absoluta del préstamo sucedió la antigua tasa legal, autorizada por nuestros primeros Códigos, aunque en diversa escala.

Sin embargo las penas y las censuras estaban vigentes, y esto

(1) La liberté de l'argent.

(2) Curso de derecho romano.

además de los inconvenientes de la tasa, hacía que el contrato de préstamo fuese mas usurario y mas difícil, y el Código Penal de 1848 para hacer desaparecer alguno de aquellos obstáculos eliminó la usura de la escala de los delitos.

Mas esto no era bastante para atraer al mercado un número considerable de valores que se hallaban retraidos, y favorecer la concurrencia para la baja de la usura, porque estando aun vigentes las leyes que declaraban nulo el contrato en que interviniesen usuras, se daba lugar al *acaparamiento* ó monopolio de estas negociaciones por los mas audaces que se hacían pagar bien caro su esposicion.

Entonces se publicó la ley de 14 de marzo de 1856, en cuyo artículo 1.º y 2.º se dispuso que quedaba abolida la tasa del interés del capital dado á préstamo, y sujeto únicamente á la convencion que los particulares pactasen por escrito.

Por el exámen de las leyes que hemos enumerado se demuestra lo que digimos al principio, y es, que el objeto de la ley de 1856 no fué el suprimir una especialidad en el contrato de préstamo, como pretende el Sr. Arias Brime, sino darle una *nueva* forma y una *creacion especial*.

La ley de 1856 vino á dar valor al contrato de préstamo que de derecho estaba prohibido, y á quitar la tasa que la práctica habia admitido y que la ciencia habia demostrado era tan perjudicial á los tomadores como á la riqueza pública en general.

De tal modo es esto cierto, que en dicha ley se encuentran determinados, no solo los requisitos necesarios para su validez, sino la solucion de las cuestiones que de él pueden nacer, y que no deben resolverse por las reglas ordinarias de los demás contratos.

La ley que habia dado vida á una nueva contratacion, se encargaba de regularizarla y de señalarla la esfera en que legítimamente podia girar; así es, que despues de determinar en el art. 1.º que quedaba abolida la tasa del interés, se ocupa en los siguientes de designar lo que se entiende por éste; de marcar la unidad de tiempo á que hay que atender para exigirle; de manifestar las cosas en que puede consistir; el modo de verificarse y extinguirse, y por último, de señalar el interés que debe pagarse cuando no se ha pactado espresamente.

Este contrato se encuentra completamente circunscrito en la órbita que le marcó la ley que le dió origen, y en ella *únicamente* hay que buscar la solucion de las cuestiones á que dé lugar.

Ahora bien, ¿del contexto y espíritu de los arts. 1.º y 8.º puede deducirse que hay facultad para reclamar la reducción del interés por lesión ó por otra causa?

Nosotros creemos que no, porque en ellos no se establece otro dique que la convencion de los contratantes, y por consiguiente que es legítimo y valedero todo cuanto ellos espontáneamente determinen.

Si la ley hubiera querido dar cabida á la lesión, habria redactado el artículo 8.º de otro modo, y en vez de decir que al principio de cada año fijaria el Gobierno el interés que debia pagar el deudor constituido en mora cuando no se hubiese pactado con anterioridad, estableceria, por el contrario, una regla general y absoluta para apreciar los daños que por este contrato se podian originar. Es decir que á la tasa inmóvil del Fuero Juzgo y Fuero Real habria sustituido otra de una escala móvil anual.

La definición del interés que dá el art. 3.º corrobora aun mas la opinion que sustentamos, puesto que en el mero hecho de decir que aquel es *toda prestación pactada en favor de un acreedor*, ha destruido por completo el *legro* ó las *usuras* de nuestros antiguos Códigos, y considerado legítimo todo rédito que haya sido conveaido por los contratantes.

La lesión además de ser contraria á la libre evolucion económica de los cambios, es muy difícil de justificar, porque el contrato de préstamo depende de circunstancias anómalas y variables, de que las mas de las veces solo tienen noticia los contratantes; así es que en muchas ocasiones y por circunstancias particulares conviene tomar al doce, lo que en épocas muy ordinarias no se querria al seis; otras se dá al veinte porque se abandona una negociacion segura que el tomador tiene que indemnizar, y otras en fin se hace pagar el riesgo que se sufre con entregarlo á una persona sin garantía.

En el préstamo, pues, no puede haber esa firmeza de los demás contratos, y el de esta clase que parezca mas inmoral atendiendo al precio ordinario puede ser el de mas utilidad para aquel á quien se crea dañoso, y si se le permitiese despues la reclamacion de reducción del interés por haber sido perjudicado, seria dejar en sus manos un arma de dos filos de que podia hacer uso segun las circunstancias.

El objeto de los legisladores de 1856 fué herir de muerte á la

tisura facilitando la concurrencia y la libertad del cambio, y esto no se consigue permitiendo en el contrato de préstamo la reduccion del interés por lesion ó por otra causa análoga, porque entonces es lo mismo que sustituir á la *tasa de derecho* otra de hecho mucho mas perjudicial é insegura, por lo mismo que no puede ser tan uniforme como aquella.

Autorícese la reduccion del interés y la obra de los legisladores de 1856 está destruida.

Telesforo Gomez Rodriguez.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR EJEMPLAR.

CONSULTA.

Recibida la justificacion que exige el art. 1244 de la ley de Enjuiciamiento civil, y hecho el nombramiento de curador ejemplar, ¿puede el declarado incapacitado, presentar contra-justificacion para probar su capacidad? En caso afirmativo ¿qué tramitacion deberá darse á estas nuevas actuaciones?

Conforme con la contestacion dada á la consulta 16, página 318 del tomo 8.º de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, creo que el nombramiento de curador ejemplar debe pretenderse, no en juicio civil ordinario, como algunos opinan, sino por la vía voluntaria. Terminante está la seccion 3.ª del título 5.º de la parte 2.ª, en la cual se fija la tramitacion que debe darse á estos nombramientos; mas como en ella nada se dice respecto al caso que se consulta y puede suceder muy fácilmente, que personas muy capaces se vean privadas de tan importantísimos derechos, por consecuencia de una justificacion hecha á sus espaldas, no encuentro razon para que se les prive la intervencion en un acto de tanta importancia, y creo que en el silencio de la ley, no puede dárseles otra que la de admitirles una contra-justificacion á la dada para su declaracion de incapacidad, la cual deberá sustanciarse en la misma vía voluntaria. Obrar de otra manera, seria esponerse á los abusos que la ley pa-

rece que quiere precaver con la justificacion que exige en su artículo 1244 ya citado, y privar á una persona contra su voluntad, y sin ser oida, de infinidad de derechos de suma trascendencia. Me limito á estas ligeras observaciones, por creer que son lo bastante para que los Directores de la REVISTA puedan emitir su autorizada opinion, la cual deseo ver consignada en las páginas de la REVISTA,

Contestacion.

No puede dudarse, á nuestro entender, que á la persona, cuya incapacidad se solicita, deben admitírsele las justificaciones que sean conducentes para demostrar su capacidad. Esta es la única inteligencia que debe darse al artículo 1244 de la Ley de Enjuiciamiento civil. No se contenta este con pedir que se haga una informacion previa al nombramiento de curador ejemplar: exige que á este acto preceda *justificacion cumplida de la incapacidad*. Las informaciones de testigos por sí no son suficientes: es indispensable que el Juzgado adopte todos los demás medios que su esperiencia y su conciencia le aconsejen para enterarse á fondo del estado de la persona de cuya integridad intelectual se dude. Los reconocimientos de facultativos, la observacion, el exámen minucioso de los actos que hagan conocer le incapacidad, la acumulacion de cuanto puede conducir al esclarecimiento de la verdad, todo debe emplearse para venir en *cumplido* conocimiento del verdadero estado de la cuestion objeto del expediente. A este propósito, uno de los Directores de la REVISTA dice en los *Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil*: «Es necesario precaver los abusos que pueden cometerse á la sombra de esta proteccion indispensable. La esperiencia desgraciadamente ha presentado repetidos ejemplares de personas como dementes, estando en el pleno goce de su razon: no se podia dejar de poner coto al odio, á la avaricia y á otras pasiones mezquinas, impidiendo que por sorpresa arrancaran á los jueces una declaracion que, comenzando por privar al hombre de su libertad natural, le arrebatara la administracion de los bienes, y por la desesperacion lo llevara verdaderamente á la demencia. Por esto, ajustándose la Comision á lo que se hacia siempre que judicialmente se proveia de curador á los incapacitados, propuso que precediera justificacion *cumplida* de la incapacidad.» Esto supuesto ¿con qué derecho podrian escluirse las pruebas que ofrece la persona de cuya integridad intelectual se

duda, ó que tal vez sin que haya justos motivos de duda se promueve esta por quien tiene un interés en que se declare sin escrupulizar en la eleccion de los medios para el logro de su intento? ¿Con qué derecho habia el expediente de dar cabida á lo que condujese á la declaracion de incapacidad y escluir al propio tiempo lo que demostrara la capacidad?

Pero además de estas razones generales y derivadas de la misma naturaleza de las cosas deben tenerse en cuenta consideraciones especiales á esta clase de curadoría. El hecho que en él se trata de poner en claro es complejo y de delicadísima apreciacion en algunos casos; no sucede lo que en la tutela y curadoría de los menores en que la causa que dá lugar á ellas es sencilla, la menor edad hecho fácil casi siempre de demostrar, y que no suele ser contradictorio. Trátase además de una persona que está en el pleno goce de sus derechos civiles, á quien se pretende privar del ejercicio directo de ellos, de sujetar su persona á una autoridad inmediata, de coartar, ó tal vez privarle del todo de la libertad, de ponerle una interdiccion en el manejo de sus bienes, de incapacitarla para muchos actos de la vida civil, entre otros, el de la celebracion del matrimonio, de la direccion de su familia y de la facultad de testar, y de contraer, de privarle del ejercicio de algunos y muy importantes derechos políticos, de defenderse en juicio, y de considerarla inhabilitada hasta de poder participar de algunas gracias espirituales como de los Sacramentos de la Eucaristía, Orden y matrimonio. No deben ser atropellados tantos derechos ligeramente; no debe imponerse sobre una frente la nota de incapacidad sin estar bien demostrada; no se debe hacer al mayor de edad de peor condicion que al menor sin que se apure todo lo que conduzca al esclarecimiento del verdadero estado de la persona, cuyos derechos tanto se van á cercenar, cuya opinion tanto se vá á rebajar, cuyos intereses tanto pueden padecer. La ley, pues, no solo admite, sino que hace necesario examinar todos los medios de justificacion que ofrezca la persona acerca de cuyas facultades intelectuales esté abierta la investigacion.

Pasamos aun mas adelante en esta cuestion: creemos que siempre que se trate de la curadoría ejemplar de una persona que no aparezca con claridad incapacitada intelectualmente, y mas cuando haya oposicion por parte de él, lo que antes era acto de jurisdiccion voluntaria pasa á tomar el carácter de juicio contencioso. Lo contrario seria privar á una persona que tiene de derecho la presuncion

de ser capaz del ejercicio activo de sus derechos sin oírta; sería dar contra ella un auto desautorado que las leyes no autorizan. A esto no se opone la Ley de Enjuiciamiento civil: antes bien está muy conforme con todo su espíritu, y con los principios en que se funda en cuanto á la jurisdiccion voluntaria y contenciosa se refiere.

Los Directores de la Revista.

DE LOS ALIMENTOS PROVISIONALES.

CONSULTA.

Cuando una mujer casada exige de su marido alimentos provisionales, ¿tendrá necesidad de acompañar á su solicitud certificado de haber sido incoada y admitida la demanda de divorcio, ó deberán decretarse por el Juez sin que aparezca semejante requisito?

Parécenos conveniente y oportuno prevenir el ánimo de los lectores, asentando desde luego y con lisura que, en nuestra opinion, no es de necesidad aquel requisito, y que nos estimula á ocuparnos en la dilucidacion de esta materia la circunstancia de haberse negado, en negocio que corria bajo nuestra direccion, la concesion de alimentos provisionales, mientras no viniera al espediente certificacion de aquellos dos extremos, á saber, de haberse incoado la demanda de divorcio, y de haber sido admitida.

No creemos que puedan existir muchas opiniones en el sentido de que el decreto de alimentos provisionales pueda aplazarse hasta el momento de ser admitida la demanda de divorcio. La razon es clara: siempre media un largo espacio de tiempo, atendida la forma eclesiástica de enjuiciar entre la incoacion y admision de la demanda, aun dado caso de que los hechos de la informacion, que siempre la ha de preceder, se den por bastantes y justificados, alargándose mucho mas ese espacio cuando la informacion ha de ser ampliada á escitacion del Ministerio fiscal, ó porque de todos modos lo haya así estimado de necesidad el que juzga. Y como quiera que la cuestion alimenticia sea por su naturaleza urgente, como lo son por regla general, y casi sin escepcion, todos los asuntos que forman el objeto de la jurisdiccion voluntaria, venimos á parar, segun nuestras convicciones, en que nunca debe ser de necesidad la certificacion de haber sido admitida la demanda para la concesion de alimentos

provisionales; por la calidad que tienen de naturales y por la premura que ha establecido la ley de Enjuiciamiento en todas las disposiciones que les conciernen.

Mas apariencia de razon presenta la opinion que para la concesion de alimentos provisionales supone la necesidad del certificado de haber sido incoada simplemente la demanda; pero aun á pesar de esa apariencia, creemos que semejante obligacion en el que solicita los alimentos está fuera de la ley. Fundámonos para ello en que el marido debe siempre á la mujer los alimentos, ya vivan unidos, ya se hallen separados, inclinándose de consiguiente la presuncion legal hácia el lado de que esos alimentos provisionales se exigen con derecho.

Puédese, sin embargo, prescindir de semejante presuncion, puesto que la ley se ha dado en beneficio, no de los que exigen con derecho, sino de los que tengan derecho á exigir los alimentos (artículo 1210): frases que significan conceptos muy diferentes en nuestro sentir. Y con efecto: exigir con derecho, es lo mismo que justificar cumplidamente la accion alimenticia, el hecho sobre que descansa la obligacion de prestar alimentos; tener derecho á exigir, es lo mismo que acreditar la calidad simple, la personalidad del peticionario, del que se apellida marido, mujer, padre, hijo, hermano; etc.

Tenemos por muy meditada la ley y no creemos por lo mismo que se haya espresado al acaso, aceptando con indiferencia y conlandiendo en uno tan diferentes conceptos. Prueba de esa meditacion, razon ineludible de que la ley ha espresado su intencion y que ha querido atribuir á sus palabras el sentido que les damos y no otro, es que despues en el art. 1218, ha ordenado que en estos expedientes (los de alimentos provisionales precisamente) no se permita ninguna discusion ni sobre el derecho á percibir los alimentos, ni sobre su entidad; de donde deducimos la consecuencia eminentemente lógica de que al marcar el artículo 1210 de la ley de Enjuiciamiento los requisitos para decretar alimentos provisionales, y por lo tanto para pedirlos, ha querido referirse simplemente á la persona del peticionario y no á la razon de pedir. De otro modo resultaría una contradiccion palpitante entre ese artículo y el 1218 antes mencionado.

Supóngase sino que tener derecho á exigir, que es en lo que consiste la letra actual de la ley, es lo mismo idénticamente que,

pedir con derecho. ¿Cuál será el resultado? Que habrá una necesidad inevitable de acreditar ese derecho, que sin que ese mismo derecho se justifique cumplidamente el juez nada podrá decretar: y de una en otra induccion vendremos á parar, en la generalidad de los casos, á la necesidad de la discusion como único medio de acreditar el derecho con que se pide.

Quizá se replique que la nueva presentacion de los títulos basta al efecto, aunque no sean eficaces: pero en esta suposicion, la presentacion se confunde con la alegacion simple, que es la que nosotros queremos con la calidad de la persona y no mas, dejando para el juicio abierta la discusion de la verdad ó falsedad de esas mismas alegaciones. Pretender que la simple manifestacion del derecho basta, es hacer á la ley contradictoria consigo misma, queriendo y no queriendo á la vez.

Concretando, pues, el concepto legal al único sentido en que puede y debe tomarse, veamos ahora qué requisitos exige para que sean decretados los alimentos provisionales, el art. 1210 de la ley de Enjuiciamiento. Que se pidan por escrito es el primero de esos requisitos, dentro de cuyo precepto hallamos ya una nueva razon para explicar la inteligencia de la letra y la razon de la ley, atendida la sencillez de esta clase de negocios. Nada en efecto mas sencillo que la primera fórmula, pedir por escrito: al ordenar esto la ley solo exige á nuestro parecer algo mas que la reclamacion verbal, pero no que se funde la peticion, cosa ajena por cierto á unas diligencias que la ley apellida espediente, y no mas. Que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se pidan los alimentos, es el segundo requisito que la ley exige, para que esos alimentos se decreten; en esto creerán algunos ver con claridad la necesidad de la certificacion de haberse intentado el divorcio, opinando que no de otro modo se satisface al terminante precepto legal que exige la justificacion cumplida del título de pedir. Nosotros, por el contrario, encontramos motivos para opinar de distinto modo en el advervio *cumplidamente* que usa la ley, deduciendo de él mismo, que el título á que se refiere, es precisamente el de la calidad de la persona. Y á la verdad: si el título se ha de justificar cumplidamente, ó ese título se ha de referir al fundamento del derecho, ó ese fundamento requiere la mayor parte de las veces sería indagacion: si la discusion no se admite aquí, y si por fin, sin la discusion no puede venir la justificacion cumplida que la ley ordena, es muy claro que el título

de que habla el art. 1210 que analizamos, se refiere precisamente á la mera personalidad del peticionario.

De otro modo la ley se hubiera expresado á nuestro entender de manera muy diferente, pues que hasta la misma voz *título* usada simplemente en su propia y verdadera inteligencia, no significa otra cosa que una señal exterior por la cual se viene en conocimiento de lo que en el interior acontece.

El tercer requisito de los apetecidos por la ley para decretar alimentos provisionales, ninguna relacion guarda con el punto que estamos analizando; basta por lo mismo anunciar que requiere la justificacion aproximada del caudal del que debe dar los alimentos, para deducir una vez mas de todos estos requisitos en conjunto, que pues nada hay en ellos que espese de una manera terminante la necesidad de justificar mas de lo que sostenemos, y que de todo el lenguaje legal se infiere la sencillez y premura en la sustanciacion de estas solicitudes, y el peticionario habrá cumplido con pedir por escrito, acreditando la simple calidad de su persona, y con aproximacion el caudal de aquel de quien reclame los alimentos provisionales.

Todo el contesto de la ley de Enjuiciamiento en la parte referente á la jurisdiccion voluntaria, y especialmente en lo que concierne á los alimentos provisionales, está demostrando la perentoriedad con que desea que se proceda en asunto tan urgente de suyo, razon tambien en que nos fundamos para creer, como creemos, que la mujer en nuestro caso no viene obligada á presentar certificacion alguna que se refiera á la incoacion del divorcio, y mucho menos de que su demanda haya sido admitida, debiendo por consiguiente los Tribunales decretar los alimentos provisionales, una vez averiguada la calidad de la persona, y cuando esta figure entre aquellas á quienes la ley otorga el derecho á exigirlos, no pudiéndose en caso alguno esperar á la admision de las demandas de divorcio para acordar la concesion de que estamos tratando.

Una vez mas consignamos aquí, que solo deseamos que otras personas mas autorizadas examinen esta cuestion, contribuyendo así á uniformar la jurisprudencia vacilante y disconforme en el estremo que hemos analizado.—MANUEL BRUALLA.

Contestacion.

Sin creernos mas autorizados que el ilustrado suscriptor que ha

emitido el dictámen que antecede, vamos á manifestar nuestra opinion respecto á la cuestion que en él se examina. Aunque no dejamos de estar conformes con algunas de las apreciaciones que se esponen, no lo estamos en el modo de resolver la consulta. Trátase en ella de una mujer casada, que ó ha entablado ó piensa entablar demanda de divorcio, y de examinar si es necesario, para que el Juez mande darle los alimentos provisionales que solicita, que se acredite haberse ya incoado y admitido la demanda de divorcio. A este caso, pues, y no á ningun otro de aquellos en que la mujer casada puede pedir alimentos, se refiere la consulta.

Esto supuesto, no nos parece que la cuestion está tan bien planteada como es conveniente para su mas acertada resolucion. Nos explicáremos.

Obligacion es sin duda del marido, como jefe de la familia, sostener á su mujer con las condiciones de decencia y bienestar que correspondan á su clase, fortuna y circunstancias. Esto no puede ser puesto en duda, pero tampoco lo puede ser que, mientras viven los cónyuges *de consuno*, esta obligacion se limita á la manutencion de la mujer en la casa marital. Para estar obligado el marido á dar á la mujer los alimentos fuera del hogar de la familia, necesario es que haya una causa que autorice á esta á vivir fuera de él, ó al menos separada de su jefe. La cuestion, pues, de alimentos, no depende de la de haber intentado ó de haberse admitido ó no la demanda de divorcio que la mujer casada se cree en el caso de promover, sino de su continuacion ó de su salida de la casa del marido. Si continúa en la casa del marido, caso no muy frecuente, pero que no deja á veces de presentarse, no tendrá la mujer derecho á pedir alimentos provisionales, pero sí á ser mantenida por el marido en la forma que antes queda indicada. Si ya no continúa en la casa del marido, sino que está fuera de ella legalmente, unico supuesto que admitimos, por haber pedido y obtenido el depósito, aunque sea provisional en los términos que al efecto establece la ley de Enjuiciamiento civil, entonces tiene indudablemente derecho á que se le señalen alimentos, y para conseguirlo basta que haga constar la circunstancia de estar depositada por auto judicial. En este caso el testimonio de la providencia judicial, decretando el depósito, será el título que para el señalamiento de alimentos se requiere con arreglo al art. 1210 de la expresada ley, y aun la presentacion de este título no será necesaria en los casos en que la mujer casada pretenda los alimentos ante

el mismo Juez que decretó el depósito, si bien la cuestion de alimentos con arreglo al art. 1294 de la ley en su segunda parte se sustanciará del modo establecido por regla general para toda clase de alimentos provisionales.

En resumen, nuestra opinion es que la mujer casada, para pedir y obtener alimentos debe acreditar, cuando no consta ya en el Juzgado, que está depositada, aunque solo sea provisionalmente; que no es necesario por lo tanto que haya entablado la demanda de divorcio, y menos que esta le haya sido admitida, porque segun el art. 1277 de la ley referida, basta que la mujer se proponga intentar la demanda para que el Juez pueda decretar su depósito provisional, depósito que es necesario ratificar en tiempo para que la mujer no sea restituida á la morada de su marido, en la inteligencia, que si llega este caso, cesarán los alimentos que se le hayan señalado. De este modo entendemos la ley de Enjuiciamiento, y no creemos que haya contradiccion en las disposiciones que á este punto se refieren.

Los Directores de la Revista.

DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

CONSULTA.

¿Procede el interdicto de obra nueva, cuando se ha causado perjuicio á un vecino, agujerándole hasta el interior de sus habitaciones la pared de su casa, con ocasion de obras ejecutadas en otra su contigua, subiendo, bajando ó variando los pisos, ó haciendo otras obras interiores?

La ley 1.^a, tít. 32, Partida 3.^a al definir lo que es obra nueva, se espresa en los términos siguientes: *labor nueva es toda obra que sea fecha é ayuntada por cimiento nuevamente en suelo de tierra, ó que sea comenzada de nuevo sobre cimiento ó muro, ú otro edificio antiguo, por la cual labor se muda la forma é la facion de como ante estaba: si atendemos única y esclusivamente al sentido sencillo y material de las palabras parece que significan que no hay labor nueva donde no se muda la forma é la facion, ó lo que es igual, segun algunos la entienden, donde no se modifica ó varia la fachada ó forma exterior de la casa ó cosa que se reedifica, mejora ó muda haciendo obra.*

No es fácil que la ley quisiera señalar con sus dos palabras *forma é la facion* un mismo concepto, como no es tampoco seguro ni justo que fuera la intencion del legislador, ni el espíritu y razon de la ley que nos ocupa y demás que forman el mismo título, hacer depender precisamente de la variacion de la fachada exterior, y paredes que se ven, la procedencia del interdicto de obra nueva.

Por el contrario, suponemos mas probable que el Rey Sábio al usar de las palabras referidas, quisiera comprender dos pensamientos completamente distintos; quisiera manifestar que el interdicto procedia, tanto quitando, añadiendo ó mudando en la forma é la facion exterior, como haciendo obras interiormente, con las cuales obras se varian aquellas, no ya esteriormente, sino por dentro, trastornando, subiendo ó bajando pisos, ó haciendo otras operaciones ó mudanzas de importancia, estension é interés en el centro de la casa ó en las paredes contiguas á la ajena, siempre de mas trascendencia y mas ocasionadas á dañar que las hechas esteriormente.

Debiamos hacernos cargo y estudiar la clase de pared agujereada, pues sabido es que segun sea esta, así tambien tienen mas ó menos derecho los dueños de ella para hacer obra; pero para resolver la cuestion que sometemos al superior é ilustrado juicio de VV., casi nos es indiferente que la pared sea independiente, libre, ó de uno solo, que en ella se tenga servidumbre, ó que sea medianera ó comun. En ningun caso damos á uno solo la libertad de obrar absoluta é inconsideradamente perjudicando al otro ó á su propiedad; en ninguno creemos, como algunos, que cumple la obligacion el que daña sin mas que volver las cosas á su primitivo estado, tapando el agujero hecho, ó componiendo lo que descompuso.

Siendo medianera, esta palabra indica las atribuciones y facultades que en ella tienen los dueños, pero de ningun modo podemos estenderlas hasta perjudicar la propiedad ó los derechos del uno con obras hechas por el otro: la misma espresion (comun ó medianera), parece que marca los límites de cada uno de los dueños, no obstante de ser indivisible el dominio que en ella tuvieran, pues sirviendo una pared para dos casas y constituyendo parte de ambas, con su posicion, viene á señalar lo que á cada uno corresponde, esto es, mitad partiendo del centro hasta una de las casas de un dueño, mitad desde igual punto hasta la otra del otro dueño. Estendidas á mas las respectivas facultades, y dando al que obra libertad para hacerlo sin reparo, ni inconveniente, y sin embargo de perjudicar al otro la ree-

:

edificación, por ejemplo, de una casa, lleva consigo la reedificación ó reposición á la fuerza y en parte, de las paredes de la del vecino condueño. Atacado así el sagrado derecho de propiedad con un hecho que daña y molesta, y mermados y hasta usurpados derechos reales, es el resultado de aquella libertad y teoría, no quedar mas recurso que sufrir las consecuencias de una obra.

Si la pared está sujeta á servidumbre, no puede negarse que aquel en cuyo favor se halla constituida, tiene derecho á usarla y disfrutarla libremente, tal cual está; pero supongamos que dicha carga ó servidumbre consista en fijar en pared ajena los pisos de casa contigua ó vecina, demos por seguro que estos se varían levantando donde es dudoso saber si grava mas al que la sufre; ¿tiene esto restricciones? ¿puede mudarse la servidumbre á capricho ó por atilidad del que la goza?

Cuando fuere la pared de uno solo, comprendido está: obra en ella como quiere: mas si con motivo de los trabajos ú obras perjudica y agujerea la del vecino, juzgamos estará en su lugar el dañarlo denunciándola y pidiendo la suspension.

Los Romanos en la denuncia de nueva obra (*nunciatio novi operis*) no dan su definición, y la conceden á todo el que se cree perjudicado, ya por un hecho, ya por daños sufridos en su propiedad, ó ya por haberse menoscabado algun otro derecho real; con razon ó sin ella pedían la suspension de los trabajos, y el pretor decretaba inmediatamente y como tenia ordenado. Verdad es que sus decretos ó disposiciones prohibían edificar, no guardando cierta distancia, siendo por lo tanto desconocida para ellos la servidumbre de medianería. Nuestras leyes nada dicen respecto á la misma, y este vacío dá lugar á muchos pleitos y disturbios.

No se nos oculta que los interdictos deben tener interpretacion restrictiva; pero tampoco podemos olvidar que introducidos con el fin de proteger la seguridad amenazada de las personas, de sus cosas, derechos y el órden público, y con el de evitar, precaver y suspender un hecho que nos perjudica, mal podrá cumplirse aquel, si solo damos á la ley la estension y aplicacion que combatimos.

Nada mas fácil que burlar su vigilancia y garantía, nada mas sencillo que molestar, vejar y perjudicar con obras nuevas, si solo puede interponerse el interdicto cuando fuere mudada la forma é la facion exterior. Casi vendria á ser inútil este recurso sumarísimo, con solo cuidar los dueños de obras nuevas de no dañar al hacer las

paredes que se ven, ó perjudicar sin tocarlas, trabajando interiormente; hecho esto, seguros estarian de que sus obras no se suspenderian. Cierto es que hay otros remedios para conseguir justicia, y que podria entablarse otra accion para lograr la vindicacion de derechos menoscabados, ó de la propiedad desmembrada; mas no es menos cierto que estos remedios, muchas veces, sino todas, serian insuficientes, principalmente cuando con la no suspension el mal continuaria, el perjuicio seria cada vez mayor, y la esposicion de las personas, de su propiedad, y quizá del orden público mas grande é irremediable. El no prohibirse por las leyes del mismo título y Partida, y especialmente por la última, como lo hace con las que designa, intentar el referido interdicto cuando se hacen obras en lo interior de las casas, ya en sus paredes, ya en sus pisos ó forma viene en apoyo de la interpretacion que damos. Hay mas, si forma, significa lo mismo que facion, ó lo que es igual, hechura, rostro ó cara exterior, tenemos en la ley redundancia.

Sin embargo de las palabras de la ley, que están en contra de nuestra opinion, nos hemos aventurado á indicar nuestro parecer, por el deseo de dar ocasion á saber el ilustrado de los Directores de la REVISTA.—I. Z.

Contestacion.

Hasta que punto las leyes de Partidas siguieron á las romanas al definir la *obra nueva*, se comprende con solo leer las palabras copiadas de la 1.^a del título XXXII de la Partida III, y compararlas con las que tomadas del jurisconsulto Ulpiano, están escritas en los párrafos 11 y 12 de la ley 1.^a, del título 1.^o, del libro XXXIX del Digesto. Dice el §. 11 *Opus novum facere videtur, qui aut ædificando aut detrabendo aliquid, pristinam faciem operis mutat*, y el 12: *Hoc autem Edictum non omnia opera complectitur: sed ea sola, quæ solo conjuncta sunt, quorum ædificatio vel demolitio videtur opus novum continere*. A pesar pues de la semejanza de la definicion, á pesar de usar la ley romana de la palabra *facies*, que parece indicar el aspecto exterior del edificio, y que la ley de Partida tradujo con la de *facion*, vemos que poco despues en la ley 5.^a del mismo título del Digesto, §. 9, se copia otro testo del mismo Ulpiano tomado como el anterior de su libro 82 *ad Edictum*, en que alabando y adoptando la triple division que hizo Sesto Pecio, de las causas de la denuncia de obra nueva en natural, pública é impositicia dice que la causa natural es,

cuando se introduce alguna cosa en nuestra casa, ó se edifica en cosa nuestra, *cum in nostras aedes quid inmittitur, aut aedificatur in nostro*. No puede pues dudarse que segun el derecho romano, la denuncia de obra nueva tenia lugar en el caso de la cuestion propuesta, siempre que se taladrara una pared para introducir en ella alguna cosa, y por lo tanto con mayor motivo si solo tenia por objeto causar una vejacion que podia escusarse. Esto exactamente nos parece aplicable á nuestro derecho en que la palabra *facion* no puede significar mas el aspecto exterior del edificio ó de la obra que la de *facies* que adoptaron los Romanos al definir lo que por obra nueva debia comprenderse, porque bajo la denominacion *facies* en su sentido propio solo puede comprenderse por regla general la forma, el aspecto de la cosa, si bien es mucho mayor su alcance en sentido figurado, y bajo la denominacion antigua de *facion* se comprende toda hechura, bien fuera exterior ó interior. No nos parece por lo tanto que la interpretacion de la palabra *facion*, tal como se hace, pueda ser causa de que la ley no se entienda del modo que la comprende nuestro ilustrado suscriptor. Esta es la doctrina general. Pasemos á la de la pared medianera.

Aunque la opinion general es que los Romanos no conocieron las medianerías ó paredes medianeras y que solo admitieron por pactos ó últimas voluntades la comunion de paredes, no nos parece tan exacta esta asercion. La ley 8, del tít. II del lib. VIII del Digesto copia un fracmento de Gayo *ad Edictum provinciale*, en que se habla de la pared que es comun por razon natural, *parietem qui naturali ratione communis est*, diciendo que ninguno de los dueños tiene el derecho de repararla ni de demolerla, porque no es el único dueño de ella, lo que segun muchos jurisconsultos debe entenderse del caso en que la reparacion no sea necesaria: á esta pared se le denominaba *paries intergerinus* ó *intergerivus* como puede demostrarse en la primera denominacion con la autoridad de Vitruvio, y en la segunda con la de Plinio. La ley 4 del tít. III del lib. XXXIII del mismo Digesto trata de la pared intermedia entre dos casas, *medius paries qui utrasque aedes distinguat*. Baste esto para emitir nuestra opinion en una materia en que somos de los que están en minoría. Mas dejando aparte esta cuestion que mas tiene un carácter histórico que actual, hagámonos cargo del derecho del condueño de la pared medianera para hacer obras en ella. A nuestro modo de entender, en el silencio de las leyes debe estarse á las costumbres locales, y con

arreglo á ellas estenderse ó disminuir los derechos de los dueños medianeros: en esta clase de servidumbres no puede menos de estarse á las ordenanzas locales y á las prácticas del punto en que está sita la finca, á las que es de suponer que todos han querido someterse mientras espresamente no hayan pactado lo contrario, creándose así una especie de presuncion de ley para esplicar los derechos respectivos. A falta de disposiciones municipales hay ciertas reglas de equidad general que arreglan los derechos de los dueños medianeros: limitándonos al caso actual, diremos que el co-propietario de una pared medianera, no puede á nuestro entender usar de ella mas que en proporcion á la parte de su dominio, y por lo tanto solo cargar ó introducir vigas hasta la mitad del espesor, con tal que no impida el uso respectivo de los demás medianeros; que para usar de este derecho debe ponerse antes de acuerdo, con los co-propietarios de la pared, y que si no hay este acuerdo ha de acudir á la autoridad judicial para que se pongan en armonía los derechos de todos: que si se desentiende de estas reglas, si contra la voluntad del medianero abre agujeros en la casa, habrá lugar al interdicto. Notable es acerca de este particular un fracmento de Papiniano (ley 28 del tít. III del lib. X del Dig.) en que con relacion al jurisconsulto Sabino dice: *In re communi nemimen dominorum jure facere quidquam, invito altero posse: Unde manifestum est prohibendi jus esse:* y despues de espresar la ley que la causa de esto es que en igualdad de circunstancias es mejor la condicion del que prohíbe, establece con elegante concision cuatro casos, á saber; el en que el comunero se oponga á la obra, el en que la tolere callando, el en que la consienta y el en que la ignore: en el primero habrá lugar á la destruccion de lo edificado; en el segundo podrá el perjudicado reclamar daños é intereses por la accion *communi dividundo*: en el tercero no hay accion alguna: en el cuarto hay que demoler todo lo que perjudique al condueño. En defecto, pues, de leyes generales, de ordenanzas locales y de derecho consuetudinario, nos parece que estos principios que son de equidad y justicia generalmente reconocida pueden servir de regla á los juzgadores.

Los Directores de la Revista.

DERECHO ADMINISTRATIVO.

DE LA ESPROPIACION POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA.

CONSULTA.

¿El que por causa de utilidad pública ha sido espropiado de una finca, tiene derecho para recobrarla en el caso de que la obra proyectada causa de la espropiacion no se ejecuta?

DICTÁMEN.

Consideramos la cuestion que se propone, sola y exclusivamente en el supuesto de que la espropiacion se haya hecho en defecto de avenencia de los particulares, en los términos que la ley de 17 de julio de 1836 tiene establecidos. En este supuesto creemos resuelta la pregunta en el art. 9.º de la ley: segun él, en el caso de no ejecutarse la obra, si el Gobierno ó el empresario resuelven deshacerse del todo ó parte de la finca cedida, el dueño antiguo será preferido, en igualdad de precio, á cualquier otro comprador. De aquí se infiere:

- 1.º Que no tiene el antiguo dueño derecho para recobrar el terreno, mientras éste no se enajene de nuevo por el adquirente.
- 2.º Que el adquirente, ya sea el Estado, ya un empresario, pueden conservar la finca indefinidamente sin ser compelidos á percibir en su lugar el precio por que la compraron.
- 3.º Que el antiguo dueño solo tiene un derecho de tanteo.
- 4.º Que en el caso de usar éste del derecho que la ley le confiere, tiene que sujetarse al nuevo precio que se dé por la cosa, no al que él recibió; y esto aunque sea moderna la espropiacion.

Los Directores de la Revista.

SECCION DOCTRINAL.

OBSERVACIONES

SOBRE EL

RECURSO DE CASACION EN ESPAÑA.

I.

Razon de estas observaciones.

Empezábamos á escribir, para los **COMENTARIOS** que estamos publicando á la **LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**, el del título 21, que trata de los recursos de casacion, cuando vió la luz pública el importante y erudito dictámen del Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, Sr. Seijas Lozano, emitido en el expediente consultivo, formado en dicho Tribunal, con motivo del progresivo recargo en asuntos de casacion. En vista de este concienzudo escrito, y del erudito tambien é importante, que pocos meses antes habia publicado sobre el mismo asunto, bajo el título de «*Exámen del recurso de Casacion en España,*» el Sr. Marqués de Girona, Presidente, que ha sido, de la Sala primera del propio Tribunal, nos creimos en el deber de hacer un trabajo mas detenido sobre esta parte de nuestra obra, aunque nos estralimitásemos algun tanto de su principal objeto. El concretarnos á lo puramente práctico, ó sea á la simple esposicion de las disposiciones relativas á dicho recurso, hubiera sido, en las actuales circunstancias, de escasa utilidad para nuestros lectores.

Y con efecto, era de notar que, aunque dichos dos escritos difieren en puntos esenciales, están conformes en uno muy capital, cual es, la necesidad de que se reforme el título 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil para que sea practicable la casacion en España. Es muy atendible esta opinion unánime de jurisconsultos tan distinguidos y competentes, por cuanto á su notoria ilustracion reúnen los conocimientos prácticos que han adquirido, como Fiscal el uno, y Presidente de la Sala primera el otro, del Tribunal Supremo de Justicia.

Por otra parte, el retraso y progresivo recargo, que se viene es-

perimentando en el despacho de los recursos de casacion en el fondo, por no poder dicha Sala primera, única competente para conocer de ellos, dar vado á todos los que se interponen, es ya un hecho que ha llamado altamente la atencion del Tribunal Supremo, y con razon llama tambien la de las personas que se dedican al foro, y principalmente la de quien tiene el deber de examinar si es real y efectivo el mal que se lamenta, para aplicarle el oportuno remedio.

Siendo, pues, de actualidad, y tan importante esta materia, hubiéramos faltado á un deber, que creemos indeclinable en el que escribe para el público, habiendo prescindido de su exámen, y de emitir nuestra opinion, aunque poco autorizada, sobre las principales cuestiones que con tal motivo se suscitan, y sobre las reformas que acaso deban introducirse en dicha Ley. Al verificarlo, no lo hemos hecho con la presuncion del acierto; pero sí con lealtad y conciencia. No será estéril nuestro trabajo, si personas mas competentes, llamadas á estudiar esta materia, encuentran en él alguna idea útil, ó digna de tomarse en consideracion.

La misma razon que tuvimos para dar la estension antedicha á nuestros COMENTARIOS sobre la casacion, nos ha decidido á publicar la parte mas principal de ellos en las columnas de la REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, en las que vieron tambien la luz pública los dos importantes escritos antes mencionados (1). Reproduciremos, pues, en estas OBSERVACIONES lo que allí hemos dicho acerca de las bases, bajo las cuales ha sido constituida la casacion; causas del progresivo aumento y recargo que se experimenta en cuanto á los recursos en el fondo; medios de evitar este mal, y reformas que, en nuestro concepto, merecen algunos artículos del título 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Y siendo, como es, este trabajo, segun acabamos de indicar, una reproduccion literal de lo que hemos escrito para dicha obra, nos ha parecido conveniente no alterar el orden que en ella hemos seguido, que es el que exigia la misma Ley, en la exposicion de los puntos indicados, y hacer, en los epígrafes de cada párrafo, las oportunas referencias á la misma. Advertimos esto, por si, atendida la índole de este escrito, se echase de ver algun defecto en su forma, ó impropiedad en el método.

(1) Véase el del Sr. Marqués de Gerona en las págs. 345 y siguientes del tomo XIII de la REVISTA, y el dictámen del Sr. Seijas Lozano en las 332 y siguientes del tomo XV.

II.

Ideas generales.—Objeto de la Casacion.—Su origen en España (1).

Del verbo latino *casso*, *cassas*, *cassare*, que significa quebrantar, anular, y figuradamente abrogar ó derogar, se derivó el verbo castellano *casar*, usado solo en lo forense con iguales significaciones, y el nombre *casacion* que, segun el Diccionario de la Academia, es «la accion de anular y declarar por de ningun valor ó efecto algun instrumento.» No es esta, sin embargo, la significacion concreta que hoy se dá á dicha palabra: aplícase por la jurisprudencia universal, y aplícala tambien la nueva Ley, al acto y remedio supremo de dejar sin efecto las sentencias ejecutorias de los Tribunales superiores en que haya violacion, falsa interpretacion ó mala inteligencia de la ley.

De aquí se deduce que por *recurso de casacion* se entiende el remedio supremo y extraordinario que concede la ley contra las ejecutorias de los Tribunales Superiores, para enmendar el abuso, exceso ó agravio por ellas inferido, cuando han sido dictadas contra ley ó doctrina legal, ó con infraccion de los trámites y formas mas sustanciales del juicio. En el primer caso, esto es, cuando el recurso se funda en que la ejecutoria es contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, se ha convenido en llamarle recurso de casacion *en el fondo*, por que versa sobre el fondo de la ejecutoria, esto es, sobre si ha sido fallada conforme á la ley la cuestion debatida en el pleito; y *en la forma*, cuando se funda en defectos sustanciales del procedimiento, ó sea en la infraccion de las leyes que arreglan la forma del juicio.

Estos recursos son los mismos que hasta ahora se han denominado entre nosotros *recursos de nulidad*: en la nueva Ley se ha sustituido á esta palabra la de *casacion*, sin duda por considerarla mas concreta y técnica, y por ser de uso general en el foro de toda Europa. Lo creemos por tanto conveniente, y mas cuando ya se habia adoptado esta denominacion, para espresar igual recurso, en el Real decreto de 20 de junio de 1852 sobre procedimiento en los delitos de contrabando y defraudacion á la Hacienda pública, y

(1) Introduccion de nuestro coment. al tít. 21 de la Ley de Enjuic.

en la Real cédula de 30 de enero de 1855, relativa á la administracion de justicia en las provincias de Ultramar.

El establecimiento en España de este remedio extraordinario tiene su origen en la Constitucion política de 1812, pues aunque las leyes de Partida y recopiladas hablan de la nulidad de las sentencias, es en sentido bien diferente de lo que hoy significa dicho remedio: véase, sino, entre otras, la ley 2.^a, tít. 18, lib. 11 de la Novísima Recopilacion, segun la cual no podia objetarse ni admitirse la nulidad de una sentencia en los casos en que no procedia contra ella el recurso de súplica. Y aunque tiene alguna semejanza con los antiguos recursos de *segunda suplicacion* y de *injusticia notoria*, por cuanto estos se admitian, como aquellos, contra los fallos ejecutorios de las Audiencias para ante el primer tribunal de la nacion, cual era entonces el Consejo de Castilla, el que reparaba la injusticia, ilegalidad ó agravio cometido en la ejecutoria; se diferencian, sin embargo, por su naturaleza y objeto. En estos recursos se entraba de lleno en el exámen de los autos, calificando las pruebas, apreciando los hechos, y decidiendo del derecho de las partes en aquel litigio, como se hace en una última instancia, sin otra trascendencia para el orden público: no así en los recursos de casacion, cuyo objeto es mas elevado y trascendental.

Y con efecto: la casacion es un remedio de interés general y de orden público. Su objeto, como dice un notable juriconsulto español, es contener á todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley, é impedir toda falsa aplicacion de esta, y su errónea interpretacion, á la vez que uniformar la jurisprudencia; así es que ha sido introducida, mas bien por interés de la sociedad, que en beneficio de los litigantes.

Ya hemos dicho que trae su origen de la Constitucion de 1812. Una de las atribuciones que el art. 261 de la misma conferia al Tribunal Supremo de Justicia, era la de conocer de los recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias dadas en última instancia; pero solo *para el preciso efecto de reponer el proceso*, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de los magistrados que hubieren infringido las leyes del procedimiento. La ley de 9 de octubre del mismo año desenvolvió el precepto constitucional, dando forma á estos recursos, y determinando el modo de interponerlos y sustanciarlos. Despues el Reglamento provisional de 1835, en su artículo 90, designó tambien entre las atribuciones del Tribu-

al Supremo de Justicia la de «conocer de los recursos de nulidad, que según lo que establezcan las leyes, se interpusieren de las sentencias ejecutorias dadas por las Audiencias.» En 13 de agosto de 1836 se restableció la Constitución de 1812; pero no la ley de 9 de octubre; y en su lugar se publicó después el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, cuyas disposiciones sobre esta materia han regido hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento.

Esta Ley, reformando, ó mas bien derogando dicho decreto, ha establecido el recurso de casacion sobre bases mas aceptables y conformes á los adelantos de la ciencia jurídica. Pero ¿lo ha establecido en sus justos límites? ¿Ha determinado bien las condiciones intrínsecas y estrínsecas del recurso, para que sea lo que debe ser, según la doctrina, y que corresponda á su objeto? Cuestiones son estas sumamente graves, y de las que por necesidad habrán de ocuparse desde luego los juriconsultos competentes, y hasta el Gobierno de S. M.

III.

Aumento progresivo de los recursos en el fondo.—Datos estadísticos (1).

Hemos dicho que hasta el Gobierno de S. M. habrá de ocuparse de esta materia, porque la esperiencia ha venido á demostrar en el corto período de cuatro años, en que está rigiendo la nueva Ley, que la Sala primera del Tribunal Supremo, única que conoce de los recursos de casacion en el fondo, no puede dar vado á todos los que se interponen, y al Gobierno corresponde procurar el remedio de este mal.

En todo el año de 1856, en que principió á regir la nueva Ley, ingresaron en el Tribunal Supremo de Justicia, y se repartieron á sus Salas respectivas, 6 recursos de casacion, y 2 apelaciones por haberse denegado la admision del recurso: 72 recursos y 14 apelaciones en 1857: 130 recursos y 29 apelaciones en 1858; y 252 recursos y 34 apelaciones en todo el año de 1859: de modo que en los cuatro años componen un total de 460 recursos y 79 apelaciones, quedando además sin repartir, por no haber comparecido ni-

(1) De la misma introduc. al tít. 24

guna de las partes, 26 recursos y 4 apelaciones. Nótese el aumento progresivo que se viene experimentando en cada año, y que aun debe continuar: compárense estos guarismos con los de 166 recursos de nulidad y 137 apelaciones, que ingresaron en el propio Tribunal Supremo en los diez y siete años que han mediado desde que se publicó el Real decreto de 4 de noviembre de 1838 hasta el 1.º de enero de 1856, en que ha empezado á regir la Ley de Enjuiciamiento, y se verá prácticamente cuanto se ha facilitado en ésta el acceso á la casacion.

De los totales antedichos han correspondido á la Sala 1.ª, con arreglo á los arts. 1015 y 1073 de la Ley, por tratarse de la casacion en el fondo, 417 recursos y 39 apelaciones; y á la Sala 2.ª, por versar sobre la forma, 43 recursos y 40 apelaciones. Esta notable y extraordinaria diferencia, y el no seguir el aumento de estos recursos en la misma proporcion que el de aquellos, tiene una esplicacion muy obvia y natural. La casacion sobre el fondo tiene una esfera indefinida, pues procede el recurso siempre que se cite como infringida en la ejecutoria una ley, ó una doctrina admitida por la jurisprudencia; al paso que la casacion en la forma está limitada taxativamente á las nueve causas espresadas en el art. 1015, siendo por lo tanto mas fácil que con los fallos del Tribunal Supremo se fije la jurisprudencia, y se evite la interposicion del recurso en otros casos iguales ó análogos. Por este motivo no es de temer que embarace la casacion en la forma, y debemos concretar estas observaciones á la que versa sobre el fondo.

De los 417 recursos y 39 apelaciones que, como hemos dicho, han correspondido en los cuatro años á la Sala 1.ª, por ser la casacion sobre el fondo, han ingresado en el último año de 1859, 230 recursos y 19 apelaciones; y á pesar de la incansable laboriosidad del Presidente y Ministros que componen dicha Sala, y de los extraordinarios esfuerzos que están haciendo, auxiliados por el Presidente del Tribunal, para activar el despacho, como lo demuestra el haber terminado en dicho año 108 recursos y 16 apelaciones, además de otros varios negocios no menos graves, todavía han quedado pendientes para 1860, 232 recursos y 13 apelaciones; 62 de aquellos, y 3 de estas, conclusos para la vista, y los demás en sustanciacion: número mas que suficiente para el despacho de dos años, atendida la índole y gravedad de estos trabajos. Y si á ellos se agregan los recursos que entrarán en el año inmediato, con el

aumento progresivo que se viene notando, y que continuará, según todas las probabilidades, calcúlese hasta qué punto podrá llegar el retraso, con mengua de la administracion de justicia y considerables perjuicios para los litigantes.

¿Procederá este mal de que la casacion no se ha reducido á su justo límite, traspasando sus naturales condiciones intrínsecas; ó de que no se ha establecido bajo las reglas y condiciones estrínsecas, que son necesarias para hacerla ejecutable? Aunque ambas causas podrán contribuir, y contribuyen en efecto, creemos que procede mas bien de la segunda, que de la primera.

IV.

Causas del aumento de recursos y retraso en el despacho.—Fácil acceso.—Infraccion de doctrina.—Fallo en el fondo.—Juicio sobre estas causas (1).

En cuanto á no haberse reducido la casacion á su justo límite, traspasando sus condiciones intrínsecas, es indudable que la nueva Ley ha facilitado estraordinariamente el acceso al recurso, permitiéndolo en una multitud de casos en que antes ni aun la súplica era procedente. Pero ¿la ha sacado por esto de su justo límite? Ciertamente que no, si se atiende al rigor de los principios. ¿Existe una sentencia ejecutoria, en la que se ha infringido, ó interpretado erróneamente la ley? Pues allí debe aplicarse el remedio de la casacion, sin tener en cuenta el valor de la cosa litigiosa: sobre él está el interés de la sociedad. Esto dicen los partidarios de dicha innovacion, y es preciso reconocer la lógica de su argumento.

Sin embargo, es muy frecuente en jurisprudencia relajar el rigor de los principios en consideracion al interés público ó privado, de que no es posible desentenderse, y creemos que no hubiera sido inconveniente haberlo hecho así en el presente caso. ¿No se ha relajado respecto de los juicios verbales y de menor cuantía? Pues si en ellos no se permite en ningun caso el recurso de casacion (artículo 1014, §. 2.º), sin duda por la poca entidad de la cosa litigiosa, por igual razon pudiera haberse prohibido en los pleitos, cuya cuan-

(1) De la misma introduccion.

tía no esceda de diez mil reales, por ejemplo, para evitar el grave mal de que asciendan las costas á tanto ó mas de lo que se litiga. El inconveniente que resultaría de esta limitacion, podria superarse, en nuestro concepto, con una buena ley de responsabilidad judicial. Y sobre todo, ó aplíquese el principio en toda su estension, ó restrínjase cuanto sea conveniente: esto es lo lógico.

Tambien opinan notables jurisconsultos que se ha establecido la casacion fuera de sus justos límites y de sus naturales condiciones intrínsecas, con permitirse el recurso por infraccion de la doctrina admitida por la jurisprudencia, y con haberse cometido al Tribunal Supremo la facultad de fallar en el fondo. En cuanto á lo primero, es indudable que, por no haber definido convenientemente la Ley de Enjuiciamiento lo que haya de entenderse por *doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales*, se dá ocasion á que se abuse de este remedio, pues basta citar como infringida cualquier doctrina, para que proceda la admision del recurso; por mas que luego sea desestimado. Véase lo que decimos sobre este particular en el comentario del art. 1012 (§. VI de estas OBSERVACIONES).

El otro extremo comprende una cuestion, quizá la mas grave que se suscita en esta materia, y que tiene divididos á eminentes jurisconsultos. Los que sostienen que el Tribunal de Casacion no debe fallar sobre el fondo del negocio, afirman que el sistema contrario desvirtúa y vicia la institucion, convirtiendo este remedio supremo en una tercera instancia, contra su índole y naturaleza, y aducen en su apoyo la opinion de los jurisconsultos mas notables de Francia, cuya de esta institucion, y la legislacion de aquel país, á la que entre nosotros siguió sobre este punto, aunque incompletamente, el Real decreto de 4 de noviembre de 1838.

No negarémos que, si ha de estarse al rigorismo doctrinal, el Tribunal de Casacion, cuyo instituto es cuidar de la observancia y recta aplicacion de la ley, debiera concretarse á resolver si esta ha sido ó no infringida, ó sea á decidir en casacion, y nada mas; pero ya hemos dicho que es frecuente en jurisprudencia prescindir de ese rigor, y se prescinde en efecto cuando puede adoptarse otro sistema mas ventajoso al interés público y privado, cuya conveniencia, mas bien que los principios de escuela, debe consultar el legislador en todo caso. ¿Y cómo puede desconocerse que el sistema adoptado por la nueva Ley de Enjuiciamiento lleva sobre este punto grandes ventajas al francés?

Casando y fallando en el fondo el Tribunal Supremo, como ordena la Ley en el art. 1060, se evitan dilaciones y gastos á las partes, y el grave inconveniente, á que daba lugar el art. 48 del Real decreto citado de 4 de noviembre, de que la Audiencia, al fallar de nuevo el pleito, pueda desairar la decision del Tribunal Supremo, escitando rivalidades y destruyendo el órden gerárquico de los tribunales.

Para salvar este inconveniente ha determinado últimamente la legislacion francesa, por una ley de 1.º de abril de 1837, despues de haber ensayado otros medios, que si el Tribunal, á quien se remiten los autos despues de casada la sentencia, insiste en el primer fallo, pueda interponerse segunda vez el recurso, el que será decidido por el Tribunal de Casacion en pleno; y si éste casa otra vez la sentencia, el Tribunal, á quien se remitan los autos de nuevo, debe conformarse á la decision de aquel en cuanto al punto de derecho, juzgado por el mismo.

Es verdad que así se salva el inconveniente indicado de que el fallo de un Tribunal Superior se sobreponga al del Supremo; pero ¿se salva tambien el principio? Creemos que no. ¿Qué es esto en realidad sino una ficcion y una mera fórmula? Si en último término la Audiencia ha de conformarse á lo que haya decidido el Tribunal Supremo, éste, y no aquella, es quien de hecho y realmente falla el negocio en cuanto al fondo. ¿Por qué, pues, no facultarle para que lo haga de derecho, y desde el primer fallo en casacion? Así se evitarán gastos, dilaciones y conflictos, y el grave inconveniente de obligar á un Tribunal Superior á que falle quizá contra su conciencia, so pena de dar á la decision del Supremo el carácter y fuerza de interpretacion *auténtica* de la ley, con efecto retroactivo, lo cual no es sostenible.

Por estas consideraciones nos parece conveniente que el Tribunal de Casacion falle tambien en el fondo. No desconocemos que el sistema contrario desembarazaría algo al Tribunal; pero no tanto que sea motivo suficiente para adoptarlo: el recargo que puede producir, queda debidamente compensado con las ventajas que proporciona. Dicho recargo debe, en nuestro concepto, atribuirse mas bien, como ya hemos indicado, á las condiciones estrictas, bajo las cuales se ha establecido la casacion, segun vamos á demostrar.

V.

Mas sobre el mismo asunto.—Término para interponer el recurso.—Depósito.—Calificación previa.—Número de Ministros.—Copia del apuntamiento.—Audiencia fiscal.—Juicio sobre estas condiciones estrínsecas (1).

En primer lugar, el término de diez dias improrogables, que señala el art. 1022, para interponer el recurso, es sumamente corto: en muchos casos ni tiempo tendrá el defensor para consultar la voluntad de su cliente, y en la duda, y para salvar el procurador su responsabilidad, en razon á que no se necesita poder especial (artículo 1023), interpone siempre el recurso. Mucho menos lo tiene el interesado para consultar el dictámen de otros letrados, ni para deliberar con calma, y sin la escitacion que por de pronto produce un fallo desfavorable. Tres meses concede la legislacion francesa: fijese un término semejante, al menos el de cuarenta dias, y se interpondrán menos recursos de casacion. Esto lo prueba el hecho de que ascienden próximamente á un 16 por 100 los recursos en que se separa el recurrente, ó se declaran desiertos por no haber comparecido; pero siempre despues de haber ocupado la atencion del Tribunal, y turbado la accion de la cosa juzgada, que al cabo viene á reconocerse que merecia el concepto de tal.

En segundo lugar, el depósito que exigen los arts. 1027, 1028 y 1029, es insuficiente para su objeto, é ineficaz como pena, ni como medio de represion; á lo que hay que agregar que se dispensa de él en muchos casos. Recurso ha subido al Tribunal Supremo con 270 rs. de depósito. Esta suma, y aun en la mayor parte de los casos la de 4,000 rs., que es el máximo, no basta para indemnizar con la mitad á la parte contraria los perjuicios ocasionados con un recurso infundado, ni la otra mitad es pena proporcionada á la ofensa inferida al Tribunal sentenciador. Auméntese el depósito; extjase en todo caso, y de seguro disminuirán los recursos. Por si la falta de metálico pudiera ser un obstáculo, permítase la fianza, como la permitia el Real decreto de 4 de noviembre. Pero como todos los casos no son iguales, seria justo que el Tribunal Supremo estuviera facultado para fijar, dentro del *máximum* de aquel, la cantidad, á cuya pérdida deba ser condenado el recurrente, segun la ma-

(1) De la misma introduccion.

ver ó menor temeridad con que haya entablado el recurso; y aun tambien para absolverle de su pérdida, en la parte que sirve de multa, y hasta para imponer en un caso de estremada temeridad, que los hay sin duda, la prision subsidiaria á los que litiguen como pobres, toda vez que la pérdida del depósito se impone por vía de multa, y de indemnizacion de perjuicios. Esta facultad discrecional, conferida á la Sala de Casacion, seria muy conveniente para reprimir los abusos á que se presta el remedio.

Además, la calificacion prévia, hecha por una Sala del propio Tribunal Supremo, la cual desestimase de plano los recursos notoriamente infundados, seria el medio mas espeditivo que pudiera adoptarse. Sin la *Chambre des requetes* que tiene estas atribuciones, ¿cómo podrian despacharse en Francia sobre 700 recursos, que por término medio se interponen en cada año? Y no seria estraño, antes bien es probable, que en España lleguen á aproximarse á este número, si se tiene en cuenta el aumento progresivo que viene notándose, y que las quince Audiencias de la Península é islas adyacentes fallan sobre cinco mil pleitos en cada año (1).

El establecimiento de dicha Sala de calificacion es mas necesario entre nosotros, que en Francia, por la circunstancia de que no tenemos, como allí tienen, un colegio especial de abogados para el Tribunal de Casacion, organizados convenientemente, los cuales con su esperiencia y práctica especial contribuyen á facilitar el despacho. Por falta de esta circunstancia, y por ser nueva la institucion, no es de estrañar se citen con frecuencia, para fundar los recursos, doctrinas impertinentes, y leyes que no han sido infringidas ó que no conducen al caso. Recurso ha subido al Tribunal Supremo, en que se citaban, como infringidas, diez y ocho leyes, y hasta todas las de un título de nuestros códigos, versando los informes de los letrados sobre todas ellas, y viéndose la Sala de Casacion obligada á examinarlas una por una para dictar su fallo. La Sala de calificacion hubiera en tales casos desechado de plano las notoriamente impertinentes, fijando los puntos que debian debatirse, con la grande economía de tiempo que es consiguiente.

Tambien el número de ministros, de que se componen las Salas del Tribunal Supremo, es un obstáculo muy considerable para el

(1) En el año último de 1858 han despachado 5300 pleitos.

despacho, y hasta para la unidad de la jurisprudencia. De siete ministros se compone cada Sala, y este mismo número es el que debe concurrir á la vista de los recursos de que tratamos. Además de ser dicho número insuficiente para fallos de esta clase, como demostramos en el comentario al art. 1054, resulta que, cuando por enfermedad ú otra causa justa deja de asistir un ministro, tiene que suspenderse la vista, ó suplir la falta otro de otra Sala, lo cual no siempre es posible, y queda además defraudado el objeto que se propuso la Ley, al asignar á una Sala todos los recursos en el fondo.

Otro de los medios que contribuirían también á la expedición en el despacho, sería el entregar copia del apuntamiento á cada uno de los ministros de la Sala antes del día señalado para la vista. De este modo, al tiempo de verse el negocio, estarían ya enterados de la cuestión, y tendrían consultadas las leyes que se citen como infringidas: podrían, de consiguiente, apreciar con mas conocimiento de causa las razones que espongan los letrados en sus informes: se evitaria, fuera de algun caso extraordinario, el tener que pasar los autos, despues de la vista, al estudio de cada uno de los ministros, como hoy se hace en casi todos los negocios, y es de necesidad para poder emitir su voto con la reflexion, exámen detenido, justificacion y acierto que revelan los fallos del Tribunal: se economizaría el tiempo que en esto se invierte; y por último, se podría las mas veces proceder á la votacion y fallo del negocio acto continuo de la vista, teniendo por tanto mas tiempo el ponente para redactar la sentencia, y publicarla dentro del término legal.

A dicho fin, y para facilitar aun mas el despacho, sería conveniente la impresion del apuntamiento, despues de haber manifestado las partes su conformidad con él, ó de haberse hecho las reformas y adiciones que se estimen procedentes. Por término medio pueden calcularse en unos cien reales los gastos de la impresion; cantidad bien insignificante, y mas si se compara con las ventajas antes indicadas: poco menos costará á los litigantes la copia del apuntamiento, que el procurador saca para el letrado. Estos gastos deberian reputarse como costas del juicio, y pagarse bajo tal concepto por los interesados en el pleito; y cuando estos sean pobres, podrían suplirse, á calidad de reintegro, de los fondos procedentes de la mitad de los depósitos, cuya pérdida ha sido declarada, que quedan detenidos á disposición del Tribunal, como se pagan las costas de que habla el art. 1006.

Por último, uno de los defectos mas notables, que se encuentran en la nueva Ley de Enjuiciamiento, es el de no haber dado intervencion al Ministerio fiscal en la sustanciacion de estos recursos. Fúndase siempre en infraccion de ley ó de doctrina legal; y, segun ya hemos dicho, su objeto es impedir toda falsa aplicacion de la ley y su errónea interpretacion, á la vez que uniformar la jurisprudencia: de modo que, aun estando los litigantes se aprovechan inmediatamente de sus efectos, estos son tambien de órden público y en interés de la sociedad en general. Pudieran, además, concurrir tales circunstancias, que hubiese motivos para reputar la infraccion de ley cometida á sabiendas ó con malicia; y para exigir por tanto la responsabilidad á los magistrados que dictaron la sentencia. Bajo cualquiera de estos aspectos que se consideran los recursos de casacion, es necesaria la intervencion en ellos del Ministerio público; no para favorecer ni coadyuvar los intereses de una de las partes, sino para sostener los fueros de la ley y de la causa pública, de las que es legítimo representante y defensor. Esto está en armonía con los principios que rigen en nuestro procedimiento, consignados ya en el Reglamento provisional de 1835 para la administracion de justicia, segun el cual (arts. 70, 86 y 101) debe oírse á dicho Ministerio en los negocios civiles, cuando interesen á la causa pública, y siempre que ocurra alguna duda de ley.

Por estas consideraciones creemos que se ha faltado á una de las condiciones naturales, y sin duda de las mas espeditivas del recurso, con no haber dado intervencion al Ministerio fiscal. Siempre se ha conferido este cargo en el Tribunal Supremo de Justicia á los jurisconsultos mas eminentes, lo cual es otra garantía de acierto. El Fiscal, por tanto, examinando la cuestion con la imparcialidad propia de su ministerio, y sin la pasion de los interesados, contribuiría poderosamente con su ilustrado concurso á fijar la verdadera inteligencia de la ley, y á facilitar el fallo del Tribunal.

VI.

Casacion en el fondo.—Definicion de la doctrina legal.—Sobre la concurrencia del recurso por infraccion de la misma (1).

Segun el art. 1012, que se refiere á los recursos de casacion en el fondo, estos pueden fundarse «en que la sentencia sea *contra ley*,

(1) Coment. al art. 1012 de la Ley.

ó *contra doctrina* admitida por la jurisprudencia de los tribunales.» Debe entenderse, conforme á lo preceptuado en los dos artículos anteriores, que la sentencia ha de ser *ejecutoria*, ó sobre definitiva, y dictada por un Tribunal Superior. En cualquiera de dichas dos causas que se funde el recurso, vá dirigido á atacar la *ejecutoria* en el fondo, ó en su esencia; á demostrar que ha sido violada, ó interpretada y aplicada erróneamente la ley en la decision de la contienda, y á obtener la reparacion de la injusticia causada con tal motivo. Esto en cuanto al interés de las partes; que si se atiende al interés público, objeto preferente de estos recursos, es mantener en toda su pureza la ley, y fijar su verdadera inteligencia para que sirva de regla en los demás casos que requieran su aplicacion, uniformando así la jurisprudencia.

El Real decreto de 4 de noviembre de 1838, exigia en su artículo 3.º, para que hubiese lugar al recurso, la infraccion de *ley clara y terminante*. Si la ley tiene esta cualidad en su relacion con el caso á que se aplica, no debe temerse que sea infringida, ni mal interpretada; y si lo fuese, mas bien que el recurso de casacion, deberia entablarse el de responsabilidad: así es que en la práctica no se estimaba literalmente tal calificacion, y se admitia el recurso siempre que se citaba como infringida una ley, sin atender á si era ó no clara y terminante. Esto mismo es lo que ha sancionado la nueva Ley de Enjuiciamiento por el artículo que estamos comentando. Si el objeto de este recurso es, como hemos dicho, uniformar la jurisprudencia, nunca puede ser mas útil la casacion que cuando versa sobre una ley oscura ó dudosa.

Que la casacion está dentro de sus condiciones naturales cuando se funda en la infraccion de una ley, es un punto respecto del cual no hay divergencia de opiniones: no así cuando se permite fundarla en la infraccion de la doctrina. Si á las palabras del artículo 1012 «*doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales*» se diese la interpretacion lata á que se prestan; si por esa doctrina se entendiera la opinion espresada ó admitida por cualquier tribunal sobre un punto de derecho, no determinado en la ley, es indudable que se habria establecido la casacion fuera de sus justos límites, desnaturalizando el remedio. A una doctrina de tales condiciones no puede darse el carácter de jurisprudencia, ni el valor y autoridad que tiene la ley: al lado de ella puede presentarse ó establecerse otra doctrina contraria; y conduciría al absurdo el

permitir el recurso por infraccion de una doctrina, que no es mas que la opinion particular de un Tribunal superior, en contradiccion acaso con la de otro, y aun con la de otra Sala del propio Tribunal, pues no es raro ver que cada Sala de una misma Audiencia opine de diferente modo, y tenga su jurisprudencia particular.

No puede, ni debe entenderse, en nuestro concepto, con esa latitud el artículo que comentamos. ¿Cómo ha de suponerse que se ha querido dar fuerza y valor de ley á cualquier doctrina admitida por un tribunal, que no reúne las condiciones necesarias para formar jurisprudencia? La doctrina, á que se refiere la Ley, es sin duda alguna la *doctrina legal*, de cuya locucion, como sinónima de aquella, se usa en los arts. 1014, 1016, 1025 y en otros; y por *doctrina legal* debe entenderse la que tiene, mas ó menos esplicitamente, su fundamento y apoyo en la ley, ó en las reglas del derecho; la que se deriva de estas ó de aquella, como consecuencia legítima de sus principios, y bajo tal concepto está admitida generalmente en el foro, y ha llegado á constituir lo que se llama *jurisprudencia*.

La nueva Ley no ha hecho mas que sancionar lo que sobre este punto estaba ya admitido en la práctica. El Real decreto de 4 de noviembre de 1838, aunque en su artículo 3.º declaraba que solo hubiese lugar al recurso, respecto de la nulidad ó casacion en el fondo, por infraccion de *ley clara y terminante*, despues en el art. 7.º, al determinar la forma para interponerlo, decia, que esto se hiciera por escrito con firma de letrado, en que se citasen *la ley ó doctrina legal infringida*; de modo que vino á equiparar una y otra causa, y por ambas se admitia el recurso (1). Tambien lo permite por las dos la Real cédula de 30 de enero de 1855, sobre administracion de justicia en Ultramar: «habrá lugar, dice en su art. 194, al recurso de casacion por violacion de ley espresa y vigente en Indias, ó de una *doctrina legal recibida á falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales.*» Como se vé, concreta mas el concepto; pero el pensamiento es el mismo.

En este sentido, pues, habrá de entenderse el art. 1012 que estamos comentando, y así lo viene aplicando tambien el Tribunal Supremo de Justicia, como puede verse en várias de sus decisiones en casacion. La doctrina infringida ha de derivarse de la ley, ó de

(1) Puede verse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en recurso de nulidad, de 17 de octubre de 1854.

los principios del derecho (1): de otro modo no podría llamarse legal; y bajo este concepto ha de estar admitida generalmente por la jurisprudencia de los tribunales: no ha de ser la opinion particular de alguno de ellos, ni de autores determinados. Entendido con esta restriccion el art. 1012, creemos conveniente su precepto, y que no hay motivo para considerar establecida la casacion fuera de sus justos limites. Así la doctrina legal es el complemento, la interpretacion ó esplicacion de la ley: su violacion, por tanto, es, mas ó menos directamente, la violacion de la ley misma; si no en su letra, al menos en su espíritu; y nunca es mas conveniente la casacion que en estos casos para evitar que se estravie la doctrina, y para conservar en toda su pureza los principios consignados en las leyes, ó en las reglas de derecho, admitidas como tales por la jurisprudencia.

Para permitir la casacion por infraccion de la doctrina legal, adúcese tambien como razon, y lo es en efecto, la del estado de nuestra legislacion, compuesta de compilaciones incompletas de leyes formadas en diferentes siglos, y por tanto sin armonía ni concierto, algunas en desuso, y otras con antinomias no muy fáciles de conciliar, siendo por tanto necesario en muchos casos resolver las cuestiones de derecho con arreglo á la doctrina admitida por la jurisprudencia. Pero aunque disminuiría notablemente esta necesidad con la publicacion de un buen Código civil, no por esto dejaria de existir por completo hasta el punto de hacer innecesaria la casacion por dicha causa. Por mas perfecta que sea una legislacion, es imposible haya previsto todos los casos; y obligados los tribunales á juzgar y fallar cuantas contiendas ante ellos se deduzcan, se verán siempre en la necesidad de apelar muchas veces á la doctrina legal. ¿Y no es notoria la conveniencia de la casacion, cuando esta doctrina sea infringida, para impedir la violacion de los principios del derecho, ó la errónea interpretacion de la ley, en que por analogía ó por deducccion busque aquella su apoyo? En esto precisamente se diferencian los negocios civiles de los penales: aquellos son siempre justiciables, aunque no exista ley espresa para el caso; pero en lo penal, por mas reprehensible que sea un hecho, no es justiciable, si la ley no lo ha definido y penado como delito ó como falta, y por

(1) Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en recursos de casacion, de 30 de noviembre de 1858, 20 de enero y 5 de febrero de 1859.

esto no es admisible la casacion sino por violacion de ley espresada.

Creemos haber demostrado la conveniencia de que se permita la casacion en lo civil por violacion de la *doctrina*, siempre que esta sea *legal*, esto es, que se derive mas ó menos directamente de la ley, ó de los principios y reglas del derecho, y que se halle generalmente recibida, ó autorizada, como arriba espresamos. A esta doctrina es á la que se refiere sin duda el art. 1012 de la Ley. Mas, por no haberla definido convenientemente, se ha dado ocasion, como hemos indicado en el párrafo IV, al abuso de fundar algun recurso en la *infraccion* de doctrinas, que no tienen otro apoyo que la opinion de un Tribunal Superior, ó la de algun comentarista, cuyo nombre y texto se ha citado en el escrito: el Tribunal Supremo ha desestimado, con razon, tales recursos, por no ser legal, ni considerarse elevada á jurisprudencia, la doctrina que se citaba como *infringida* (1).

VII.

Calificacion de los hechos.—¿Puede hacerla el Tribunal Supremo (2)?

La injusticia de una ejecutoria puede nacer, ó de la falsa apreciacion de los hechos, ó de la aplicacion errónea del derecho. ¿Procederá en ambos casos el recurso de casacion en el fondo? ¿Puede el Tribunal Supremo deliberar y juzgar sobre la apreciacion de los hechos; ó habrá de atenerse á la calificacion que de ellos haya hecho el Tribunal *á quo*? Hé aquí una de las cuestiones mas importantes, que la nueva Ley no ha decidido espresamente, á pesar de haberlo hecho la Real cédula de 30 de enero de 1855 para los negocios de Ultramar. Esta, despues de haber ordenado en el art. 198, que no tiene lugar el recurso de casacion, «si conformes las partes en el derecho, versase la cuestion sobre hechos,» dice en el 211 que «respecto á los hechos, la Sala de Indias habrá de atenerse en la determinacion del recurso á la calificacion de aquellos, en que se haya

(1) Véanse las sentencias de 21 de diciembre de 1838, 23 de febrero de 1859 y otras.

(2) Del mismo coment. al art. 1012.

fundado el Tribunal *á quo*.» Siendo, como son de un mismo año ambas disposiciones, y aquella posterior á esta, parece que haya sido intencional su silencio. Sin duda se ha creído que bastaba el precepto del art. 1012, que estamos comentando.

Y con efecto, ese silencio sobre este punto, que guardó tambien el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, no ha sido obstáculo para que el Tribunal Supremo, sin separarse de lo que ordena dicho artículo, haya fijado su jurisprudencia conforme á la doctrina mas aceptable. El Tribunal, al decidir en casacion, no juzga sobre la certeza de los hechos, ni de consiguiente sobre el valor de las pruebas: esto lo verifica, como debe verificarlo, para dictar su fallo sobre el fondo de la cuestion, cuando ha sido casada la ejecutoria (art. 1060); de modo que por regla general en la primera decision se atempera á la calificacion hecha por el Tribunal *á quo* (1).

Mas no por esto se abstiene de examinar los hechos: como el derecho es la consecuencia del hecho, los examina para ver si en la aplicacion del derecho se ha infringido la ley, y á este fin los establece en la sentencia, segun lo previene el art. 1058. Tambien los examina, como es de necesidad, para ver si la apreciacion, que de ellos ha hecho la Audiencia, está ajustada á la ley, cuando el recurso se funda en la violacion de ley sobre este punto. En una palabra, al decidir en casacion el Tribunal Supremo, solo examina y aprecia los hechos, en cuanto es necesario para determinar si se ha cometido ó no la infraccion de ley, en que se funda el recurso; y si existe esta infraccion, casa la ejecutoria, ora se refiera la ley violada á la apreciacion de los hechos, ya á la determinacion del derecho. Pero si no se ha infringido ley alguna en la calificacion de los hechos, entonces la decision de la Audiencia sobre este punto es soberana é irrevocable, y á ella se atempera el Tribunal Supremo para la determinacion del recurso. Así sucede siempre que se trata de la prueba de testigos, en razon á que el art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento civil deja su apreciacion al criterio judicial (2).

Lo espuesto se deduce de la doctrina consignada por el mismo

(1) Véase la doctrina consignada en los *considerandos* de las sentencias del propio Tribunal Supremo, en recursos de casacion, de 13 de octubre y 6 de diciembre de 1856.

(2) Sentencias de 9 de marzo y 26 de octubre de 1857, 23 de febrero y 12 de octubre de 1858, y otras muchas.

Tribunal Supremo de Justicia en varias de sus sentencias en casacion. Tambien lo vemos confirmado por el Sr. Marqués de Gerona en un importante escrito, que ha publicado recientemente (1). La circunstancia de haber contribuido á establecer esta jurisprudencia, conveniente en nuestro concepto, como Presidente, que ha sido, de la Sala primera de dicho Tribunal Supremo, dá tanta autoridad á sus palabras, que creemos muy del caso el transcribirlas. Dice así este distinguido jurisconsulto (2):

«La Sala primera admite y declara la casacion donde quiera que encuentra infringida una ley espresa, aun cuando esta ley sea reguladora de la prueba legal de los hechos.

»La Sala no admite ni declara la casacion donde la ley deja al arbitrio ó discrecion de los tribunales la apreciacion de las pruebas sobre el hecho mismo.

»La Sala se abstiene cuidadosamente, en virtud de las citadas disposiciones del artículo 317, de juzgar sobre los hechos comprobados únicamente por medio de testigos; hechos, cuya calificacion queda hoy mas encomendada á la sana crítica de nuestros jueces y magistrados. No habiendo ya ley civil que regule casuísticamente su criterio, tampoco puede existir infraccion alguna de esta clase en sus sentencias.

»La Sala admite y declara la casacion por infraccion ó mala inteligencia notoria de cláusula espresa y terminante, ó sea por violacion de la ley del contrato, segun la tecnología francesa.

»La admite asimismo cuando hay error, no en la apreciacion de la prueba, sino en la calificacion del acto ó del hecho, á que se refiere, en sus relaciones con la misma ley, como v. g.; cuando una Audiencia declara la existencia de un contrato de arrendamiento sobre hechos ó pactos, á que la ley atribuye el carácter de usufructo.»

Y concluye manifestando que «á estas cuatro reglas de doctrina pueden reducirse las bases cardinales de la jurisprudencia, hasta hoy admitida en nuestra casacion;» reglas que están conformes con lo que antes hemos espuesto.

(1) Nos referimos al folleto titulado: *Exámen del recurso de Casacion en España.*

(2) Pág. 23 y siguientes de dicho folleto.

VIII.

Sobre el número de Ministros conveniente para decidir en casacion (1).

Poco tendríamos que decir respecto de estos artículos, si nos concretáramos á esponer su parte dispositiva. Esta es clara y terminante. De un presidente y seis ministros se compone hoy cada una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia; y segun dichos artículos, los siete deben concurrir á la vista de los recursos de casacion, desempeñando el cargo de ponente uno de los ministros, cuyo servicio deben prestar por riguroso turno, conforme á lo ordenado en el art. 36. Podrá suceder, y sucede con frecuencia, que por enfermedad ú otra causa no pueda concurrir alguno de ellos: en tal caso los ministros son reemplazados por los de las otras Salas, inclusa la de Indias, tambien por turno riguroso, principian-do por los mas antiguos; y los presidentes de Sala lo son por el Presidente del Tribunal, ó por los de las otras Salas; éstos por turno en igual forma.

Esto es lo que ordenan dichos tres artículos, habiéndose olvidado el 1036 de que por el 36 se habia mandado que, en caso de discordia, «uno de los dirimientes será *siempre* el Presidente en el Tribunal Supremo.» Si se ha de reservar para dirimir las discordias, puesto que ha de ser *siempre* uno de los dirimientes, ¿cómo ha de suplir en las vistas á los presidentes de Sala? Como el objeto de la Ley no puede ser otro que atender al mas espedito despacho en la administracion de justicia, interpretándola bajo este concepto, se concilian en la práctica esas dos disposiciones contradictorias, supliendo el Presidente del Tribunal á los presidentes de Sala solo en casos de absoluta necesidad, cuando no pueden ser reemplazados por los otros presidentes de Sala sin que quede desatendido el servicio.

Aquí terminaríamos este comentario, si nos limitásemos á esponer el procedimiento constituido por los tres artículos de que tratamos; pero en la introduccion del presente título (véase el §. V) reservamos para este lugar el demostrar que no bastan siete ministros para fallos de esta clase, y nos creemos en el deber de examinar este punto importantísimo.

(1) Coment. de los arts. 1034, 1035 y 1036.

En iguales condiciones, la garantía de acierto está en el mayor número de votos: así está constituida la humanidad, y se tendría por viciosa é inconveniente cualquiera organizacion de tribunales, que no descansara en esta base. Es indispensable, por tanto, que todo fallo de revision sea dictado por mayor número de votos de los que pueda tener á su favor el fallo revisado: de otro modo la opinion de las menos prevaleceria sobre la de los mas, contra lo cual se subleva el sentido comun. Sensible nos es decirlo; pero á esto puede dar lugar la disposicion del art. 1054.

Y con efecto; concurriendo siete ministros á la vista de estos recursos, cuatro votos conformes forman sentencia: puede suceder, por tanto, que se case y anule una ejecutoria por cuatro votos contra tres de igual categoria y autoridad, que estaban conformes con los de los magistrados que dictaron la ejecutoria, los cuales serán tres por lo menos, y aun podrán ser cuatro ó cinco, y acaso tambien con el del juez de primera instancia; resultando que la opinion de cuatro prevalece sobre la de seis, y en algun caso tambien sobre la de nueve. ¿Qué autoridad moral puede llevar en sí un fallo de esta clase, para que sea considerado con todo el respeto que se merece por su naturaleza, y por los efectos que produce?

Si en apoyo de la disposicion que combatimos quiere alegarse el precedente establecido por el Real decreto de 4 de noviembre de 1858, que tambien señaló siete ministros para la vista y determinacion de los recursos de nulidad, haremos notar que dicho Real decreto no concedia este recurso sino contra las sentencias de revista, que no eran conformes con las de vista; de modo que, al voto de la mayoría del Tribunal Supremo, se reunia el de los magistrados que dictaron una de las dos sentencias de vista ó de revista, lo cual no puede suceder en los recursos de casacion por haberse suprimido la tercera instancia. Y si precedentes quieren buscarse, citaremos los recursos de segunda suplicacion, y de injusticia notoria en asuntos ordinarios y en los de comercio, que no podian verse por menos de nueve ministros (1). Tambien debemos citar la legislacion francesa, la cual exige para la decision de estos recursos la concurrencia de once magistrados de los diez y seis de que se compone cada una de las tres Salas del Tribunal de Casacion.

(1) Art. 97 del Reglam. propia. para la administración de justicia.

Basta lo dicho para comprender la necesidad de reformar el artículo 1054 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y de dar una organización adecuada al Tribunal Supremo de Justicia. Si no todas las Salas, al menos la primera, que es la que conoce de los recursos de casación en el fondo, debiera componerse de once ministros, bastando nueve para la vista y decisión de los recursos; pero sin que pueda declararse la casación sino por seis votos conformes. Este número, unido á la calidad de los votos, ofrece la garantía necesaria para el acierto, sin que pueda desvirtuarse la fuerza moral del fallo por los votos que resulten en sentido contrario. Así también, con dos ministros de esceso, se evitaria el auxilio de las otras Salas, con ventaja para la uniformidad de la jurisprudencia, y se facilitaría el despacho de las ponencias, y con él el de los muchos recursos de que se vá recargando dicha Sala primera. Quizá se opongan á esta reforma razones de economía, únicas que en nuestro concepto pueden objetarse; pero ¿qué significa ese pequeño aumento en el presupuesto del Estado, comparado con las grandes ventajas que ha de proporcionar á la administración de justicia?

IX.

Fallos en casación.—Sobre la sustanciación posterior de los autos, cuando se dá lugar al recurso en la forma.—Mas sobre el fallo en el fondo (1).

Después de haber establecido el art. 1058 la forma en que deben redactarse las sentencias resolutorias de los recursos de casación, pasa la Ley á determinar en el 1059 y siguientes, las declaraciones que por ellas han de hacerse, en cada uno de los diferentes casos que pueden ocurrir. La declaración capital, que deben contener estas sentencias, es la de *haber*, ó *no haber lugar al recurso*: las demás declaraciones son accesorias, y como una consecuencia precisa é indeclinable de aquella.

El Tribunal Supremo declarará *haber lugar al recurso*, siempre que estime que la ejecutoria ha sido dictada contra la ley ó la doctrina legal, citadas oportunamente, ó que en el procedimiento se ha cometido la falta alegada como fundamento del recurso, con tal que sea alguna de las espresadas en el art. 1013; y en otro caso debe declarar *no haber lugar á él* (arts. 1059 y 1062). Para hacer

(1) Coment. á los arts. 1059 á 1063 inc.

estas declaraciones ha de atender á la resultancia, que ofrecian los autos cuando se dictó la ejecutoria. Tambien ha de tomar en consideracion *única y exclusivamente* la ley, ó doctrina legal, ó regla del procedimiento, *que se hayan citado oportunamente como infringidas*; de modo que, aun cuando el Tribunal Supremo estime que han sido infringidas otras leyes ó reglas del procedimiento, no puede apoyarse en ellas para casar y anular la ejecutoria, si la parte interesada no las ha alegado oportunamente como fundamento del recurso. Ya hemos dicho que el remedio de la casacion solo es aplicable á las violaciones en el fondo ó en la forma, que se hayan alegado y reclamado en tiempo oportuno. En el comentario del art. 1049 hemos indicado la razon de esta doctrina, universalmente admitida.

Si el Tribunal estima improcedente el recurso, al declarar *no haber lugar á él*, debe condenar en las costas al que lo hubiere interpuesto, en pena de su temeridad, y además á la pérdida del depósito, en los casos en que se haya constituido (art. 1062). Cuando el recurrente haya prestado caucion, por estar declarado pobre, se le impondrán estas condenas, con espresion de que se entiendan para cuando llegue á mejor fortuna (art. 1052). En tales casos ha de mandarse tambien, que la mitad del depósito se entregue al que hubiere sostenido la ejecutoria, como indemnizacion de perjuicios, y que se conserve la otra mitad en el Banco á disposicion del Tribunal, para cubrir las atenciones que se espresan en el art. 1098, y que espندرémós en su comentario (art. 1063); devolviéndose los autos del modo que previene el 1067. Téngase presente que el Tribunal Supremo no puede prescindir en estos casos de condenar al recurrente en la pérdida de todo el depósito. El art. 217 de la Real cédula ya citada de 30 de enero de 1835, deja al prudente arbitrio de dicho Tribunal el imponer ó no esta condenacion, cuando el principal fundamento del recurso sea la infraccion, no de ley, sino de la doctrina legal. Por razones bien obvias es esto muy justo, racional y conveniente, y sentimos no ver igual disposicion en la Ley de Enjuiciamiento civil. Véase tambien lo que hemos dicho sobre el depósito en al §. V de estas OBSERVACIONES.

Y cuando el Tribunal Supremo estime y declare *haber lugar al recurso*, debe al propio tiempo casar y anular la ejecutoria, como es consiguiente, mandando devolver al recurrente el depósito, si se hubiere constituido (art. 1059), ó la cancelacion de la fianza en su caso; pues aunque respecto de esta nada dice la Ley, basta considerar

que ocupa el lugar del depósito, para que, siguiendo el espíritu de la misma Ley y las reglas del derecho, se libre de tal gravamen al récurrente cancelando la fianza, como se practica. En estas sentencias no procede la condenacion en costas, en razon á que no puede suponerse temeridad en el litigante que, sosteniendo la ejecutoria, es vencido en el recurso; por esto, sin duda, hace caso omiso de ellas el artículo antes citado.

Respecto de lo demás que ha de mandarse en dicha sentencia, es necesario distinguir, si el recurso es *sobre el fondo*, ó si versa *sobre la forma*. En este segundo caso, en el mismo fallo, en que se case y anule la ejecutoria, debe mandar el Tribunal Supremo, como previene el art. 1061, que se devuelvan los autos al Tribunal de que procedan, para que, reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió la falta que haya dado motivo á la casacion, los sustancie y determine por sí mismo, si aquella tuvo lugar en la segunda instancia; ó los haga sustanciar y determinar por el juez inferior con arreglo á derecho, si se hubiese cometido en la primera. Véase lo que hemos dicho sobre este particular al comentar cada una de las causas del art. 1013.

Para el caso de que tratamos ordenaba tambien el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, en su art. 19, que se devolviesen los autos al Tribunal *á quo*, para que, reponiendo el proceso al estado que tuviere antes de cometerse la nulidad, lo sustanciase y determinase con arreglo á las leyes; pero añadiendo, que esto se hiciera *por ministros diferentes de los que tomaron parte en los fallos anteriores*. Igual disposicion contiene la Real cédula de 30 de enero de 1855 en su art. 215, si bien con la modificacion de que los ministros sean, no todos, sino *en su mayor parte*, diferentes de los que intervinieron en el fallo anulado. La nueva Ley no ha seguido estos precedentes; no ha tomado estas precauciones, dictadas por la prudencia, como garantía de acierto, y para alejar toda prevencion desfavorable. Del art. 1061 se deduce que los autos han de sustanciarse y determinarse de nuevo por los magistrados que compongan la misma Sala que dictó el fallo anulado, y que desestimó la subsanacion de la falta que ha producido la nulidad, los cuales podrán ser los mismos que habian incurrido en ella, ó la habian autorizado. Sin duda se habrá considerado que la opinion, que tuvieran dichos magistrados respecto de la diligencia anulada, no puede ser trascendental al fallo definitivo del negocio. Así lo creemos tambien;

atendida la honradez y rectitud de nuestra magistratura; pero mejor hubiera sido, en nuestro concepto, seguir el sistema del Real decreto citado, que aleja, como hemos dicho, todo motivo de prevencion y de desconfianza, y ofrece por tanto mayores garantías de acierto.

Réstanos examinar lo que ha de hacerse cuando se case y anule la ejecutoria por haber sido dictada contra ley, ó contra doctrina legal. Al determinar el art. 1060, ha resuelto una cuestion de las mas graves é importantes que se suscitan sobre esta materia, á saber: ¿Una vez casada la ejecutoria, quién debe fallar sobre el fondo del pleito? ¿el mismo Tribunal de casacion; ó el Tribunal *á quo*? En la introduccion del presente título (véase el §. IV) hemos examinado ya esta cuestion, demostrando la conveniencia de que sea el mismo Tribunal Supremo quien falle sobre el fondo, como lo ordena el artículo antes citado.

Esto supuesto, pueden adoptarse para su ejecucion tres sistemas diferentes: 1.º, que falle sobre el fondo la misma Sala que haya decidido en casacion, acto continuo y sin nueva vista: 2.º, que sea la misma Sala; pero en diferente acto, y con nueva vista: 3.º, que dicte dicho fallo otra Sala del propio Tribunal Supremo. Los tres sistemas se están ensayando actualmente entre nosotros: el primero con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil: el segundo en los negocios de Ultramar, conforme al art. 214 de la Real cédula, tantas veces citada, de 30 de enero de 1853; y el tercero, en las causas por delitos contra la Hacienda pública, con arreglo al art. 108 y sigs. del Real decreto de 20 de junio de 1852. Veamos cuál de ellos es el mas conveniente.

El último, además de no ser conforme á los principios que rigen en esta materia, no ofrece economías ni ventajas de niágun género, y dá lugar al peligro, que siempre debe evitarse, de que puedan ponerse en contradiccion dos Salas de un mismo Tribunal: inconveniente grave, que nos hace considerar este sistema como el mas desventajoso de todos. Los otros dos no ofrecen este peligro, puesto que una misma Sala es la que falla en casacion, y sobre el fondo son, por tanto, los mas aceptables.

El primero de estos tiene la ventaja para los litigantes de ser menos dispendioso, y mas breve la terminacion del pleito, en todos los casos en que se declare haber lugar al recurso, pues se evitan las dilaciones y gastos de la nueva vista que, segun el segundo sistema, es necesaria para fallar sobre el fondo. Pero se le objetan gra-

ves inconvenientes. Como el exámen de los autos en tal caso es para decidir á la vez en casacion y sobre el fondo, es indispensable que el relator se estienda en el apuntamiento, y los letrados en sus informes, á todos los hechos y razones que se refieran al fondo, cuando en otro caso se concretarian pura y simplemente á lo relativo á la infraccion de la ley ó de la doctrina; resultando de ello, segun los que impugnan dicho sistema, mas largas y complicadas las vistas, con inutilidad notoria, siempre que se declare no haber lugar al recurso, lo cual sucede próximamente en cuatro quintas partes de los que se entablan.

Creemos, sin embargo, que este inconveniente no es tan grave como á primera vista parece, ni tiene la importancia que quiere dársele. Como el derecho es la consecuencia de los hechos, segun ya hemos dicho, raro será el caso en que no sea necesario entrar en el exámen de estos, y del fondo del negocio, para decidir si ha sido, ó no, infringida la ley ó la doctrina legal, que se hayan citado para fundar el recurso. Tenemos el convencimiento de que, salvo muy rara escepcion, la misma estension darian los letrados á sus informes en úno que en otro caso, y así lo confirma la esperiencia. Y no puede ser otra cosa: si es injusta la ejecutoria porque se ha infringido la ley, para probar esta infraccion es necesario demostrar la injusticia; es indispensable hacer ver que ha sido vulnerado el derecho de la parte, lo mismo que para obtener la revocacion y enmienda en el fondo. Solo prohibiendo absolutamente toda apreciacion y discusion sobre los hechos, es como podria conseguirse alguna brevedad en los informes.

Pero aun cuando, reservando para la nueva vista todo lo relativo al fondo, pudiera obtenerse en la primera alguna ventaja bajo el concepto antedicho, no es bastante, en nuestro concepto, para adotar este sistema. A los gastos y dilaciones de la nueva vista, en la que de seguro se reproducirian y esforzarian las razones alegadas en la primera, hay que agregar el inconveniente de que es posible no puedan concurrir á la segunda vista los mismos ministros que asistieron á la primera, y se corre el peligro de que no sean acordes los fallos. Creemos á esto preferible el que se devuelvan los autos al Tribunal *á quo*, para que falle sobre el fondo.

Por todo lo espuesto nos parece muy conveniente la disposicion del art. 1060, segun el cual, «si el recurso se hubiere fundado en infraccion de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia, dicta-

rá el Tribunal Supremo á *continuacion, pero separadamente*, sobre la cuestion objeto del pleito, la sentencia que crea conforme á los méritos de los autos, y á lo que exigieren la ley ó doctrina quebrantadas en la ejecutoria.» En el párrafo siguiente espondremos la razon que se ha tenido para ordenar, que esta sentencia se dicte *separadamente*, aunque á *continuacion* de la primera en que se hubiere de estarado haber lugar al recurso.

X.

Publicidad de las sentencias.—Conveniencia de un Boletín de Casacion (1).

El objeto y fin de los recursos de que tratamos, reclamaban la adopcion de lo que dispone el art. 1064. Ya hemos dicho que han sido establecidos para impedir toda violacion de ley y su errónea *interpretacion*, y para fijar y uniformar la jurisprudencia; de modo que el objeto de la casacion, no solo es aplicar rectamente la ley al caso particular que motiva el recurso, sino tambien *interpretarla doctrinalmente*, y fijar la jurisprudencia para los demás casos análogos que puedan ocurrir. A este fin es necesario publicar oficialmente las decisiones en casacion, para que de todos sean conocidas, y así lo ordena el artículo que comentamos: de otro modo seria ilusorio el principal objeto de este remedio.

Pero como las sentencias del Tribunal Supremo en estos recursos tienen un doble interés, segun hemos indicado, dicha publicacion debe limitarse á lo que es de interés general; á la parte en que se explica é interpreta la ley, decidiendo si ha sido ó no infringida, ó en que se define y establece la doctrina; que es lo que forma *jurisprudencia sobre la cuestion legal discutida en el pleito*. El fallo sobre el fondo de la cuestion, objeto del litigio, es ya una consecuencia del fallo en casacion; es la aplicacion recta de la ley ó de la doctrina legal, en los términos que han sido definidas, al caso particular que se debate; y como de interés meramente privado, no debe publicarse.

Para realizar este pensamiento, tan fecundo en buenos resultados, y necesario á la vez para el objeto de la casacion, se dispuso por el art. 1060, que cuando se estime procedente el recurso fundado en infraccion de ley ó de doctrina legal, se dicten dos senten-

(1) Coment. del art. 1064.

cias, si bien á continuacion la una de la otra: en la primera se declara haber lugar al recurso, casando y anulando la ejecutoria, y mandando en su caso la devolucion del depósito, ó que se cancele la caucion; y en la segunda se falla la cuestion, objeto del pleito, conforme á los méritos de los autos, y á lo que exigieren la ley ó doctrina quebrantadas en la ejecutoria. Y ahora, por el artículo que comentamos, se ordena que la primera de estas dos sentencias, como igualmente las que se dicten declarando no haber lugar al recurso en el fondo, y decidiendo en cualquier sentido los recursos sobre la forma, ó sea los que se funden en alguna de las causas espresadas en el art. 1013, se publiquen en la *Gaceta de Madrid*, é inserten en la *Coleccion legislativa*. De este modo reciben la publicidad y autorizacion convenientes. La naturaleza y carácter de dichas sentencias, y el objeto de su publicacion, exigen que esta se haga de oficio, y en la parte oficial de la *Gaceta*, como se practica, pues siendo en interés público, no seria justo obligar á los litigantes á que pagasen los gastos de la insercion en dichas publicaciones oficiales.

En el Real decreto de 4 de noviembre de 1838 ya se mandó que se publicasen en la *Gaceta* del Gobierno los fallos del Tribunal Supremo sobre recursos de nulidad. La misma disposicion han reproducido el Real decreto de 1852 relativo á la jurisdiccion de la Hacienda pública, y la Real cédula de 1855 sobre administracion de justicia en Ultramar. La nueva Ley de Enjuiciamiento ha ordenado, como hemos visto, que además se publiquen en la *Coleccion legislativa*, que es el libro de las leyes y de las disposiciones oficiales, de igual autenticidad que aquella; pero de mas permanencia, y mas fácil de manejar por su forma.

Aplaudimos esta disposicion: quisiéramos, no obstante, se hiciera en ella una reforma, que nos parece muy conveniente. Ni la *Coleccion legislativa* está al alcance de todas las fortunas, ni la forma, en que se publican en ella estas sentencias, es la mas á propósito para facilitar su consulta: salen además con erratas notables, unas de imprenta, y otras acaso de copia. Todos estos inconvenientes se salvarian publicándose en coleccion separada, con buenos índices alfabéticos de materias, autorizando la publicacion el Ministerio de Gracia y Justicia para que lleve esta sancion oficial; pero bajo la inspeccion del propio Tribunal Supremo. Que esto es ya una necesidad, lo demuestra el que empresas particulares están prestando

este importante servicio con general aceptación (1), á pesar de que no lleva la autenticidad que les daría la publicación oficial, y que es tan necesaria en documentos de esa clase. En Francia se publica con este objeto un *Boletín de Casacion*: nosotros le daríamos el nombre de *Coleccion de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia*, ú otro equivalente, para comprender en ella, no solo las pronunciadas sobre casacion, sino tambien sobre competencias, y demás que deben publicarse segun las disposiciones vigentes. Con todas estas sentencias, que son un precioso repertorio de jurisprudencia, puede ya formarse un grueso volumen en cada año, á pesar de no estar establecida todavía la casacion en lo criminal.

591.

Certificaciones para la ejecucion de lo juzgado.—Supresion de Reales cartas ejecutorias.—Sus inconvenientes (1).

Qualquiera que sea la sentencia que se dicte por el Tribunal Supremo de Justicia, ha de acordarse, sin necesidad de peticion de parte, que se devuelvan los autos á la Audiencia de que procedan, á costa del que interpuso el recurso, con la certificacion correspondiente para la ejecucion de lo juzgado. Esta certificacion ha de contener la sentencia ó sentencias pronunciadas con arreglo á los artículos 1069 y siguientes, y además la tasacion de costas, cuando haya habido condena especial de ellas. Así lo ordena el art. 1067 que comentamos, debiendo tenerse presente que dicha tasacion de costas ha de practicarse y aprobarse con arreglo á lo que prescriben los arts. 78 á 81 inclusive.

Por la disposicion que comentamos, lo mismo que por el artículo 886, á la antigua y solemne fórmula de Reales provisiones ó cartas ejecutorias, se ha sustituido la de una simple certificacion, librada por el escribano de cámara. Sin duda se habrá dispuesto así por razon de economía, para evitar gastos á las partes: no nos parece, sin embargo, razon suficiente de novedad tan importante. Si se cometian abusos en la estension de las Reales cartas ejecutorias; si no

(1) Véase nuestra Coleccion de la JURISPRUDENCIA CIVIL, que consta de tres tomos.—D. DE LA R.

(2) Coment. del art. 1067.

se consideraba suficiente la limitacion, que para evitarlos les puso el art. 8.º del Real decreto de 5 de enero de 1844, que se hubiese mandado no contuvieran otros insertos que la sentencia y la tasacion de costas en su caso, como se previene respecto de las certificaciones; pero no introducir esa novedad, contraria á nuestras prácticas, y á las de todas las naciones.

La justicia se administra en nombre del Rey, segun la Constitucion del Estado, y en su nombre por tanto deben librarse las cartas ejecutorias, como se han librado siempre. Además, una ejecutoria es una ley para los litigantes y sus sucesores; y ley de tal naturaleza, que no puede ser modificada ni derogada, como las generales, por el mismo poder que las dicta: por esta razon el documento que la contenga, debe estar concebido en forma preceptiva, la que no puede darse á las certificaciones. Por otra parte, éstas carecen del sello real, y de las solemnidades que dan á las antiguas ejecutorias mayor autenticidad para el presente y el porvenir. ¿Y no es inconveniente é injustificado que á un documento de tanta importancia, que encierra declaraciones tan trascendentales para la propiedad y para la familia, se le haya despojado de solemnidades que aumentaban su prestigio y su autenticidad?

Es de notar tambien que, respecto de las certificaciones de que tratamos, no se ha impuesto la obligacion de tomarse razon de ellas en la Cancillería del Tribunal; omision muy notable y de trascendentales consecuencias, pues además de faltarle esta solemnidad al documento que contiene una ejecutoria pronunciada por el primer Tribunal de la nacion, y contra la cual no es posible recurso alguno, queda sin la garantía que para cualquier evento se tenia antes en el registro de la Cancillería, que hace tanta fé como las sentencias originales. Y es todavía mas notable dicha omision, por cuanto no se ha incurrido en ella al tratar de las ejecutorias de las Audiencias: véase, sino, el art. 887, segun el cual ha de tomarse razon en la Cancillería de la Audiencia, quedando copia literal, de toda certificacion con que se devuelvan autos para la ejecucion de lo juzgado; de modo que se han revestido de mayores solemnidades y garantías las certificaciones comprensivas de estas ejecutorias de los Tribunales Superiores, que las que contienen las dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia.

Por todas estas consideraciones creemos conveniente, y aun necesaria, la reforma del art. 1067, y que se restablezca la antigua

práctica de librar Reales cartas ejecutorias, en nombre del Rey, firmadas por el Presidente del Tribunal, el que lo sea de la Sala y dos Ministros de la misma, registradas y selladas por Cancillería, y con las demás formalidades que previenen los arts. 14, 72, 73, 80 á 83 inclusive del Reglamento del propio Tribunal.

XII.

Casacion en interés de la ley (1).

Los tres últimos artículos del título 21 de la Ley de Enjuiciamiento tratan de la casacion *en interés de la ley*. Se le dá este nombre, no porque no sean tambien en interés de la ley los recursos promovidos por las partes, pues ya hemos dicho que la casacion ha sido introducida principalmente en interés público, siendo el interés privado su objeto secundario; sino porque el recurso, de que vamos á tratar, ha sido establecido única y exclusivamente en interés de la ley, sin que sus efectos puedan alcanzar en ningun caso á los interesados en el pleito.

Puede suceder que, á pesar de haber sido dictada contra ley ó contra doctrina legal una ejecutoria, se aquieten con ella las partes por no esponerse á los gastos y resultados del recurso de casacion, ó porque, por cualquier otro motivo, así convenga á sus intereses. En tal caso la ejecutoria debe producir todos sus efectos entre los litigantes, puesto que se conformaron con ella; pero al orden público interesa que se conserve en toda su pureza la recta inteligencia de la ley, que no se altere su genuino sentido con interpretaciones arbitrarias, que se fije la doctrina, y se uniforme la jurisprudencia. En tan poderosas y atendibles consideraciones se fundan los artículos que comentamos para ordenar, siguiendo el ejemplo de otras naciones, que en tales casos pueda el Ministerio fiscal interponer recurso de casacion, no para que se anule ni altere la ejecutoria en lo mas mínimo; sino para formar jurisprudencia sobre la cuestion legal, que haya sido discutida y resuelta en el pleito.

Contrayéndonos á la teoría y al derecho constituyente, aceptamos como bueno el principio; pero, salvo el respeto que nos merece la Ley, no nos parece conveniente la forma en que ha sido desenvuelto.

(1) Coment. á los arts. 1100, 1101 y 1102.

En primer lugar, ordena el art. 1101, que «estos recursos pueden interponerse en cualquier tiempo,» de modo que el Ministerio fiscal estará en su derecho interponiéndolos inmediatamente después de publicada la ejecutoria, y sin esperar á que trascurra el término concedido á las partes para usar de este remedio, lo cual es contrario á la esencia de dichos recursos, y á los principios que rigen en nuestro procedimiento civil. En negocios civiles contenciosos, la acción fiscal no debe ejercerse nunca en beneficio de uno de los litigantes, sino única y exclusivamente en interés de la ley; de otro modo sería desigual la condición de aquellos. Que en el caso supuesto la gestión fiscal favorecería al que fué vencido en la ejecutoria, haciéndole de mejor condición que á su contrario, es cosa que no puede ponerse en duda; porque ¿quién puede desconocer la inmensa ventaja que llevaría en la contienda el que contase con el poderoso auxilio del Ministerio público? Y no se diga que esta doctrina es contraria á la que hemos sostenido en el párrafo V de estas OBSERVACIONES acerca de que el Ministerio fiscal debe intervenir en los recursos de casación, pues no es lo mismo dar su dictámen desinteresado é imparcial en una cuestión promovida y sostenida por las partes interesadas, que constituirse en actor y agente principal de la contienda jurídica.

Por todas estas razones, y también para evitar abusos, hubiera sido sin duda muy conveniente que, después de ordenar el art. 1101 que «estos recursos puedan interponerse en cualquier tiempo,» se hubiese añadido: «cuando las partes no los hayan utilizado, y después de haber quedado firme la ejecutoria.» La legislación francesa no permite que el Ministerio público interponga estos recursos sino después de tres meses de haber quedado ejecutoriado el fallo. Tenemos el convencimiento de que, no obstante la omisión de la Ley, en este sentido obrará el Ministerio fiscal en España, como es de esperar de su ilustración y prudencia.

En segundo lugar, ordena también el artículo antes citado que estos recursos se sustancien y decidan sin citar ni emplazar á ninguno de los litigantes; pero que *se les oiga, si se presentasen, entregándoles los autos para instrucción y citándoles para la vista.* No pudiendo anularse ni alterarse en lo más mínimo la ejecutoria; no pudiendo, como no puede afectarles el resultado de estos recursos, según lo declara con razón el art. 1102, no se justifica el objeto de esta audiencia: la misma razón habría para concederla á cual-

quiera que quisiese tomar parte en tales procedimientos. La cuestion legal está ya decidida irrevocablemente para los que litigaron; nada, pues, les interesa el resultado del recurso, el cual se dirige únicamente á formar y fijar la jurisprudencia para los demás casos que puedan ocurrir; y no interesándoles, no hay razon que justifique la disposicion de que tratamos.

Consideramos, además, inconveniente esa audiencia de los que fueron parte en el pleito. Con ella se despoja á estos debates del carácter imparcial y desinteresado que deben tener: se fomentan las malas pasiones, dando ocasion á que se renueven y prolonguen los resentimientos, disgustos y rivalidades de familias, que suelen producir los pleitos; y hasta podrá introducirse la perturbacion en las conciencias. Supongamos que el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso: habiendo tomado parte, ó pudiendo tomarla, en esta contienda el que obtuvo á su favor la ejecutoria, para esponer cuantas razones crea oportunas á fin de demostrar que fué vencedor con derecho, y no por error de los juzgadores, ¿podrá, despues del respetable fallo del Tribunal Supremo, gozar con tranquilidad de conciencia del derecho ó cosa, que por aquella le fué otorgado? No así cuando no se le permita tomar parte, pues entonces el fallo en casacion es para él como una nueva ley, que en nada puede afectar las declaraciones anteriores. Y en cuanto al que fué vencido en el pleito, es tanto como permitirle ir contra sus propios hechos, puesto que se le permite atacar una ejecutoria, que él mismo consintió no interponiendo el recurso de casacion en tiempo oportuno. Por todo ello creemos inconveniente, y contraria á la índole y naturaleza de estos recursos, la audiencia que el art. 1101 concede á los que fueron parte en el pleito.

Y por último, ofrece tambien, en nuestro concepto, graves inconvenientes el que el Tribunal Supremo haya de decidir en todo caso la cuestion legal debatida en el recurso, como se deduce del artículo 1102, sin dejarle en libertad para abstenerse de fallar sobre ella, y consultar á S. M., cuando el caso lo requiera. Supongamos que el Ministerio fiscal ha interpuesto el recurso contra una ejecutoria, en la que se ha decidido de un modo inconveniente y contrario á la razon natural una cuestion, respecto de la que no existe ley espresa, ni jurisprudencia establecida; ó en que la decision ha sido conforme á una ley antigua, en desuso, que aunque no derogada espresamente, está en contradiccion con los princi-

pios que hoy rigen en el derecho; ó que se ha hecho aplicacion de una ley, que se presta fundadamente á interpretaciones contrarias. ¿Qué deberia hacer en tales casos el Tribunal Supremo? ¿Declarar haber lugar al recurso? No; porque realmente no hay ley ni doctrina legal infringidas. ¿Desestimar el recurso? Tampoco; porque esto sería sancionar y establecer una jurisprudencia absurda ó inconveniente. No queda, pues, otro camino que elevar á S. M. la oportuna consulta para que por quien corresponda se aclare ó interprete auténticamente la ley, ó se decrete lo conveniente para lo sucesivo.

Esto es lo que dicta la razon natural, y lo que está en nuestras tradiciones. Siempre nuestros tribunales han tenido la facultad, y aun el deber de consultar á S. M. las dudas, reformas y proyectos de ley que les han ocurrido, teniendo marcados los trámites que deben dar á estos espedientes (1). Cuando está pendiente el pleito, es apremiante la necesidad de dictar el fallo definitivo, para que no queden en incierto indefinidamente los derechos de las partes, y por esto los tribunales no pueden abstenerse de juzgar, sin incurrir en responsabilidad. Además, segun los principios que hoy rigen, no puede consultarse á S. M. la resolucian que haya de dictarse en ningun pleito pendiente. Pero es muy distinto el caso de que tratamos: aquí ya no hay pleito pendiente; bien ó mal, ya ha sido decidida ejecutoriamente la cuestion debatida entre los litigantes, y solo se trata de fijar ó establecer la jurisprudencia para los casos que ocurran en lo sucesivo. No hay, pues, inconveniente ni peligro alguno en recurrir á la interpretacion auténtica, ó al poder legislativo; y antes, por el contrario, se corre el riesgo de que el Tribunal Supremo pueda invadir las atribuciones de dicho poder, si ha de estar obligado en todo caso á dictar sentencia resolutoria en los recursos de que tratamos.

No abrigamos, sin embargo, temor alguno de que esto suceda; nos consta el celo y cuidado de dicho Tribunal para no estralimitarse de sus atribuciones. Con la fórmula de «No há lugar al recurso, y lo acordado,» lo cual será que se eleve á S. M. la oportuna consulta con el objeto antedicho, podrá conciliarse el cumplimiento del art. 1102, que no prohíbe dicha consulta, con lo que exige la na-

(1) Leyes 11, tít. 22, Part. 3.ª; 3 y 7, tít. 2, lib. 3, Nov. Rec., y otras; y el art. 86, y facultad 14 del 90, del Reglamento provisional para la administracion de justicia, de 26 de setiembre de 1835.

turalera especial del caso supuesto, que es muy posible, atendido el estado de nuestra legislación. Con códigos completos y bien ordenados podria desaparecer esta posibilidad, no ofreciendo quizá entonces la disposicion de dicho artículo los inconvenientes indicados.

Pero aunque pueda adoptarse esa fórmula, creemos conveniente que se modifique el art. 1102 en el sentido antedicho. Cuando el Tribunal Supremo comprenda que una ley espresa ha sido infringida ó mal interpretada, es bueno que haga la declaracion oportuna para fijar bien la jurisprudencia, y que no se incurra en lo sucesivo en error semejante; pero cuando no exista ley, ó esta sea tan oscura y dudosa que se preste fundadamente á interpretaciones contrarias, es sin duda lo mas conveniente que esté facultado para abstenerse de fallar el recurso interpuesto en interés de la ley, declarando *no haber lugar á decidirlo*, y promover la interpretacion auténtica, como lo ordena el art. 200 de la Real cédula de 30 de enero de 1855 para los negocios de Ultramar. Con la reforma en este sentido del art. 1102, y las dos que hemos indicado antes respecto de lo dispuesto en el 1101, creemos quedarían convenientemente establecidos, y con arreglo á su naturaleza, los recursos de casacion en interés de la ley.

XIII.

Conclusion.

Hemos emitido sencillamente y con franqueza nuestro humilde juicio, acerca de la forma en que la Ley de Enjuiciamiento civil ha organizado el recurso de casacion. Aunque creemos conveniente la modificacion de algunas de sus disposiciones, en tésis general aceptamos como bueno su sistema. El mérito de esta parte de la Ley ha correspondido sin duda alguna á la justa reputacion de los distinguidos jurisconsultos que la redactaron. Pero se trata de una institucion casi nueva entre nosotros, importantísima por su objeto, y difícil por las graves cuestiones de principios á que se presta: ¿qué extraño es, pues, que la piedra de toque de la esperiencia haya puesto en duda lo mas ó menos adecuado de algunas de sus disposiciones, ó hecho conocer la conveniencia de su reforma?

Debemos tambien advertir, que al indicar las medidas que pudieran contribuir en nuestro concepto á evitar el retraso y consi-

guiente recargo que, á pesar del celo y laboriosidad de la Sala primera del Tribunal Supremo, viene esperimentándose en el despacho de los recursos de casacion en el fondo, no lo hemos hecho con la pretension de que sea necesario adoptarlas todas á la vez. Algunas de ellas, acaso de las que pueden llevarse á efecto sin necesidad de esperar á la reforma de la Ley, bastarian sin duda para corregir el mal que se lamenta, ó al menos disminuirlo.

Tampoco pretendemos que no puedan adoptarse otros medios expeditivos. Tenemos entendido que un distinguido juriconsulto, que desempeñó no hace mucho la cartera de Gracia y Justicia con merecida reputacion (1), para poner remedio á dicho mal, que ya entonces se presentia, tuvo el pensamiento de crear, en cada Sala del Tribunal Supremo, un número determinado de Ponentes, relevados de todo otro servicio que no fuese el de asistir á las vistas, y atender al despacho de tan penoso como importante cargo. Inconvenientes, aunque no insuperables, ofrece este medio, que no eran desconocidos del ilustrado autor del proyecto; però es mas que probable, que hubiera bastado para desembarazar á la Sala primera, dando pronta salida á todos los recursos, sin retraso en la administracion de justicia.

El hecho indudable es que existe el mal, y que necesita de un pronto y eficaz remedio. El Tribunal Supremo ha llenado su deber haciéndolo presente á S. M.: sin duda que el Gobierno llenará tambien el suyo, como es de esperar del celo, laboriosidad é inteligencia del digno Sr. Ministro de Gracia y Justicia, aconsejando á S. M. la resolucion mas conveniente.

(1) Nos referimos al Sr. Fernandez de la Hoz.

José M. Manresa y Navarro.



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

DE LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES ESTRANJEROS.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

DICTÁMEN FISCAL.

emitido en el expediente formado á consecuencia de una mocion del Sr. Presidente, relativa á las ejecutorias de tribunales estranjeros.

El Fiscal dice: Que el Sr. Presidente guiado por el celo que le distingue, y animado del laudable deseo de que las peticiones que se instauren en este Supremo Tribunal para obtener la autorizacion exigida por la ley respecto á las ejecutorias dictadas por Tribunales estranjeros para su ejecucion en España, sigan un curso regular y uniforme, ha hecho una mocion en Sala de Gobierno proponiendo ciertas reglas para que examinadas se sometan á la aprobacion del Tribunal pleno. A este fin propone: 1.º Si las solicitudes de ejecucion de sentencias dictadas en el extranjero irán desde luego á repartimiento como los demás asuntos contenciosos ordinarios, ó si por el contrario se dará antes cuenta de ellas en Tribunal pleno, y en este caso para qué fines. Y 2.º Que deberá practicarse en iguales casos respecto á las solicitudes de ejecucion ó de cumplimiento no de sentencias dictadas en Tribunales estranjeros, sino de actas, cédulas ó despachos de índole judicial espedidos por los mismos, como por ejemplo, para citacion de un súbdito español, embargo preventivo de bienes, depósito y asuntos análogos, sin duda no comprendidos en el testo de los arts. 922 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. Acogida la mocion, acordó la Sala que se instruyese expediente y que pasado al que suscribe, con lo que espusiera se trajese al pleno para resolucion.

El Fiscal tratará de ambas cuestiones con separacion, permitiéndose hacerlo préviamente de la materia en general con alguna es-

tension, ya por su gravedad y trascendencia, ya por la novedad que en ella ha introducido la nueva ley de Enjuiciamiento civil respecto á la admision y curso de las ejecutorias de países extranjeros. Sabido es que en todos los puntos que caen en la esfera de la legislacion civil y de procedimientos ninguno hay tan árduo, tan difícil ni de mas trascendentales consecuencias que el de la determinacion de los efectos que puedan producir en un país las ejecutorias de Tribunales extranjeros; ora se refieran estas á naturales de la nacion en que la ejecucion se pida, ora se trate acerca del valor y efectos de sus decisiones respecto á la propiedad inmueble, ora en fin se refieran á personas que, aunque sean súbditos de la nacion misma en que se hayan pronunciado las ejecutorias, ó de otras potencias, estén bajo la salvaguardia de las leyes del país en que se pida el cumplimiento de aquellas. Esta materia se roza esencial y necesariamente con el derecho público, con el internacional y el de gentes y hasta con el privado de cada país, circunstancia que, por sí sola basta para reconocer su gravedad.

No es extraño, pues, y si altamente laudable, que materia tan árdua que no solo puede afectar las relaciones internacionales de España con otras Potencias, sino tambien el nombre del Tribunal Supremo del Reino dentro y fuera de él, haya fijado la atencion de su digno Presidente para llamar la del tribunal sobre este punto. Su mocion, mas que á otra cosa, se encamina á que se adopte una marcha segura y fija en la prosecucion y curso de estos delicados negocios, máxime cuando la ley de Enjuiciamiento civil ha sido en este punto harto concisa. Por lo mismo cree el Fiscal que aunque la superior ilustracion de V. A. no necesita recordarle lo que mas profundamente que el Fiscal conoce, no será del todo infructuoso presentar la cuestion con sus fundamentos histórico-jurídicos, y en sus relaciones con el derecho internacional, á fin de que la resolución se asiente como todas las del Tribunal en bases seguras.

Si la jurisdiccion no es otra cosa que una parte del poder Soberrano, ó este mismo poder ejercido por los Tribunales en quienes aquel delega, conforme á las leyes, para dirimir las contiendas judiciales con arreglo á las mismas, y hacer ejecutar y cumplir sus decisiones, no cabe duda en que ese poder tiene por límites el territorio de cada país, los súbditos que del mismo poder dependen y los residentes en ese territorio en lo que permite el derecho de gentes, esto es, todo lo que constituye la esfera de accion de cada soberano.

Fundándose en este principio inconcuso, desde que la ciencia del derecho público y de gentes apareció con sus primeros albores, se reconoció que las ejecutorias de los Tribunales no podían tener valor legal en una nación estraña ni haberse como preceptos obligatorios en ella, pues esto equivaldría á reconocer en un Príncipe extranjero, en el que trasmitió la potestad al Tribunal que falló, el ejercicio de la soberanía en el país en que hubiera de ejecutarse la sentencia, no estando este sujeto á él, lo cual como abiertamente contrario á los principios fundamentales del derecho público sería completamente absurdo.

De aquí el absoluto silencio que guardaron en esta materia todas las legislaciones antiguas, creyéndose innecesaria una disposición expresa para consignar un principio elemental del derecho. La nuestra, como todas las de Europa, nada estatuyó sobre este punto. Sabido es que el crecimiento del poder central, tuvo en todas las naciones el propio origen, y que también se llegó á este fin por los mismos medios como anunciados por la razón, determinados por igual necesidad, é impulsados por las mismas ideas, hijas todas de los adelantos de la civilización europea. Por ello el suceso fué casi coetáneo. Reprimir, moderar y aun extinguir el sistema feudal desarrollado á la sombra de guerras permanentes y de la ignorancia difundida, concentrando las fuerzas sociales al rededor del Trono, fué el objeto, y que la buena y recta administración de justicia alcanzase lo mismo al fuerte que al débil, al poderoso que al miserable, fué el principal medio, el punto que fijó las opiniones, la palanca poderosa que reunió los mas opuestos intereses. Consecuencia forzosa de este hecho fué la concesión de la jurisdicción suprema ó soberana á los tribunales llamados Reales, todos los cuales tenían el carácter y facultades de los denominados de corte en Castilla y conocidos en el derecho europeo por el genérico de *Aulae regis*.

Ya fuese por esta circunstancia, ya porque faltando á las sentencias de los tribunales extranjeros la autoridad de la jurisdicción para ser ejecutables, se creyese que prestándose la los tribunales regnícolas que la tienen para hacer ejecutorias sus decisiones, bastaba para que fuesen aquellas eficaces, es lo cierto que en toda Europa esa potestad la ejercieron los tribunales superiores, departamentales ó territoriales, negando, que era lo general, ó concediendo la autorización á las ejecutorias de tribunales extranjeros que se les presentaban, ya para su ejecución en su territorio, ya pa-

ra oponer la escepcion de cosa juzgada previo espediente y exámen.

Reputóse, aunque erróneamente, que esta era una especie de regalía ó de derecho propio del que se disponia á voluntad de los tribunales, ó al menos sin reglas fijas y determinadas por los altos poderes del Estado.

Esta práctica fué general en Europa y llegó á constituir jurisprudencia universal. Ella subsiste todavía en Inglaterra, en varios Estados de Alemania, de Italia y del Norte. Que en ello han cabido abusos, no puede ponerse en duda: que en algunos y aun en muchos se ha podido decidir contra las miras diplomáticas ó políticas de los gobiernos y aun comprometiéndose altos intereses, no es cuestionable siquiera; pero entre estos y otros escollos mayores quizá, el mas peligroso era el de la falta de reglas seguras de jurisprudencia cierta, de principios fijos á que atenerse.

De muy antiguo se reconocieron en Francia estos inconvenientes, y para remediarlos se dictaron reglas en la ordenanza de 1629, á fin de limitar los casos de concesion de estas autorizaciones, llamadas allí ó conocidas con el nombre de *pareatis*. En el art. 121 de dicha ordenanza se dispuso que las ejecutorias, contratos ú obligaciones recibidos de los reinos y soberanos extranjeros, por cualquier motivo no causaran hipoteca ni ejecucion en dicho reino; pero se diera á los contratos el lugar ó valor de simples promesas, y no obstante las ejecutorias recaidas, los súbditos franceses contra los cuales aquellas se hubiesen pronunciado, podrán de nuevo debatir sus derechos, cual estando íntegros, ante los jueces del país. Por la debilidad del poder central y anarquía de los parlamentos, algunos de estos negaron el pase á esta ordenanza, pero por Real declaracion de 1747, se reconoció como de derecho comun de la Francia, y subsiste hoy no obstante las disposiciones del Código civil y de procedimientos que no se han creido derogatorias de aquel principio. Quizá llevado este á mayor exageracion rige en Holanda y Bélgica, en donde se aceptaron los códigos franceses.

En España la legislacion antigua guardó un profundo silencio en la materia, pero las nociones que consigna sobre la jurisdiccion, no dejan duda alguna sobre ese principio. La práctica de acuerdo con la jurisprudencia fué la misma que en Francia, y en los demás países de Europa, ó por lo menos el Fiscal, á pesar de la diligencia que ha puesto en el escaso tiempo que ha tenido, no ha encontrado dato alguno en contrario.

En los tiempos modernos, muy poco antes de la publicacion de la ley de Enjuiciamiento civil, es cuando ya por tratados, ya por disposiciones generales, se han dictado algunas reglas en la materia, viéndose ya aparecer otro espíritu, otra tendencia que el Fiscal se cree en el caso de indicar para que el Tribunal con su mayor ilustracion pueda apreciarlas al tiempo de resolver esta cuestion.

Es indudable que la facilidad maravillosa de las comunicaciones entre las diferentes Potencias en los tiempos modernos, estrecha y multiplica las relaciones de las mismas y de sus individuos. Esto, al paso que disipa antipatías y estingue el espíritu de aislamiento, contrario á la civilizacion moderna, y hasta á las condiciones de la sociedad actual, aumenta forzosamente las transacciones entre los ciudadanos de los diferentes países, modificando las relaciones diplomáticas y aun jurídicas de los pueblos. Los jurisconsultos y publicistas de todas las naciones se han dividido precisamente sobre este punto interesantísimo. Quienes opinan que estas mismas circunstancias requieren mayor precaucion respecto á las relaciones jurídicas de países diversos y mas severidad todavía en la concesion de los pases para no dañar la soberanía de cada uno, y cuéntese que en este número hay que incluir á las naciones que figuran en primera línea entre los pueblos civilizados. Los otros, por el contrario, sostienen que aquellas circunstancias demandan mayor latitud y menos rigorismo, á fin de que la efectividad de los derechos que determinen los actos que pueden producirlos, multipliquen las transacciones, lo que es generalmente un beneficio. Este encuentro de opiniones, ejerce necesariamente su influjo en las disposiciones legales sobre la materia, y hasta en la jurisprudencia de los respectivos países.

Pero algo mas, mucho mas, que la sola doctrina y que los principios jurídicos y de derecho público, vemos que se tiene en cuenta por esas naciones previsoras que han estatuido en este punto. Han tenido presente para ser mas ó menos latas, en la concesion, la proximidad, la importancia relativa de las naciones, su poblacion y desarrollo fabril y mercantil, la entidad y condiciones de las transacciones reciprocas mas frecuentes, la residencia mas comun del cumplimiento de las obligaciones y la influencia que en el propio país podrian ejercer las ejecutorias de otra nacion. Asi, por ejemplo, Bélgica es mas estricta con Francia que con los otros pueblos, y ni la reciprocidad le satisface, como sucede tambien en algunos can-

tones suizos. Esto se explica perfectamente y revela la prevision de sus gobernantes. Nada reclama tanta precaucion como las disposiciones que determinan los efectos de las transacciones entre individuos de distintos paises. Nuestro Código de Comercio, por ejemplo, requiere dos protestos en las letras de cambio para que sea eficaz la accion contra el librador ó endosantes, el de falta de aceptacion y el de pago. Las leyes francesas y de otras naciones, las mas quizá de las europeas, exigen uno solo; y de aquí resulta que en caso de insolvencia del pagador, el comerciante español es siempre el perjudicado. El propio riesgo hay en la concesion de autorizaciones de ejecutorias de Tribunales extranjeros, cuando no se somete á reglas previsoras y prudentemente calculadas.

Véase por qué despues que la legislacion francesa se estendió á diferentes reinos, y se conocieron sus efectos, tanto los paises en que aquellas rigieron como otros en que se percibieron sus consecuencias, se apresuraron á estatuir sobre este punto lo que convenia á sus intereses, atendidas las circunstancias de cada nacion.

Como la materia es esencialmente de derecho misto, conviene apuntar siquiera en este lugar lo que relativamente á este punto establecen las legislaciones extranjeras que no se han mantenido en su antiguo principio, y han estatuido espresamente disposiciones en esta parte del derecho internacional.

En todas ellas sin escepcion, se ha cometido la facultad de dar ó denegar el carácter ejecutorio á las sentencias de Tribunales extranjeros á los Tribunales territoriales ó departamentales. El Código civil de Francia, en su artículo 2123, despues de estatuir la hipoteca judicial, ó sea la que tácita y legalmente nace de la ejecutoria sobre los bienes inmuebles del condenado por ella, dice así: «la hipoteca no puede del propio modo nacer de las sentencias pronunciadas en pais extranjero, sino despues que hayan sido declaradas ejecutorias por un Tribunal francés, sin perjuicio de las disposiciones que en contrario establezcan las leyes políticas ó los tratados.» Con esta disposicion está conforme el art. 546 del Código de procedimientos en lo civil. Unicamente se exige que sea declarada ejecutoria por un Tribunal que tenga facultad de pronunciar ejecutorias.

En el Código de procedimientos de Holanda corresponden á estos los arts. 431 y 432, siendo conformes sus disposiciones.

En Bélgica se comete tambien esta atribucion á los tribunales

Reales, aunque con las restricciones casi absolutas para los pases que contuvo el decreto de 9 de setiembre de 1814 y que negó esta potestad respecto á las sentencias de los tribunales franceses, así como para los actos notariados pasados en Francia; y aun segun la decision del Tribunal de Casacion de Bruselas de 23 de julio de 1821 aquellos tribunales no pueden conceder el pase á las sentencias de los de Francia, ni aun despues de haber oido contradictoriamente á las partes con los medios respectivos.

Per este mismo principio se rigen todas las naciones de Europa, pudiendo decirse que es de derecho público europeo, sino universal, el de que las ejecutorias obtenidas en un país no tienen fuerza alguna en otro, si no la reciben por una declaracion jurídica, con conocimiento de causa, por un Tribunal Superior territorial del país en que se han de ejecutar, salvo lo que dispengan los tratados especiales.

Antilógico parecerá tal vez á algunos que en esas naciones que tan celosas se muestran, y con razon, de su independenciam y respectiva soberanía, no queriendo que aparezca ni aun la sombra de su ejercicio por otras, se cometa el exámen y pase de las ejecutorias de tribunales extranjeros á los departamentales ó territoriales, y no al Supremo de cada una, el cual ofrecería todas las garantías del acierto en la defensa de la jurisdiccion del país, y de los derechos de los ciudadanos. Pero á esta objecion contesta cumplidamente la decision del Tribunal de casacion de Francia, de 19 de abril de 1819, que resolvió ser de necesidad que los tribunales á quienes se somete una ejecutoria obtenida en país extranjero vean esta y llenen en cierto modo las funciones de un Tribunal de apelacion sobre el que dictó la ejecutoria pronunciando una nueva sentencia y no dando una simple ordenanza de ejecucion. Siendo pues la cuestion del pase un verdadero juicio de revision, y como en apelacion, del fallo pronunciado por el Tribunal extranjero, no solo es procedente la jurisdiccion de los tribunales territoriales, sino que no habia posibilidad de encomendarla á otros. En efecto; en todos esos países, la facultad de casar ó anular los fallos no puede correr unida con la de decidir en el fondo las cuestiones que las motivan. Asi en el caso propuesto forzosamente debia cometerse la potestad de reveser estos juicios á los tribunales que la tienen para decidir en el fondo las cuestiones judiciales, si bien con el remedio de la casacion como todos los fallos definitivos.

:

Veamos ahora lo establecido en España. La primera disposicion que se dictó en la materia, aunque no general, sino particular, fué la del Tratado celebrado con Cerdeña en 30 de junio de 1851. En él todas las condiciones fueron recíprocas, teniendo por base que las ejecutorias y contratos celebrados en cada uno de los dos países serian admitidos y cumplimentados en el otro bajo las condiciones que se capitularon. Una de estas (art. 30) «fué la de que para que puedan cumplimentarse por los Juzgados ó Tribunales competentes de cada país las sentencias ó acuerdos de los del otro, deberán ser declarados préviamente ejecutivos por el Tribunal Superior en cuya jurisdiccion ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento.» Cual se vé por esta disposicion se cometió á los tribunales superiores territoriales de la respectiva competencia el exámen de las ejecutorias de los de Cerdeña que hubiesen de cumplimentarse en España, sin intervencion alguna de este Supremo Tribunal.

Despues se publicó la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855 cuya seccion 2.^a del título 18, part. 1.^a, comprende todo lo relativo á esta materia. Como nuestras leyes civiles nada habian estatuido anteriormente sobre este importante ramo, siendo cada dia mas necesario determinar nuestro derecho sobre él, puesto que la frecuencia de transacciones entre España y los otros países crece progresivamente, tuvieron que consignarse en esta ley los principios generales por que se habia de regir este punto ateniéndose al principio de la reciprocidad y dejando salvos los tratados celebrados ó que se celebren. Despues de estas disposiciones generales que constituyen los primeros artículos de dicha seccion, se determina la forma en que deben instruirse estos negocios, estableciéndose en el art. 926 que la ejecucion de las sentencias pronunciadas en naciones extranjeras se pedirá ante el Supremo Tribunal de Justicia el que, prévia la traduccion de la ejecutoria hecha con arreglo á derecho, y despues de oír á la parte contra que se dirija y al Fiscal, declarará aquel si debe ó no dársele cumplimiento. Los artículos siguientes de dicha seccion señalan los trámites sucesivos disponiendo el 928 que de la providencia que pronuncie el Tribunal Supremo no habrá ulterior recurso.

Lo primero que ocurre al examinar estas disposiciones es el fijar la razon legal que ha habido entre nosotros para separarnos en esta ley del derecho público europeo, que comete el conocimiento de estos negocios á los tribunales territoriales, derecho reconocido en

el tratado con Cerdeña, en el cual se establece tambien este principio. En sentir del Fiscal, los autores de la ley al formularla y el Gobierno de S. M. al aceptarla, á virtud de la autorizacion que le fué concedida, tuvieron en cuenta razones de gran peso. En primer lugar, en España existen diferentes jurisdicciones especiales, tan estensas y sin trabazon ni vínculo alguno con la comun central, fuente de todas ellas, lo que en esos países no sucede, y mucho menos en materia civil; que de adoptarse entre nosotros aquel principio resultaria que por un tribunal especial fuera éste eclesiástico, de guerra ó de otra clase, tendria que resolverse la cuestion internacional y de tuicion de la jurisdiccion soberana del país con olvido de todos los principios y mengua de nuestro nombre en Europa. Y esto seria tanto mas peligroso, cuanto que por efecto de nuestras circunstancias interiores, creado el fuero de estranjería por concesiones impremeditadas y por tratados que despues no han cumplido, ni podian cumplir, las naciones con quienes se pactaron, habiéndose adscrito aquel á los tribunales y juzgados de guerra, no solo se conserva sin la reciprocidad capitulada, sino que se ha hecho estensivo á los súbditos de todas las naciones, aunque con ellas no haya tratados. De esto resultaria que los pases á las ejecutorias estranjeras se acordarian por los mismos tribunales protectores de los estranjeros en la mayor parte de los casos sin intervencion ni defensa de la jurisdiccion comun del país, pudiendo V. A. calcular sus consecuencias.

En segundo lugar, esas jurisdicciones especiales, y señaladamente las de guerra, que han absorbido la de estranjería, no están sujetas al remedio de la casacion, aunque éste en su esencia sea general, y por consiguiente cometido que fuese el conocimiento de estos asuntos á los tribunales territoriales en sus distintas jurisdicciones, no habiendo casacion contra sus decisiones, no podria nunca formarse jurisprudencia cierta y uniforme mas necesaria en los negocios de derecho internacional que en ningunos otros. Radicado por especialidad el conocimiento de ellos en este Supremo Tribunal desaparece este gravísimo inconveniente.

En tercero y último lugar, no habiendo separado la ley de Enjuiciamiento civil, ni las otras especiales que admiten el remedio de la casacion, de un modo absoluto la potestad de casar y anular las sentencias de la facultad de decidir en el fondo como sucede en los otros países, en nosotros podía cometerse al Tribunal Supremo

esa revision de las ejecutorias extranjeras sin quebrantarse el principio de la segregacion de esas dos atribuciones. Lo único que sucederá es que en lugar de semejarse este remedio entre nosotros á la revision propia de los tribunales de apelacion, como declaró el de casacion de Francia, será un remedio supremo semejante á la casacion, y quizá con menos impropiedad y mas espedito curso aparte de otras ventajas que no hay para qué detallar.

El Fiscal ha creído, si no necesario, muy conveniente entrar en este exámen, cuyos datos pueden y deben considerarse como preliminares para resolver la cuestion propuesta por el Sr. Presidente y tambien para iniciar la jurisprudencia que ha de crear V. A. en la materia de mas gravedad quizá en el derecho internacional privado.

Ya se atiende á la naturaleza de las cuestiones que versan sobre si una sentencia dictada por un tribunal extranjero debe ejecutarse en España y producir los efectos legales de una ejecutoria, afectando derechos y estatuyendo obligaciones; ya se considere el lugar que en la ley de Enjuiciamiento civil se ha dado á este procedimiento especial que es en el que se trata esclusivamente de la jurisdiccion contenciosa de los tribunales; ya se consulten los trámites que la misma señala ó indica y los efectos del fallo que ha de recaer; ya, en fin, se tenga en cuenta la jurisprudencia universal adoptada en la materia, es forzoso convenir en que las cuestiones mencionadas son absoluta y esencialmente contenciosas, y por lo tanto su conocimiento ha de corresponder necesaria y esclusivamente á Sala de justicia. Esto mismo se reconoce por el Sr. Presidente; pero su duda está en si antes de abrirse la discusion contenciosa debe darse cuenta de las solicitudes que se presenten al tribunal pleno, y en este caso para qué fines. Ciertamente de los dos casos que hasta ahora han ocurrido de esta naturaleza, se ha dado cuenta al pleno, que ha acordado su pase á Sala de justicia. Pero en sentir del Fiscal este ha sucedido, no porque el tribunal haya creído necesaria la intervencion del pleno, sino porque siendo esta novedad introducida por la ley de Enjuiciamiento civil no habia señalado turno para las Salas de justicia, y por consiguiente vinieron al pleno para que éste acordara el curso que debieran seguir; Por ello sin duda la mocion del Sr. Presidente, cuyos términos mismos resuelven la cuestion que al parecer presenta. En efecto, dice S. S. que se acuerde si estas solicitudes deben venir precisamente

al pleno, y en este caso para qué fines. Bien conoce el Tribunal que habiendo marcado la ley de Enjuiciamiento los puntos que se han de ventilar y decidir en estos negocios, todos contenciosos y de efectos en justicia, para ningun fin útil pueden venir ellos al pleno que carece de potestad en materia contenciosa, salvo los muy especiales casos en que la ley se la atribuye. Es, pues, un acto estéril, que retrasa el curso y resolucion que en algun caso pudiera ser de trascendentales consecuencias. En sentir del Fiscal, pues, estos negocios deben pasar desde luego á Sala de justicia.

Escasas son las naciones que han consignado en su legislacion reglas para proceder en esta materia, y las que lo han hecho, ha sido con tal detenimiento y circunspeccion, con tan estudiada sobriedad, que no han hecho mas que consignar el principio de la posibilidad del pase, y los Tribunales á quienes cometen esta potestad. Censúrase generalmente la escasez de disposiciones de nuestra ley de Enjuiciamiento acerca de la materia que nos ocupa, y sin embargo, puede asegurarse con toda certeza que es la ley mas amplia, mas espresa, mas llena de detalles que se ha publicado en nacion alguna, quizá con no escasos inconvenientes. La materia es por su naturaleza propia y peculiar de la jurisprudencia, y á ella, no sin razones de gran cuenta, la encomendaron los antiguos legisladores y jurisconsultos. Pero la jurisprudencia, que carece de unidad y de estabilidad, deja de serlo, y por lo mismo deben procurarse aquellas dos circunstancias en toda jurisprudencia, y mas particularmente en este ramo, en el que de la adoptada en España depende que sean consideradas las sentencias de nuestros Tribunales en los otros países y efectivos en ellos los derechos de los españoles.

El medio único, en sentir del Fiscal, de conseguir tan importante objeto, seria el de atribuir el conocimiento de estos negocios á una sola Sala de las de España, cuando las ejecutorias hayan de cumplirse en la Península é Islas adyacentes, y á la de Indias cuando hayan de ejecutarse en Ultramar, y no someterlos á repartimiento, lo cual; lejos de ser opuesto al espíritu de la ley de Enjuiciamiento, está dentro de él y así se deduce de sus disposiciones. El Fiscal cree que este acuerdo, como de economía y orden interior, bajo cierto aspecto, pudiera adoptarlo el Tribunal, deduciéndose así de lo dispuesto en los artículos 47 y 86 de su reglamento; pero considerada la importancia de la materia se inclina á que V. A. lo someta previamente á la aprobacion del Gobierno. Por este medio

se conseguiria el objeto sin inconveniente alguno legal, y el Gobierno tendria para resolver todas las cuestiones internacionales de su competencia que ocurrir puedan, un camino fácil y seguro para conocer la jurisprudencia admitida respecto á cada una de las naciones.

Sin embargo, como adoptado este temperamento seria necesario proveer lo conveniente hasta la resolucion de S. M., el Fiscal opina que interin esta recae la Sala de Indias conozca del pase de las ejecutorias que se presenten al Tribunal para su ejecucion en Ultramar, pues respecto á ella no puede haber duda en su exclusiva competencia, y respecto á las de que se pida el pase para la ejecucion en la Península é Islas adyacentes se repartan por turno entre las dos Salas de España.

Sobre la segunda cuestion que comprende la mocion del señor Presidente, el Fiscal será muy sóbrio. Los Tribunales de naciones diferentes pueden exhortarse entre sí para la práctica de actuaciones que hayan de tener lugar en aquella á que no comprenda el Tribunal exhortante como pueden hacerlo las autoridades gubernativas ó de otro orden, reclamando el auxilio que debe prestarse á la justicia siempre que ni se infrinjan en ello las disposiciones legales del país, ni se lastimen los derechos de los ciudadanos. En este punto la ley de Enjuiciamiento nada ha innovado de la jurisprudencia antigua, ni ha estatuido cosa alguna, ni por lo tanto ha cometido á este Supremo Tribunal el pase de tales actas. Así lo ha reconocido V. A. en el espediente instado por el Marqués del Duero sobre un exhorto librado por un Tribunal de Francia al Juez de Estepona recientemente. Por lo mismo bastará estar á la jurisprudencia recibida en la materia.

El Fiscal, antes de terminar este informe, dirá que cree tambien de su deber llamar la atencion de V. A. sobre un punto de grande interés. Ya lleva dicho que en el Tratado celebrado con Cerdeña se consignó el principio de que las ejecutorias de ambas naciones, para que puedan cumplimentarse por los Juzgados ó Tribunales competentes de cada país, deberian ser declaradas previamente ejecutivas por el Tribunal Superior en cuya jurisdiccion ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento. Espuestos lleva el Fiscal los inconvenientes de esta medida en España por la multiplicacion de fueros especiales, lo cual hace que esta capitulacion de sencilla ejecucion en Cerdeña no lo sea en España: 1.º Por la duda que surgirá

sobre si ese Tribunal Superior de que habla el art. 3.º del Tratado se entiende del fuero del Juez ó Tribunal que haya de prestar el cumplimiento; y 2.º porque no estatuyendo nuestra ley de Enjuiciamiento el recuso de casacion para estos casos ni reconociéndolos en ninguno los fueros especiales independientes de la jurisdiccion comun, jamás habria jurisprudencia reconocida y uniforme, ni seguridad de quedar garantida la jurisdiccion soberana del país.

Afortunadamente los cinco años por que se ajustó dicho tratado han transcurrido ya, y el Gobierno está en libertad completa para anunciar su terminacion ó proponer modificaciones en él: La de que á las palabras del artículo *previamente ejecutions*, se añadan las de «por el Tribunal Supremo de Justicia en España, y en Cerdeña segun sus respectivas leyes,» es de absoluta necesidad, si este Tratado ha de estar en consonancia con nuestra legislacion posterior á él, y fundada en las particulares circunstancias del país.

Y como antes de promulgarse la ley de Enjuiciamiento civil se instruyó tambien el expediente en que fué oído este Tribunal Supremo para formar un modelo general al que se ajustasen los tratados sucesivos sobre esta materia, y para él no podia tenerse en cuenta una ley aun no formada, convendria que por el Ministerio de Gracia y Justicia se esmitase al de Estado, no solo para que se provocase la reforma del art. 3.º del Tratado con Cerdeña en los términos propuestos, si no para que se tuviese presente lo espuesto en los demás que se celebran, á fin de que se ajuste aquella disposicion á lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, respecto al Tribunal á que corresponde conceder ó denegar el pasá á dichas ejecutorias.

Reasumiendo pues el Fiscal, opina:

1.º Que por la ley de Enjuiciamiento civil, los asuntos de que se trata son esencialmente contenciosos, debiendo por lo tanto entender de ellos esclusivamente las Salas de justicia sin necesidad de remision á ellas por el Tribunal pleno.

2.º Que para la unidad, uniformidad y consistencia de la jurisprudencia, tan necesarias para la efectividad de los derechos de los españoles en otros países y para facilitar al Gobierno de S. M. la solution en las cuestiones que pudieran surgir de índole internacional sobre esta materia, no solo es conveniente, sino necesario, que de estos negocios conozca una Sala sola de este Supremo Tribunal, respecto á las sentencias que hayan de ejecutarse en la Península é Islas adyacentes, y la de Indias para las que se refieran á Ultramar.

3.º Que el Tribunal podría señalar la Sala de España que deba conocer de dichos negocios, y aunque no seria una traslimitacion de facultades, segun las que le atribuyen los arts. 47 y 86 de su reglamento el acordarlo por sí, convendrá lo someta á la aprobacion del Gobierno por la gravedad de la materia.

4.º Que sin perjuicio, y en el interin se decide el punto por el Gobierno de S. M., se haga el repartimiento señalando á la Sala de Indias todos los asuntos de esta clase que se refieran á Ultramar, y á las de España por turno las que se refieran á la Península é Islas adyacentes.

5.º Que se escite al Sr. Ministro de Gracia y Justicia para que lo haga al de Estado, á fin de que se reforme el art. 3.º del Tratado con Cerdeña en los términos que lleva propuestos, á fin de armonizar aquel con la ley de Enjuiciamiento civil y en obviacion de los conflictos que han de surgir de no hacerse esta variante.

6.º Que dicha escitacion se estienda á que la reforma propuesta para dicho Tratado se tenga presente al celebrarse otros, á fin de que materia tan grave, esté regida por una sola regla y subordinada á un solo principio, que es el fijado por dicha ley de Enjuiciamiento.

7.º Y últimamente que respecto á exhortos y demás actos de Tribunales extranjeros que no sean ejecutorias, se continúe la jurisprudencia admitida.

El Tribunal, sin embargo, con su mayor ilustracion resolverá, como siempre, lo mas acertado.

Madrid 12 de abril de 1859.

Seijas.



DEL MATRIMONIO CIVIL

CONTRAIDO EN FRANCIA POR DOS ESPAÑOLES.

¿Será válido y producirá efectos legales en España el matrimonio civil contraído por dos españoles residentes en Francia, observando las formalidades que allí se exigen para la legitimidad del matrimonio (1)?

ARTÍCULO 3.º

Segun el derecho canónico.

I.

Conocemos ya como responden á esta pregunta el derecho internacional y nuestras propias leyes.

Veamos como responde el derecho canónico.

Inmediatamente que de un principio, de una ley, de una doctrina se deduce una consecuencia inhumana, debe afirmarse que ese principio, esa ley ó esa doctrina, no lo son realmente de la Iglesia católica.

La infalibilidad de este superior criterio se siente á medida que se profundiza en el estudio del derecho canónico y en el de la filosofía de la historia.

La Iglesia, depositaria y propagadora de la doctrina y de la moral purísima del cristianismo; la Iglesia, asilo de las letras y de las ciencias en la edad media; la Iglesia, que ha inculcado en la vida de los pueblos los principios de nuestra gran civilización y los gérmenes de su futuro desarrollo; la Iglesia, que, por medio del amor, ha alcanzado lo que apenas pudo conseguir la poderosa Roma, con el rigor de su derecho estricto—la unidad de los individuos en la familia;—la Iglesia, que ha ennoblecido á la mujer, condenando el libertinaje y anatematizando la bigamia; la Iglesia, que ha procurado siempre hacer prevalecer en el tiempo el principio de familia sobre el principio individual y el interés universal sobre el interés na-

(1) Véase las páginas 133 del tomo XV y 46 del presente.

cional, no ha admitido, ni admitirá ciertamente, jamás doctrina contraria á la moral; porque es la moral, la inmutable base sobre que pesa y pesará hasta la consumacion de los siglos su grandeza divina.

Entremos, pues, con confianza á estudiar esta cuestion en el terreno del derecho canónico.

Y si un principio universal de justicia, si un supremo interés de civilizacion, si una gran razon moral—como hemos visto—ha obligado á los Estados á proclamar la validez de los matrimonios contraidos por extranjeros segun las formalidades establecidas en el país en que residen, aseguremos sin temor de equivocarnos desde luego que esta es tambien la doctrina de la Iglesia, que abundancia de razones y de autoridades no han de faltarnos para sustentar esta tésis.

II.

El estado civil de las personas no depende en Francia de la religion que profesan; ni la fuerza del matrimonio del Sacramento, sino del contrato.

La ley de 20 de setiembre de 1792; ley que ha sido siempre allí respetada, lo mismo en los dias turbulentos de la revolucion que en los gloriosos del consulado y del Imperio, así en la restauracion de 1814 como bajo la dinastía de 1830, tanto durante la República de 1848 como bajo el actual Imperio, secularizando el derecho rompió el estrecho lazo que unia las instituciones civiles y religiosas.

Desde entonces la forma del matrimonio en Francia es la forma del contrato civil. Y la Iglesia misma ha aprobado esta solucion.

Cuando el culto católico se restableció y se fijaron de nuevo las relaciones entre la Iglesia y el Estado, cuando el génio que presidia entonces los destinos del pueblo francés celebró el concordato, la cuestion del matrimonio, como cuestion mista en que estaban interesados la Iglesia y el Estado bajo distintos aspectos, fué considerada como una de las que debian resolverse poniéndose de acuerdo ambas potestades. La ley civil que secularizó el matrimonio alcanzó entonces una confirmacion espresa por parte de la Iglesia. En efecto el artículo 54 del concordato vino en admitir que los párrocos *no darian la bendicion nupcial á los que no justificasen en buena y debida forma haber contraido MATRIMONIO ante el oficial del estado civil.* De modo que *matrimonio y matrimonio celebrado en debida forma es,*

según el concordato estipulado entre S. S. Pío VII y el emperador Napoleón, el contraído en Francia civilmente.

Un ilustre jurisconsulto, á quien ya hemos citado, Portalis, que tanta influencia tuvo en aquella época, en la organización civil y eclesiástica de la Francia, como consejero de Estado y orador del Gobierno defendió el principio de que á la sociedad correspondía arreglar los matrimonios; que era un derecho de todos los pueblos y de todos los gobiernos, que este derecho les era esencial é inherente; y que aunque el matrimonio no era ajeno á la religión, que lo dirigía por su moral y lo bendecía por su sacramento, las reglas de la moral cristiana no eran un principio de jurisdicción para la Iglesia, porque á serlo, sería necesario decir que la Iglesia tenía el derecho de gobernarlo todo, pues que tiene una moral universal que á todos se extiende, y para la que ninguna de las acciones humanas es indiferente.

Ninguna oposición, sin embargo, hizo el Papa á estas doctrinas: respecto al matrimonio, sus únicas observaciones se referían á que se suprimiese el divorcio. Y no se crea que Roma odió entonces á la presión de las circunstancias, porque si así hubiera sido, ocasiones ha tenido después para obtener una reforma favorable á sus miras. Además, de que no es en Francia solo en donde ha dejado prevalecer la secularización del matrimonio, sino también en Bélgica, en Prusia, en las provincias del Rin y en Austria hasta que se celebró el último concordato.

Resulta de lo espuesto que el matrimonio canónico que en Francia se celebra, bien sea entre nacionales ó bien entre extranjeros, no puede producir efectos civiles: es una deuda que los contrayentes deben á la religión, pero no á la ley. Y consecuencia de esto es que las funciones de los párrocos son puramente sacerdotales, que no pueden expedir documentos fehacientes de los matrimonios en que intervienen y que los registros del estado civil son los únicos que sirven de prueba de los matrimonios contraídos. La Asamblea constituyente consignó este principio en los términos siguientes: el poder legislativo establece para todos los habitantes *sin distinción* el modo de hacer constar los matrimonios, nacimientos y defunciones y designa á los oficiales públicos que reciban y custodian las actas. Esta disposición fué completada por el decreto de la Asamblea legislativa de 20 de setiembre de 1792, que lleva por epígrafe *Ley sobre el modo de hacer constar el estado civil de los ciudadanos: en el cual*

se prohibió de un modo terminante llevar otra clase de registros, quedando desde entonces para este fin legalmente incapacitados los párrocos; y para que no cupiera la menor duda acerca del particular, vino despues la ley de 7 de vendimiario del año IV prohibiendo, bajo severas penas, dar el menor crédito á sus atestados.

Es, pues, indudable que la Iglesia espresamente ha venido á reconocer la fuerza y eficacia del matrimonio civil que en Francia celebran nacionales y extranjeros.

Si esta doctrina se impugna, y la legitimidad del matrimonio civil allí celebrado por los españoles se niega ¿qué medio quedaria á los esposos de borrar la fea nota de amancebados que imprimiria entonces sobre su frente el derecho pátrio? Triste é inaudito es decirlo, ninguno. En vano seria que despues del contrato civil tuvieran la precaucion de recibir la bendicion religiosa, porque los tribunales españoles,—en la hipótesis que examinamos—no podrian admitir la validez de su enlace. Los documentos que ante los mismos presentaran espedidos por los oficiales del estado civil para acreditar la celebracion del matrimonio, inútiles son desde el momento que se niega en España la validez del contrato. Las certificaciones y los atestados que contra la ley, y sin autoridad de la ley los párrocos franceses pudieran suministrarles, los principios rudimentarios del derecho, las leyes de la lógica y la misma razon natural condenan que puedan servir para probar en España lo que no sirven para probar en el país en que han sido espedidos. De modo que los españoles casados en Francia, tanto los que solo han contraido matrimonio civil, como aquellos que han recibido la bendicion eclesiástica—segun la doctrina que combatimos—no serán considerados nunca como esposos legítimos en España, los primeros por nulidad intrínseca del contrato civil; los segundos, por falta de prueba del matrimonio canónico.

A tal extremo conduce el negar la validez en España de un matrimonio cuya legitimidad declaran las leyes francesas.

III.

Los escritores de derecho internacional, siguiendo las huellas de los juriconsultos romanos, distinguen en los actos civiles, la sustancia y la forma, y dividen las solemnidades en *internas* y *externas* ó *intrínsecas* y *estrínsecas*. Las internas ó intrínsecas son las que pertenecen á la esencia de los actos y comprenden la capacidad de

las partes y su consentimiento y el objeto y los efectos de los mismos actos: se refieren al estatuto real y personal, de modo que el acto en que estos estatutos se hayan cumplido podrá considerarse perfecto con arreglo á las solemnidades intrínsecas.

Las solemnidades esternas ó estrínsecas se refieren por el contrario al estatuto formal y ordenan las formas que sirven de garantía á todos los actos de la vida civil de los hombres. Estas solemnidades es un principio incuestionable de derecho que se rijan por las leyes del país en que han pasado los actos á que se refieren, y así son auténticos y tienen fuerza en todas partes, aun en los mismos Estados en que para esos actos hay establecidas formas diferentes.

En España la forma del matrimonio es la canónica, esto es, debe verificarse ante el párroco y testigos. De aquí la importancia—que no tratamos de disminuir—de la cuestion siguiente.

La bendición del párroco en el matrimonio celebrado entre católicos ¿constituye la esencia del matrimonio? En otros términos ¿es una solemnidad interna ó esterna, intrínseca ó estrínseca? O lo que es lo mismo, adoptando la forma escolástica ¿es el párroco ó son los contrayentes el ministro del Sacramento?

Apresurémonos desde luego á consignar que la Iglesia nada ha resuelto acerca de este punto. *Jam quod spectat ad materiam, formam et Ministrum sacramenti matrimonii, theologi disputant, Ecclesia silet*, dice Domingo Caballari. Y así ha sido en efecto. Benedicto XIV en el capítulo 13 de Sinodo diocesano espresamente manifiesta que esponia los fundamentos de las opiniones que existian acerca de si los contrayentes ó el párroco eran ministros del Sacramento, no con ánimo de que se adoptase la una ó la otra, sino para que los Obispos se persuadiesen que las dos eran probables y conociesen la autoridad de que gozaban sus patronos, y añade *atque inde non dicere discant ut ipsi judicis partes assumant, questionemque definiant, de qua Ecclesia nihil hactenus pronunciavit, sed theologorum disputationes permisit*.

La Iglesia, pues, los cánones y los concilios nada han resuelto espresamente acerca de la materia: no han declarado si el párroco ó los contrayentes son los ministros del Sacramento, ó lo que es lo mismo, su esencia: la cuestion, no es por lo tanto de derecho constituido: no se trata de fijar y aplicar el texto de los cánones, sino de pesar y apreciar las razones que en pró de una y otra opinion se alegan, y el número y calidad de los escritores que á uno y otro

lado se inclinan; no es una cuestion exegética, sino puramente una cuestion de crítica.

Examinémosla bajo este punto de vista.

El mas distinguido de los teólogos que sostienen que el párroco es el ministro del Sacramento, es sin duda Melchior Cano, y sin embargo, no puede menos de confesar que la opinion contraria es la generalmente seguida, la que goza mas autoridad y la que cuenta en su apoyo el número mayor de espositores. *Si ex auctoritate—dice—et número scholasticorum pugnandum hic foret, vinceret haud dubiè opposita sententia.*

Este mismo hecho y la casi unanimidad de los comentadores del derecho canónico en negar que la presencia del párroco es la esencia del matrimonio, lo ha reconocido tambien la Santidad de Benedicto XIV. En la misma obra que antes hemos citado á este propósito, dice: *doctrina à Vigorio propòsita* (la de que el párroco es ministro del Sacramento) *paucos habuit sectatores*, y luego añade, *nullus inficiabitur communiter esse contrariam aliorum opinionem, qui constantèr defendunt solos contrahentes esse ministros sacramenti matrimonii, quos proinde necessariè ab illis confecti decet, simul ac validum inter se ineunt conjugii contractum* (1).

Si se atiende al número y á la autoridad de los escritores, la cuestion, como acabamos de ver, está resuelta.

Presentamos ahora las razones en que apoyan su dictámen los autores citados. Afortunadamente la tarea es fácil porque un distinguido teólogo y canonista, el padre jesuita Tomás Sanchez, —que solo sobre el matrimonio escribió tres tomos en folio, en los que se encuentran expuestas todas las opiniones y disputas que se han originado acerca de este sacramento—las ha condensado magistralmente en su erudita obra.

«Debe tenerse como asentado—dice este ilustre teólogo—que nunca el párroco fué, *ni aun despues del concilio Tridentino*, ministro del Sacramento del matrimonio, sino que los mismos contrayentes son los ministros que lo celebran, por lo que antes de aquel concilio, el matrimonio clandestino fué verdadero sacramento. Y esto se prueba:

(1) Vazquez, Sanchez, Teófilo Rainaud, Trassen, Lantrea, Góttus, Van-espen, Simonet, Boncat, Merbejaes, Pontas, Belarmino, Suarez, Enriquez, Bartolomé Ledesma, Pedro Ledesma, Luis Lopez, Vega Vivaldo y Manuel Perez, sostienen que los contrayentes son los ministros del Sacramento.

1.º Porque siendo el matrimonio un contrato cuya naturaleza no mudó Jesucristo, sino que tan solo elevó á Sacramento, sigue la naturaleza de los demás contratos, que consiste en que los contratantes se ligan por el mútuo consentimiento, sin que otro fuera de ellos mismos haga el contrato.

2.º Porque antes del concilio Tridentino, los matrimonios clandestinos eran verdaderos matrimonios *ratos*, como los define el mismo concilio en la sesión 24, capítulo 1.º de matrimonio, y por consiguiente verdaderos Sacramentos; por lo que en el capítulo 4.º de divorcio, versículo *nam si matrimonium*, no se llama *rato* el contraído por infieles porque no es Sacramento.

3.º Porque las palabras del párroco no son la esencia del matrimonio, el cual existe aun omitidas aquellas, y por consiguiente el párroco de ninguna manera es ministro, porque el que lo sea por necesidad ha de proferir algunas palabras por las cuales el Sacramento se confiera.

4.º Porque en otro tiempo la Iglesia conocía de los matrimonios clandestinos, y esto prueba que eran Sacramentos; porque si fueran contratos profanos, conociera de ellos el juez sejar.

5.º Porque el Concilio Tridentino, al hablar de Sacramentos y latamente explicar los ministros de otros Sacramentos, calla el del matrimonio.»

La sencillez, claridad, concisión, orden y fuerza de estos razonamientos hacen innecesaria en nuestro concepto toda ampliación.

IV.

La cuestión que acabamos de examinar, acerca de la cual nada expresamente tiene establecido la Iglesia, la ha resuelto, sin embargo, en el terreno práctico á favor de la opinión por nosotros sustentada, pues que esplicitamente ha declarado válidos diferentes matrimonios celebrados contra la voluntad del párroco, y aun sin su presencia.

Entre los diferentes casos que con este motivo pudiéramos citar, escogerémos solamente algunos, por no dilatar demasiado este trabajo.

Desde luego debe merecer nuestra preferencia, porque es sumamente á propósito para demostrar que la presencia del párroco corresponde á la clase de los actos formales del matrimonio, un hecho

que se ha repetido en los países donde el Concilio de Trento se ha promulgado, y que ha dado motivo á diferentes declaraciones de la Congregacion de Cardenales de interpretacion de dicho Concilio. Aludimos al acto de sorprender al párroco los contrayentes en presencia de testigos, y allí manifestar su intencion de contraer matrimonio. Si esto sucede, aun cuando el sacerdote permanezca silencioso, aun cuando manifieste que se opone, aun cuando proteste que no quiere celebrar semejante enlace, siempre que los testigos oigan las palabras de los contrayentes, que espresan su voluntad de ser esposos, y el párroco esté presente, *el matrimonio, canónicamente considerado, queda perfecto.*

¿Cómo puede explicarse esta doctrina, incontestablemente recibida por la Iglesia, sin convenir en que el párroco no es el ministro del Sacramento, ni es su bendicion lo que constituye la esencia del contrato? ¿Es posible sostener que contra la voluntad del párroco, y á pesar de sus protestas, el matrimonio se verifica, y al propio tiempo que la bendicion y las palabras sacerdotales son la esencia del matrimonio? La razon natural por sí sola dicta que estas dos proposiciones son antinómicas. Es preciso decidirse por la una ó por la otra, ó afirmar que el matrimonio celebrado sorprendiendo al párroco es nulo, ó que el párroco no es el ministro del Sacramento. Las dos no pueden armonizarse.

Ahora bien, en tanto que, como hemos visto, la Iglesia ha callado quién es el ministro del Sacramento, ha sido esplicita en declarar que son válidos los matrimonios contraidos sorprendiendo al párroco. Así lo ha manifestado, segun consta de las anotaciones de Gallenart, la Congregacion de Cardenales para la interpretacion del Concilio: *«Congregatio Concilii censuit matrimonium coram parochó et testibus contractum, nisi aliud obstet, validum esse, quamvis parochus invitus interfuerit et aliá de causá quam ut matrimonio interesset á contrahentibus accessitus fuerit, cum tamén ad actum matrimonii verè et formaliter fuerit adhibitus.»* De esta manera la Iglesia ha venido á resolver prácticamente una cuestion que ha querido dejar intacta en el terreno doctrinal.

Mayor importancia tiene, á nuestro propósito, otra interpretacion de la misma Congregacion, en la que se declara que en los mismos países en donde se observa el Concilio de Trento puede haber casos en que valga el matrimonio sin la asistencia del párroco. *«Si verò parroquia in quá fuit aliquandò observatum decretum,*

propió parochó careat, et Cathedralis itidém Episcopo et capitulo habentibus á concilió facultatem alium sacerdotem ad id diligendi, nullusque alius ibi sit, qui vices parochi, aut Episcopi suppleat, matrimonium valet absque præsentia parochi, servatá tamen in eo, in quo potest formá concilii, nempè adhibitis saltem duobus testibus.»

Por último, dos infieles contraen matrimonio con arreglo á la ley de su país y sus ritos religiosos: mas tarde se convierten. ¿La Iglesia declara nulo su matrimonio? ¿Les obliga á casarse según la forma del Concilio? Ni lo uno ni lo otro. Al contrario, el respeto á los vínculos contraídos, á la legalidad y validez de los matrimonios celebrados con buena fé y con las legales formas que se observan en los pueblos, aunque sean infieles, lo ha llevado la Iglesia tan allá, que muchos y distinguidos teólogos sostienen, que en el acto de recibir el bautismo los esposos infieles, el contrato antiguo es elevado á la dignidad de Sacramento. Si la esencia del matrimonio canónico fuera la presencia del párroco, ¿podrían nunca ser válidos esta clase de matrimonios? Ciertamente que no. Por eso repetimos que prácticamente ha prevalecido en la Iglesia la doctrina de que el párroco no es el ministro del Sacramento, sino un testigo calificado.

V.

En cuantos libros de derecho canónico se habla de matrimonio, se encuentran poco mas ó menos estas palabras: *dividitur matrimonium in legitimum, ratum et consumatum*. Y á continuacion de ellas se esplican estas tres especies de matrimonio. Es legítimo, y llama legítimo por antonomasia la Iglesia el que se contrae con arreglo á las leyes de un país, pero sin intervencion eclesiástica. *Secundum gentium leges contrahitur cum solo naturali consensu, caret Ecclesiæ auctoritate*; que dice Devoti, autor ultramontano, cuyas doctrinas no pueden parecer sospechosas en la materia.

Es rato, el celebrado según las reglas de la Iglesia cuando aun no se ha verificado la union de los cuerpos. *Quod contrahunt fideles ex regulis Christianæ religionis; et est quidém ratum, donec conjugum corpora commixta non sunt*.

Se dice el matrimonio consumado cuando esta union tiene lugar: *Cum hæc accessit maritalis conjunctio matrimonium consumatum efficitur, ac significat conjunctionem Christi cum Ecclesia, cujus conjunctionis causa perfectum et consumatum dicitur*.

De esta división de la materia matrimonial se deduce que la Iglesia para llamar y declarar nulo un matrimonio, necesita que no sea *ni legítimo, ni rato, ni consumado*. Todo el que reúna uno de estos tres caracteres, que lleve con propiedad uno de estos tres nombres, es para ella un verdadero, un válido matrimonio. Reconoce ciertamente diferencia entre ellos, pero los iguala en la fuerza que les concede y en los efectos civiles que producen. La Iglesia ha nacido dentro del Estado, no el Estado dentro de la Iglesia; y de aquí que no pueda menos de aclamar como legítimos, válidos, verdadera y civilmente perfectos los matrimonios que se contraen según las leyes civiles de los pueblos, aunque en el acto no intervenga autoridad alguna eclesiástica. La doctrina contraria pone en pugna abierta el derecho público con el derecho canónico, arma al Estado contra la Iglesia, lleva una perturbación profunda á la familia y á la sociedad.

El entendimiento humano no concibe bien todo el escándalo que se produciría si en un país autorizase la ley la celebración de cierta clase de matrimonios, conforme con los principios del derecho natural, y estos matrimonios se verificasen bajo su salvaguardia, y luego la Iglesia los declarase nulos, viniendo así arrebatar á los cónyuges la honra y á los hijos una legitimidad, que es un efecto civil, que habían adquirido en virtud de las leyes de su patria. Absurdo semejante, ni lo ha sostenido la Iglesia, ni aventurado escribir alguno piadoso.

VI.

Un distinguido canonista contemporáneo español, en un libro que como texto se estudia en casi todas nuestras Universidades, hablando de la celebración del matrimonio, dice (1) que «la solemnidad prescrita en el Concilio de Trento, no es necesaria en los reinos en que no está admitido, pero que serán nulos los matrimonios de las personas que viviendo en país en que los matrimonios se celebran según las formalidades por él establecidas, se trasladan á otro para eximirse de ellas.»

No admitido en Francia el Concilio, y concretándose la cuestión

(1) Aguirre, *Curso de disciplina eclesiástica general y particular de España*.

que veníamos examinando á españoles que de automayo en Francia residían, sin ser su ánimo al trasladarse allí eximirse de cumplir con las formalidades tridentinas en la celebracion de su matrimonio, dicho se está que la validez del matrimonio civil que defendemos, cuenta tambien en su apoyo con la opinion del canonista español mas estudiado en nuestros dias.

⊙porque lugar es este, ya que se da dilucidar extensamente—que no lo permite la índole de este trabajo—de plantear al menos otra cuestion canónica, á que dá ocasion la circunstancia que acabamos de consignar, de no haber sido recibido en Francia el Concilio de Trento.

Las leyes de la Iglesia, lo mismo que las de los Estados se derogan por la promulgacion de otras leyes que disponen lo contrario que las primeras, ó que las modifican.

Las eclesiásticas tienen, sin embargo, la especialidad de que para que obliguen en un país es necesario el consentimiento ó pase de la autoridad temporal y su oficial promulgacion en las diócesis. Este consentimiento, *pase ó regium exequatur* y la oficial promulgacion en las Iglesias, es lo que no ha logrado alcanzar en Francia el Concilio Tridentino. De aquí que cuanto dispone acerca del matrimonio no tiene allí existencia legal, de aquí que el Concilio de Trento no es la disciplina de la Iglesia francesa, de aquí que no hayan sido derogados en Francia los antiguos cánones sobre el matrimonio, y de aquí que con arreglo á ellos, y no con arreglo al Concilio, debería en su caso examinarse la fuerza del matrimonio de que tratamos bajo el aspecto puro y exclusivamente canónico—en la hipótesis que negamos,—que bajo este aspecto hubiera de resolverse la cuestion.

Los sponsales, segun la antigua disciplina, que derogó en los países en que fué admitido el Concilio de Trento, pero que hoy seria, en caso, la única canónica vigente en Francia, donde no fué admitido, pasan por la cópula á hacerse matrimonio consumado, en tanto grado que no puede disolverse por la profesion religiosa. Así fué declarado por los Pontífices Alejandro III y Gregorio VII en el *capítulo 13 y 30 de sponsalibus* y en el *8.º de dispensatione impuberum*, y así resulta tambien de los *capítulos 7.º y 14.º de las decretales de conversione conjugum*. Ahora bien, ¿quién se atreverá á negar al matrimonio civil la fuerza—cuando menos—de un contrato de sponsales? Para la ciencia del derecho internacional privado, para todos los juríconsultos y publicistas modernos, para los Estados

de Europa; el matrimonio civil es un verdadero matrimonio ¿para la Iglesia, no tendrá siquiera el carácter de una promesa de futuras nupcias? Pues entonces—segun lo que dejamos consignado—siempre que al matrimonio civil se siga la consumacion, con arreglo al derecho canónico vigente en Francia, será válido y perfecto, toda vez que los cónyuges hicieron vida comun, y que conforme á las doctrinas de la Iglesia, aquel matrimonio civil pasó por la cópula á hacerse verdadero y consumado matrimonio eclesiástico.

VII.

No es, sin embargo, este el aspecto bajo el cual el derecho canónico, los teólogos y la Iglesia juzgarian el matrimonio, cuya fuerza aspiramos á conocer. Si en este terreno hemos colocado la cuestion ha sido mas bien con el ánimo de hacer ver que por todas partes se presentan razones, doctrinas y autoridades que abonan la virtualidad de la doctrina que sustentamos, que corroboran la fuerza del matrimonio civil.

Hemos visto que el derecho canónico llama por antonomasia legítimo el matrimonio que se celebra con arreglo á la ley civil sin intervencion de la autoridad eclesiástica, y ahora para completar esta materia, para que se conozca hasta qué punto ha llevado la Iglesia su respeto al derecho constituido de los pueblos, para que se aprecie su tolerante y civilizador espíritu, para que tenga confirmacion lo que al comenzar este artículo deciamos, nos proponemos demostrar—á algunos ha de parecer difícil—que en los países donde el Concilio de Trento no ha sido recibido, como sucede en Francia, el matrimonio civil, el matrimonio clandestino, no solamente es para la Iglesia un legítimo contrato, sino lo que es mucho mas, un matrimonio *rato*, un verdadero matrimonio canónico.

Muchas y respetables autoridades pudiéramos citar en apoyo de esta doctrina, clásica entre los mas distinguidos canonistas y teólogos, encarecida por aquellos que han exagerado la supremacia de los cánones sobre las leyes, de la Iglesia sobre el Estado, y del Pontífice sobre la Iglesia. Una sola invocaremos, que vale por todas, la del P. Sanchez, porque en su tratado *de matrimonio* cita los nombres y las obras de todos los autores que se han ocupado en tan interesante punto.

↓El matrimonio contraído sin la asistencia del párroco y testigos

en los países donde no rige el Concilio de Trento por los moradores de otros países en que obliga, es válido (1)?

Así formula la cuestión el ilustre jesuita.

Veamos cómo la resuelve.

En su concepto, la solución de esta dificultad depende del modo de plantear, entender y resolver la siguiente cuestión preliminar: ¿están obligados los extranjeros á observar las leyes y las costumbres de aquellos lugares por donde transitan? Una multitud de teólogos, canonistas y jurisconsultos, cuyos nombres cita el P. Sanchez, responden afirmativamente. *Quia bonum civitatis publicum postulat ut uniuscujusque oppidi consuetudines observentur, tam ab incolis quam á peregrinis, dum in ea sunt.* Varios pasajes de San Agustín, adagios forenses y algunas leyes del Digesto y de las Partidas son el fundamento de sus doctrinas. Verdad es que hay otros escritores, que el P. Sanchez también enumera, que por el contrario sostienen que los extranjeros no están obligados á observar las leyes del país por donde pasan. Pero aun entre los que así opinan, esta regla general tiene varias excepciones, y una de ellas es que en cuanto á las solemnidades de los actos deben ajustarse siempre los extranjeros á las leyes del país donde se encuentran: *Hæc sententia, ut non teneantur peregrini legibus et consuetudinibus loci per quem transeunt, triplicem patitur exceptionem. Prima est quod ad contractuum solemnitatem, nam quicumque forenses et peregrini tenentur servare solemnitates in contractus requisitas legibus et consuetudinibus oppidi in quo contrahunt: ratione enim contractus quilibet forum sortitur in loco contractus.*

De manera que tanto los autores que sostienen que los extranjeros están sujetos á las leyes del país por donde viajan, como los que llevan la doctrina contraria, por las excepciones que hacen de la regla general, vienen á convenir en que el matrimonio civil contraído por españoles residentes en Francia, con arreglo á lo que dispone el Código Napoleon, es válido, y firme bajo el punto de vista del derecho canónico.

Esto, entre otras cosas, demuestra que el derecho internacional privado no es tan moderno como algunos se figuran. Hijo de una necesidad social, ha existido desde que ha habido relaciones entre

(1) Cuestión XVIII, lib. 3.º, *De consensu clandestino.*

los pueblos: al estudiar la historia, se descubre que sus principios han sido aplicados en los tiempos antiguos y en la edad media. Nosotros hemos reunido sus elementos, estudiado sus leyes y formado un cuerpo de doctrina; pero el derecho existía, tenía vida propia y era respetado por los pueblos antes de que la ciencia le imprimiera su carácter, no de otra manera que el derecho natural existía antes que Grocio y Puffendorf lo explicaran. Su forma es nueva; pero su materia es obra de los siglos.

La Iglesia, por lo menos respecto al matrimonio, clara, expresa, terminantemente, desde el siglo XIII, ha adoptado el principio inconcuso de derecho internacional privado: *locus regit actum*. Las Brevetales de Gregorio IX en el libro de *Sponsalibus et matrimonio* ponen como primer capítulo una disposición conciliar que verdaderamente no tiene precio para los que sostenemos la validez en todos terrenos del matrimonio civil. La rúbrica del capítulo por sí sola, *Matrimonium consensu contrahitur, nec invalidatur si consuetudo patrie non servatur*, revela el espíritu de la Decretal: sus términos son tan importantes que no podemos resistir al deseo de insertarla íntegra. *De Francia quidam nobilem mulierem de Saxonía, lege Saxonum ducit in uxorem: verum quia non eisdem utuntur legibus Saxones et Francigeni, causatum est, quod cum non sua, id est Francozum lege desponsaverit, vel acciperet, vel donaverat, dimissaque illa aliam superduxit. Disponuit super hoc Sancta Synodus ut ille transgressor evangelice legis subiciatur penitentia et á secunda conjuga separetur et ad priorem redire cogatur.*

Este caso es igual al que motiva estos artículos: el Concilio decidió la cuestión por el principio *locus regit actum*: rechazó la doctrina de que para la celebración del matrimonio debía prevalecer el *statuto personal*: declaró que el que había contraído matrimonio, no con arreglo al derecho canónico, sino al derecho civil de los Sajones, estaba legítimamente casado, y que la Iglesia tenía por válido su matrimonio; y convino en que el que, con pretexto de no haber celebrado el primer enlace con arreglo á los cánones, pasaba á segundo matrimonio, era bigamo, y que para ejemplo de los cristianos debía hacer penitencia, y para satisfacer á la moral, á la santidad del matrimonio y á las leyes divinas y humanas, ser separado de la segunda mujer y hacer vida conyugal con la primera.

¡Hasta este punto, hasta dar preferencia al matrimonio civil sobre el matrimonio eclesiástico, siendo aquel anterior, ha llevado

la Iglesia su gran espíritu, su respeto á la moral universal, su consideracion á las leyes nacionales!

Por último, todavía es mas notable, porque siendo posterior al Concilio de Trento, debe sellar los labios á todo el que impugne la legitimidad del matrimonio civil contraído en Francia, y aun al que pretenda negar al mismo el carácter de *rato*, es decir, de matrimonio eclesiástico, la declaracion pontifica de Benedicto XIV, que consigna que en los países en donde el Concilio de Trento no ha sido promulgado, los matrimonios clandestinos son matrimonios verdaderos y *ratos*: *Matrimonia clandestina vera ac rata esse in locis in quibus predictum decretum nunquam fuit promulgatum.*

Esta es la ley de la Iglesia católica, esta su sublime moral. Una y otra demuestran que el matrimonio civil celebrado por dos españoles residentes en Francia, observando las solemnidades que allí se exigen para la validez del contrato, considerado con absoluta abstraccion de los tratados y de las doctrinas de los escritores de derecho internacional privado, y de las leyes civiles españolas y francesas, y solo apreciado bajo un punto de vista esclusivamente canónico, es un matrimonio verdadero, legítimo y *rato*.

Alejandro Groizard.

DERECHO ADMINISTRATIVO Y CANÓNICO.

DE LA PRIVACION DE SEPULTURA ECLESIASTICA.

DICTÁMEN.

emitido por el Fiscal de la Cámara del Real Patronato.

El Ministro fiscal dice: Que por el Ministerio de Gracia y Justicia se pide con urgencia informe á la Cámara con motivo de una comunicacion del Ministerio de la Gobernacion del Reino remitiendo un espediente en que aparece que el párroco de....., diócesis de....., se negó á dar sepultura eclesiástica al cadáver de D. B. L. C.

Ante todas cosas, conviene fijar con claridad y precision los hechos tales como constan en el espediente. D. B. L. C. falleció el dia 23 del último febrero, segun dice el alcalde de..... en comunicacion que en el mismo dia dirigió al Gobernador de la provincia. En ella dice, que cuando se participó al párroco el fallecimiento, contestó que no podia dar sepultura eclesiástica al finado sin permiso del diocesano, y que igual contestacion dió de palabra al que le entregó un oficio que el mismo alcalde le dirigió acerca del particular. Añadia que las razones en que podria fundarse el párroco eran que hacia años que D. B. L. C. no cumplia con los preceptos de la Iglesia, y que como podia suceder que el Prelado confirmase la denegacion de sepultura, consultaba al Gobernador esperando su resolucion que seria muy conducente para evitar que los numerosos parientes del difunto, que son los principales de la villa, se concitaran contra el cura produciendo funestos resultados. El Gobernador con fecha del 25 contestó al alcalde que si al recibo de la orden no hubiese tenido lugar el enterramiento, invitara al párroco en nombre de su superior autoridad á que lo hiciera; pero en el caso poco probable de persistir en la negativa, dispusiera que sin demora se verificara el enterramiento en el sitio en que lo reciben los demás fieles, y que si por un lamentable incidente lo hubiera sido en otro lugar, se exhumara el cadáver con las formalidades necesarias y se trasladara al cementerio comun. Ordenaba al propio tiempo el Gobernador al alcalde que en el caso

de insistir el párroco en su negativa instruyera y remitiera el oportuno expediente gubernativo en que se consignaran y justificaran los hechos.

Con la misma fecha se dirigió el Gobernador al R. Obispo de....., trasladándole el oficio del alcalde y la contestacion que le daba, añadiendo que confiaba en su ilustracion y sentimientos religiosos que diera al insólito proceder del párroco de..... la apreciacion que merecia, no solo en sí misma, sino por la deplorable trascendencia que podian tener hechos de esta naturaleza, en concepto de que si bien prevenia la formacion de un expediente gubernativo para el esclarecimiento de los hechos, no por esta circunstancia excluía la reparacion pastoral que competía al Prelado, y que siendo satisfactoria miraría como el único remedio.

El Prelado en el dia 26 contestó á la comunicacion de que acababa de hacerse referencia, remitiendo copias de la comunicacion que habia recibido con fecha 23 del cura de....., y la contestacion que en el dia siguiente 24 le habia dado. La comunicacion del párroco decia que se habia puesto en su noticia por el alcalde el fallecimiento de D. B. L. C., sin decir cuándo ni de qué manera, pues nadie entraba en su casa; que en los 22 años que residia él en la villa no habia el finado dado muestras ningunas de cristiano, porque ni habia asistido á la Iglesia, ni habia cumplido con el precepto pascual, y que era público que estaba siempre vertiendo doctrinas impías é irreligiosas, segun todo el pueblo deponia unánimemente. Concluía diciendo que por lo manifestado y muchísimo mas que pudiera añadir nada podia resolver en cuanto á entierro y sepultura eclesiástica, hasta que el Prelado decidiera sobre el particular. La contestacion que dió el diocesano á esta comunicacion fué que siempre que el cura le hubiese amonestado alguna vez á cumplir con los deberes de cristiano, y por otra parte no le constara que antes de morir hubiese dado señales de arrepentimiento y manifestado deseos de recibir los Santos Sacramentos como cristiano, se estaba en el caso de negarle la sepultura eclesiástica, *pues la Iglesia solo concede este derecho á los que mueren como hijos suyos*. En la citada comunicacion de 26 de febrero concluía el Prelado diciendo al Gobernador, que el párroco de..... no podia obrar de otra manera, y que él tomaba sobre sí la responsabilidad como de cualquier otro incidente de la misma naturaleza que pudiera ocurrir, como ocurririan con mayor frecuencia

si el ministerio pastoral fuera contrariado en vez de ser protegido por las autoridades públicas.

Con fecha del 25 el alcalde de..... ofició de nuevo al Gobernador de la provincia, diciendo que estrajudicialmente sabia la negativa del diocesano, y que por esta causa ó por otra los parientes del difunto le reclamaban el cadáver para sepultarlo en una finca de los mismos y erigir en ella un monumento que sirviera de sepulcro á la parentela que le costeaba con un epitafio alusivo por ahora á las reconocidas virtudes del primero que lo iba á ocupar. Añadía el alcalde que como medida sanitaria se habia trasladado el cadáver á una casa de campo á corta distancia del pueblo, y pedia instrucciones por ser este un caso enteramente nuevo.

El Gobernador de la provincia en una luminosa comunicacion fechada en 28 de febrero contesta á la que el diocesano le dirigió en el dia 26: en ella defendia y sostenia sus providencias con copia de razones y se reservaba poner en conocimiento del Gobierno este negocio, si el Obispo insistía en su negativa.

En el mismo dia 28 ordenó el Gobernador al alcalde que si no habia llevado á efecto lo que le habia prevenido en la comunicacion primera que le dirigió en el 25 lo verificase desde luego.

La conducta del Gobernador está aprobada por Real orden de ayer.

Estos son los antecedentes extractados con fidelidad en la parte que es interesante para la fijacion exacta de los hechos.

El Fiscal antes de emitir su dictámen acerca de la conducta observada respectivamente por el R. Obispo de....., por el Gobernador de la provincia de..... y por el alcalde y párroco de....., cree que debe fijar los principios que han de servir de regla para la resolucion. Y siente mucho tener que despachar este negocio con la urgencia que reclama el Gobierno de S. M., porque así no podrá dar al dictámen la estension que deseara, y que sería conveniente en punto de tanta gravedad.

El Gobernador de..... en su comunicacion dirigida al diocesano de..... en el dia 28 de febrero, comunicacion que bien merece ser leida, porque trata con tino las cuestiones á que dá lugar este desgraciadísimo expediente, reconoce de buen grado que corresponde á la autoridad eclesiástica, decidir si un cadáver debe ó no recibir sepultura en lugar sagrado. Esto en el terreno del derecho constituido no puede ponerse en duda, y solo en el terreno del dere-

cho constituido, es como el Fiscal considerará la cuestion, porque no es llamado á dar su dictámen bajo un aspecto diferente. Ni la aprobacion de la base eclesiástica para la futura Constitucion puede ser obstáculo á considerar la cuestion de esta manera, porque sin entrar por ahora en semejante exámen, basta decir que los hechos de que se trata tuvieron lugar antes de aprobarse la base, para que se convenga en que ninguna influencia debe tener en la resolucion del expediente.

Pero en el supuesto de ser la concesion ó negacion de sepultura eclesiástica un derecho propio de la Iglesia, ¿debe permanecer la potestad temporal desarmada y obligada á presenciar impasiblemente los abusos que las autoridades eclesiásticas pueden cometer? No cree el Fiscal que haya un solo hombre de buena fé que se atreva á contestar afirmativamente á semejante pregunta.

No es un derecho, es un deber de la potestad temporal defender y proteger á los ciudadanos de los abusos cometidos por las autoridades eclesiásticas. Así dicen los escritores regnícolas mas piadosos y autorizados que no puede desprenderse el Gobierno de esta regalla sin renunciar á una parte de su independencia, sin dividir el imperio, y sin faltár á su obligacion mas esencial. Los recursos de fuerza, los recursos de protección no tienen otro fundamento. Y no hay acto abusivo de un eclesiástico de que no pueda libertarse el perjudicado: por el recurso de fuerza si se trata de providencias dimanadas de la jurisdiccion contenciosa; por el recurso de protección, si se trata de providencias gubernativas, contra las que tambien ha sido lícito entablar recursos de fuerza. Ofendería la ilustracion de la Cámara si me detuviera mas acerca de este punto.

El Rey, pues, por medio de sus tribunales y altos funcionarios, ó escitado, ó *motu proprio* en los negocios en que se interesa el bien público, puede corregir los abusos cometidos por los eclesiásticos, velando por el cumplimiento de las leyes y de los cánones de que no en vano es protectora la Corona.

Sentado esto, veamos cuál es el derecho respecto á la sepultura de los que fallecen sin haber cumplido con sus deberes de cristianos.

Dos causas son las que espresó el párroco de..... en su comunicacion del 23 de febrero. Era la primera, la no asistencia de B. L. C. á la Iglesia y la falta de cumplimiento con el precepto pascual por espacio de muchos años: la segunda consistia en atribuirle verter doctrinas impías é irreligiosas. Prescindiendo de la va-

guedad de esta denuncia, porque denuncia y no otra cosa es la que hizo el párroco, basta al propósito del que suscribe decir que no hay ningún cánón ni ninguna ley en virtud de la cual el que vierte tales doctrinas deba ser privado de la sepultura eclesiástica, para que solo quede subsistente la primera causa. Aun de esta solo queda la de no recibir los Sacramentos, que es la única de que hablan las disposiciones de la Iglesia.

Examinemos este punto. Por muchos siglos no ostentó la Iglesia el rigor que prevaleció después con los que estaban separados de su seno. En las leyes del Código *repetitæ prælectionis* encontramos una atribuida al Emperador Marciano, que dice: *Hæretici legitimo modo, ut cæteri sepeliuntur.*

Cuando en el Concilio IV lateranense se ordenó que los fieles confesaran al menos una vez al año y recibieran la Eucaristía por la Pascua, se escomulgó á los que faltaran á este precepto: *alioquin et vivens ab ingressu ecclesiæ arceatur, et moriens christianâ careat sepulturâ.* Pero en el mismo cánón se ordenaba que esta disposición se publicara frecuentemente en las iglesias para que no pudiera alegarse su ignorancia, cosa que no se sabe se verificara en....

Esto es todo lo que en el particular nos dice el derecho canónico: el civil es mucho mas escaso, ó por mejor decir del todo deficiente, pues á pesar de que las leyes de Partida toman diferentes disposiciones del derecho canónico respecto á la privación de sepultura, nada dicen de los que omiten recibir los Sacramentos.

En vista de esto podrá preguntarse: ¿está vigente en España el cánón que niega la sepultura eclesiástica á los que no cumplen con el precepto pascual? Muchos son desgraciadamente los que en la afirmativa deberian ser de esta manera castigados, y pocos felizmente los escándalos que presenciamos semejantes al que ha promovido este expediente. Hé aquí una prueba de que los RR. Obispos han caminado con tino en esta materia delicada, conociendo sin duda los gravísimos inconvenientes con que se iba á tropezar. El Fiscal puede decir que á pesar de ser varias las causas por las cuales segun los cánones y las antiguas leyes se puede privar de la sepultura eclesiástica, no las ha visto reducidas á práctica, ni sabe que se haya disputado respecto de enterramiento de los usureros, clase de hombres muy abundantes ahora, ni de los monjes que tenían peculio, ni de los toreros, ni de los duelistas, ni de los ladrones y salteadores que murieron en su crimen. Respecto á los suicidas de que habla el Go-

bernador de....., una ficcion piadosa los considera como locos, y hasta ahora han sido y son llevados á los cementerios en donde descansan con sus hermanos que han muerto en la comunión de la Iglesia.

Véase, pues, si hay justos motivos para dudar si el cánón del Concilio lateranense se halla en observancia en España, y si no es mas legal, mas conforme con nuestra disciplina, con nuestras costumbres y con nuestras tradiciones seguir teniendo la prudente tolerancia que los celosísimos prelados de la Iglesia española han acostumbrado á usar en esta clase de materias.

Y esto es muy conforme al espíritu de la Iglesia que llena de dulzura no propende á abrumar de aflicción á familias inocentes, ni considera que á la muerte se hallan separados de su seno los hijos que, aunque extraviados, han podido tener un momento de contrición en los últimos de su vida. ¿Y qué Prelado se atreve, y menos con la ligereza que se ha hecho en el presente caso, á considerar como separado de la Iglesia, como réprobo, como condenado á las penas del infierno á uno que recibió el bautismo, y que despues se separó del cumplimiento de sus deberes, pero sin entrar en otra religion y sin hacer abjuración solemne de la católica? ¿Quién á escudriñar de este modo los altos juicios de Dios? De seguro que si el Reverendo Obispo de..... hubiera reflexionado sobre este punto, habria procedido de manera diferente.

Pero supongamos por un momento que el cánón del Concilio lateranense esté vigente en España; supóngase que sin inconveniente alguno puede ejecutarse; que el Prelado ha recibido del cielo el don de saber si el pecador hizo ó no en los últimos momentos de la vida un acto de contrición, ¿podrá hacerse lo que en este caso se ha practicado? El Ministro Fiscal no lo cree: siguiendo las buenas doctrinas canónicas sostiene que los Prelados eclesiásticos no pueden imponer gubernativamente penas que priven para siempre de los derechos de la sociedad cristiana, que para eso hay vía contenciosa, que en ella han de quedar francos á las partes los recursos de fuerza, y que de este modo viene la sociedad civil en auxilio de sus súbditos cuando no se guarda la ritualidad de los juicios y se les atropella injustamente.

Y si entramos en la misma cuestion ¿qué triste idea se forma de todo este negocio? Al Reverendo Obispo, le bastó que un párroco hiciera una denuncia para pronunciar el mas terrible de los fallos,

que pronuncia la Iglesia; se olvidó de que no habia amonestado á C., y que no sabia tampoco si lo habia hecho el párroco; no tuvo en cuenta que sin audiencia lanzaba una pena terrible; no reparó en que con justicia se le podía hacer el cargo de que se ensangrataba con las cenizas de uno á quien no habia procurado sacar de sus errores y de su mal camino durante la vida. Si el Reverendo Obispo hubiera considerado todas estas cosas, si hubiera tomado en cuenta que su precipitada resolucion imponía una nota infamante á toda una familia, si hubiera parado la atencion en las consecuencias probables de lo que hacia, de seguro que se hubiera abstenido de paso tan impremeditado, y tan poco disculpable. Y de notar es que en la misma comunicacion en que el párroco daba cuenta del caso y pedia instrucciones decia con candidez que no sabia cuándo ni cómo C. habia muerto, porque nadie entraba en la casa; es decir, que ignoraba si habia muerto contrito, si deseaba ó no recibir los auxilios de la Iglesia, si queria reconciliarse con ella, si daba muestras de piedad y arrepentimiento. Y el Prelado que nada de esto sabia, pronunciaba implícitamente una excomunion condicional; por inducciones infería que el finado se habia querido separar de la Iglesia; hablaba de sus doctrinas irreligiosas sin saber cuáles eran, y si estaban bien ó mal calificadas por el párroco, apreciacion bien sospechosa para este Ministerio; incluía entre las causas para privar de sepultura algunas que no son canónicas, y en lugar de ordenar en su caso que constando haber muerto en la impiedad se le negase la sepultura, decia que esto se hiciese mientras no constare que antes de morir habia dado señales de arrepentimiento. Basta lo dicho para que la Cámara se convenza de la irregular conducta observada por el Reverendo Obispo de..... en todo este negocio, sin que de su contestacion al Gobernador de la provincia pueda inferirse nada en su disculpa.

La conducta del párroco es ásimismo bien poco prudente: grande responsabilidad ante Dios ha contraido si oportunamente no procuró con su influencia paternal traer á mejor camino á su feligrés á quien creía tan extraviado. Y de presumir es que no lo hiciere, cuando nada dijo al diocesano en su tantas veces mencionada comunicacion. El párroco es el que con su indiscrecion ha comprometido principalmente al Prelado.

Respecto al Alcalde y Gobernador, necesario es decir en honor de la verdad que han comprendido perfectamente sus deberes. El

último ha dado pruebas de tacto, de saber y de firmeza en este negocio delicado: digna es su conducta de la aprobacion que el Gobierno se ha apresurado á dar.

Réstame solo, en virtud de lo espuesto, manifestar como creo que debe terminar este expediente. De suponer es, que D. B. L. C., habrá sido enterrado en el cementerio con los demás fieles en justa obediencia de las disposiciones del Gobernador de la provincia. Si no lo fuere, lo primero es que se cumpla lo que acordó, á cuyo efecto si fuere necesario, debe ir el Gobernador á ejecutarlo.

De presumir es tambien que en vista de la comunicacion última del Gobernador al Diocesano, éste habrá desistido por su parte. Bajo tal supuesto, el Fiscal cree que bastará que se le haga una severa amonestacion por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia. Pero si no hubiere desistido, si aun continuase en el mal camino comenzado, cree el Fiscal que el Gobierno en vista de lo que ocurra ó haya ocurrido debe reservarse la adopcion de otras medidas mas eficaces.

Al párroco convendrá tambien que se le haga una demostración parecida por medio del Gobernador de la provincia.

Por último, para evitar la reproduccion de hechos semejantes, que pueden tomar mayores proporciones que éste, seria conducente indicar al Gobierno la conveniencia de dar una circular con el carácter de reservada á los Prelados para que por medios conciliadores y prudentes procuren evitar la repeticion de conflictos como este. La Cámara, sin embargo lo dicho, acordará como siempre lo que mejor estime.

Madrid 3 de marzo de 1855.

Gomez de la Serna.

No tenemos noticia de que por entonces se dictára la circular que creia conducente el Fiscal de la Cámara; mas á consecuencia de un nuevo conflicto, y prévio informe del Consejo de Estado, se comunicó al Gobernador de la Coruña en 6 de octubre de 1859 la siguiente Real orden que ha publicado el *Boletin judicial de Galicia*.

Dice así:

«Remitido á informe de las secciones reunidas de Gobernacion, Fomento, Estado, Gracia y Justicia del Consejo de Estado, el expediente instruido á consecuencia de haberse negado en el concejo de Camgas de Ous la se-

pultura eclesiástica al cadáver de Bárbara Alvarez con fecha 13 de julio último, lo han evacuado del modo siguiente:

«Excmo. Sr.: Cumpliendo estas secciones con lo que se las previene en Real orden fechada en 26 de marzo último, relativa á la comunicacion del Ministerio de Gracia y Justicia, en la cual manifiesta el Rdo. Obispo de Oviedo las causas de no haberse dado sepultura eclesiástica en Cangas de Onís á Bárbara Alvarez, á fin de que este Consejo informe en secciones de Gracia y Justicia y Gobernacion lo que se le ofrezca y parezca acerca de la medida general que pudiera adoptarse para dar interinamente sepultura á los cadáveres que las autoridades eclesiásticas sometan á entredicho.

»Dos son las cuestiones que aparecen en esta Real disposicion: una de derecho canónico y de disciplina general de la Iglesia; y otra de policía sanitaria y de higiene pública.

»Si no se hubiera remitido á ambas secciones la comunicacion original del Prelado, parece que no estaban llamadas á emitir su parecer sino sobre una simple cuestion de policía sanitaria; mas teniendo presente aquella circunstancia y la gravedad del hecho, que adquiere un carácter mas determinado por haber aprobado el reverendo Obispo la conducta del ecónomo, procederán aquellas, por lo tanto, á su mas detenido exámen. En la comunicacion adjunta dice el Rdo. Obispo al Ministro de Gracia y Justicia, que precisado á informar en virtud de Real orden sobre el hecho denunciado por la prensa periódica, ocurrido en la parroquia de Mamia, próxima á Cangas de Onís, en la que se hallaba depositado hacia doscientas ocho horas el cadáver de una muger, por haberse negado el párraco á darle sepultura, y no atreverse tampoco á hacerlo el alcalde, por mas que en union del médico y cirujano dispuso se le condujera á la iglesia.

»Asegura el Prelado ser cierto el hecho en la parte relativa á haberse negado el cura ecónomo de Santa Eulalia de Mamia, en el concejo de Cangas de Onís, á dar sepultura eclesiástica al cadáver de Bárbara Alvarez, que falleció sin recibir los sacramentos, y que el ecónomo obró por no haber la difunta, á pesar de sus repetidas exhortaciones, cumplido con el precepto de la confesion y comunión pascual en muchos años que la desgraciada pasó entregada al vicio de la embriaguez, lo que la produjo la muerte. El ecónomo dió cuenta del hecho y de su conducta al Prelado, y este remitió al arcepreste del partido comision para que recibiera una informacion testifical sobre los hechos manifestados por el ecónomo. En ella se justificaron, y tuvo el sentimiento, dice, de aprobar la conducta del ecónomo, declarando que al dicho cadáver no podia darse sepultura eclesiástica, y mandando que se pasara oficio al Gobernador de la provincia, á fin de que se sirviera dictar las órdenes oportunas para que se le enterrase en un lugar decente sin pompa ni ceremonia eclesiástica de ninguna clase. Que de la providencia gubernativa que dictó no se alzaron de ella por la vía contenciosa los herederos de la difunta, que se creyesen lastimados por aquella, dictada en una informacion sumaria.

»Hasta aquí los hechos; mas ahora las secciones, reconociendo, como reconocen, que son aquellos del dominio esclusivo de la potestad eclesiástica, examinarán, sin embargo, la doctrina proclamada en los Concilios y sostenida por los tratadistas, relativa á la privacion de sepultura eclesiástica, no al entredicho, en cuyo caso no nos hallamos actualmente, sin embargo de calificarse así; pues sabido es que el entredicho es la prohibicion de participar de ciertos actos del culto, conservando, no obstante, la union con la comunidad, pena eclesiástica de la que se abusó en la Edad Media y á la que se sujetó á pueblos enteros y aun á reinos.

»La privacion de sepultura eclesiástica es una pena muy grave, que solo puede imponerse por los Prelados eclesiásticos. Estos nunca pueden proceder gubernativamente cuando se trate de imponer las penas que privan para siempre de los derechos de la sociedad cristiana.

»La privacion de sepultura como segregacion de la comunión ó grey cristiana, corresponde á la pena de excomunion menor, y no puede, por lo tanto, imponerse sino por el Prelado bajo las prescripciones señaladas por las Decretales. Así, pues, el Prelado debe ser el único juez que imponga esta pena, no gubernativa, sino canónicamente; y no debe dejarse su aplicacion á los párrocos ecónomos, pues segun los cánones y Concilio de Trento. los párrocos no tienen mas atribuciones que las de administrár los sacramentos, la de instruir á sus feligreses en la ley divina, y la de vigilar el cumplimiento de los deberes de todos los acólitos y servidores de la Iglesia.

»Algunas sinodales determinan que los párrocos procedan con suma prudencia y gran discrecion á aplicarla preventivamente, dando cuenta á su Prelado, para que este, prévio exámen, la fulmine en la forma legal y canónica; mas corresponde esta atribucion á las que les señala el Concilio de Trento. ¿No es de temer, como ha acontecido en este caso, el uso poco prudente y discreto de tan grave censura aplicada por un cura ecónomo, clase en lo general no muy ilustrada? El santo Concilio de Trento, teniendo presente esto mismo en la sesion 23, cánones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, señaló las causas fijas y determinadas para imponerse la pena de excomunion, y todas las que especificó son relativas á los que niegan abiertamente la creencia del dogma y la potestad de la consagracion, confesion y predicacion. La razon que tuvo para ello fué el abuso que en épocas dadas se hizo por algunos Prelados, poco discretos, de las censuras mayores de la Iglesia.

»Como el espíritu verdadero de esta es la amorosa caridad y la inagotable piedad, los Padres del Concilio estatuyeron que fuera preciso para imponer dichas censuras la rebelion abierta contra la doctrina dogmática de la Iglesia, el hecho de reprobirla, escarnecerla y despreciarla públicamente.

»Es cierto que los cánones del Concilio Lateranense 4.º prescribieron la exclusion del lugar sagrado, motivada en la impenitencia á la hora de la muerte, ó bien en la falta de cumplimiento de los mandamientos de la Iglesia; mas por ser demasiado lato este principio y mas lata aun su aplicacion, los Padres del Concilio de Trento lo reformaron, y declararon tan sabia doctrina, que es conforme con el espíritu de mansedumbre y de divina caridad del Evangelio.

»La comunión cristiana parece, pues, que no debe rechazar de su seno al hereje, al réprobo, al que se pone voluntaria y premeditadamente fuera de su grey.

»¿Hállase en este caso la desdichada muger que ha dado lugar, por su fallecimiento y prohibicion de sepultura cristiana, á tan deplorable acontecimiento?

»Las secciones creen que no, y lo propio acontece al referido Prelado, pues en su comunicacion atribuyo al vicio de la embriaguez la única causa de no frecuentar los sacramentos, y en cuyo deplorable estado fué sorprendida por la muerte. ¿Pudo, pues, tener ánimo libre y detriminado para no admírlas, para rechazarlos, para ponerse voluntariamente fuera de la comunión cristiana? ¿La indolencia ó tibieza religiosa, la embriaguez de los sentidos son causas de excomunion?

»Tambien reconoce el Rdo. Obispo que tan grave pena fué impuesta gubernativamente en vista de una sumaria informacion, no teniendo quizá

presente lo que prescribe los Decretales y el art. 9.º de la Constitución de la monarquía, que declara que ningun español puede ser procesado ni sentenciado sino por Tribunal competente, en la forma que prescriban las leyes. Mas á las secciones no las incumbe, por ahora, sino reseñar el hecho y la doctrina; á fin de que por el Ministerio de Gracia y Justicia se dicten las disposiciones que crea mas conformes con el espíritu del Evangelio y el del siglo en que vivimos, y que se hacen cada dia mas necesarias. Estó mismo se espuso en la consulta elevada al Ministerio de Gracia y Justicia por el Consejo Real en 2 de setiembre de 1851, con motivo de un hecho análogo á este, ocurrido en la diócesis de Jaca, en la que se significó lo siguiente:

«El Consejo, al mismo tiempo, deseando prevenir todos los casos y teniendo presente que podrian sobrevenir circunstancias graves, en las cuales pudiera verse la autoridad eclesiástica precisada á hacer uso de la facultad concedida por los cánones en toda su plenitud, y con la mira de evitar conflictos desagradables y contrarios al espíritu de armonía que debe reinar entre las autoridades de las dos potestades civil y eclesiástica, así como tambien todo daño en la salubridad pública, que pudiera ser comprometida por cualquier tardanza en la inhumacion, fácil por otra parte de prevenir en cualquier caso, ha creído que debe proponer á V. E. se comunique órden á los Gobernadores de las provincias para que procuren por todos los medios que les sugiera su celo, no se niegue la sepultura en los cementerios por causas leves, evitando los conflictos con la autoridad eclesiástica en cuanto sea posible; pero que si los medios de conciliacion no fuesen bastantes y un párroco negase la sepultura eclesiástica á un cadáver, se hayan de dirigir los interesados al Prelado de la diócesis, á fin de que, instruyendo el oportuno expediente, tome la resolucion que estime justa: que entretanto se proceda en el término acostumbrado á dar sepultura al cadáver en un lugar que reuna las condiciones apetecibles al efecto, sin perjuicio de que si instruido el expediente mencionado recayese sentencia favorable, se proceda á la exhumacion y traslacion á sagrado, con las precauciones que marcan las disposiciones vigentes, dejando en estos casos libre y espedita la accion de la autoridad eclesiástica, sin perjuicio de que eleven sus quejas y reclamaciones al Gobierno de S. M. cuando creyeren que aquellas se hubiesen escedido del límite de sus atribuciones. Asimismo cree el Consejo que, atendida la frecuencia con que ocurren casos de esta naturaleza, convendría que se circulase por la vía reservada esta medida como regla general y con insercion del presente dictámen.»

«Por lo tanto, si este parecer fué adoptado por S. M. y circulado por la vía reservada, queda señalado como medida ó regla general para evitar ó aminorar en lo posible casos que la seccion se lisonjea en reconocer que no serán frecuentes en una nacion esencialmente cristiana como la nuestra.

«Sin embargo, el Consejo Real volvió á ocuparse, en virtud de Real órden fecha 4 de mayo de 1858, comunicada á la seccion de Gracia y Justicia por el Ministerio de aquel ramo, de otro acontecimiento de la misma naturaleza ocurrido en el pueblo de Torija, diócesis de Toledo, y propuso al Ministerio de Gracia y Justicia que, teniendo presentes los antecedentes relativos á aquel suceso, se elevara su parecer con copia literal de la consulta de 2 de setiembre de 1851.

«Así, pues, las secciones creen que respecto al asunto canónico, deben reproducir cuanto se espuso en 2 de setiembre de 1851, y lo que se manifestó al presente, á fin de evitar que los prelados, por causas leves y no prescritas en el santo Concilio de Trento, fulminen las censuras de la Iglesia

por un exceso de celo poco prudente y discreto, que puede ocasionar males muy graves á la misma.

«Mas la Real orden de 26 de marzo de 1858 previene además que las secciones informen lo que se las ofrezca y parezca acerca de la medida general que pudiera adoptarse para dar interinamente sepultura á los cadáveres á que la autoridad eclesiástica niegue la sepultura cristiana.

«Como cuestion de policía sanitaria, higiene y salubridad pública, es como juzgan deber igualmente tratarla: así se acordó, que convenia previamente tener presente el parecer del consejo de sanidad, tan competente en esta materia.

«Este, con fecha 19 de octubre de 1858, dice: «Hecha cargo del asunto la seccion primera, no puede menos de reconocer, como advirtió sin duda la mencionada seccion del Consejo de Estado, que una vez inhumado un cadáver y despues que ha trascurrido tiempo suficiente para que entre en putrefaccion, ofrece su exhumacion formales peligros para la salud pública sobre todo cuando ese cadáver putrefacto ha de conducirse á un camposanto para inhumarse de nuevo.»

«Hállase tan bien comprobada y tan generalmente reconocida la calidad deletérea de las emanaciones cadavéricas: son tantos los hechos de enfermedades graves y hasta de epidémicas que han tenido por origen las exhumaciones de los restos cadavéricos, que considera ocioso emitir aquí doctrinas ni ejemplos para probarlo una vez mas, sobre todo cuando el convencimiento es tan general, que se estiende hasta el vulgo:

«Fuera, pues, una disposicion claramente contraria á las mejor sentadas reglas higiénicas la de exhumar un cadáver provisionalmente sepultado, para trasladarle al lugar sagrado y hacer una nueva inhumacion.

«Por lo tanto, supuesta la necesidad indispensable de sepultar, luego que pasan veinticuatro horas desde que ocurrió el fallecimiento de los cadáveres de aquellas personas que las autoridades eclesiásticas sometan á entredicho, es la seccion de dictámen que aun cuando este se levante por el prelado correspondiente, no se haga la exhumacion hasta que se cumpla el tiempo y se llenen las condiciones que determina la Real orden de 19 de marzo de 1858.»

«Las secciones no pueden menos de reconocer los sanos principios que aconsejan la ciencia y que el consejo de sanidad espone en su razonado informe; así pues, tomando en consideracion tan útil como provechosa doctrina, nada les queda que añadir sino la necesidad, la conveniencia y la obligacion en que se halla la gobernacion del Estado de mirar y procurar ante todo por la conservacion de la salud pública.

«Teniendo presentes tan sólidos principios, no puede tomarse en cuenta lo que propone el reverendo obispo de Oviedo, relativo á exhumar el cadáver luego que pronuncie el fallo favorable y á darle sepultura cristiana en el cementerio, lo que podria producir los males que se indican y que es forzoso evitar por medio de la saludable medida que prescribe la ley, y á cuyo estricto cumplimiento deberá estarse.

«Escogitárase, sin embargo, un medio que concilie en lo posible el respeto que merece la honra cristiana de un finado con el que se debe á la ley de exhumacion de cadáveres.

«Las secciones son, por lo tanto, de parecer que se prevenga á los Gobernadores de las provincias que, en casos análogos á este, los alcaldes dispongan del entierro preventivamente en lugar decente, contiguo al cementerio cercado, aunque no sagrado, cuando sin riesgo de la salud pública no pueda esperarse la resolucion definitiva del prelado; mas llevada ya á cabo

la inhumacion, si el diocesano declara el derecho de sepultura cristiana en favor del fallecido, deberá, sin embargo, estarse á lo prescrito para la exhumacion en Real órden de 27 de mayo de 1845, á fin de evitar los males que pudieran sobrevenir á la salud é higiene pública.

«Pero como la censura impuesta es una pena eclesiástica sumamente grave, que afecta la honra cristiana del fallecido y su familia, y le priva á aquel del beneficio de las preces de la Iglesia, seria justo y conveniente que se publicara en la parroquia el primer día festivo la absolucion del Prelado, y este mandára que en ella se hiciese inmediatamente el funeral, mucho mas si fuera pobre el fallecido, y que se recitaran las preces y responsos y se aplicaran por su eterno descanso segun el ritual. Asi se conciliaria el respeto que merece la honra de los finados y la obligacion de conservar la salud pública, á que está atendida la gobernacion del Estado.

«En esta forma se podria contestar al Ministerio de Gracia y Justicia, si V. E. lo juzga oportuno, á fin de que resolviera sobre este particular lo que crea mas conveniente, y en respuesta á su comunicacion de 19 de marzo de 1858.»

Y habiéndose dignado acordar S. M., de conformidad con el preinserto dictámen consultado, de su Real órden lo traslado á V. S. como *regla general* para la resolucion de casos análogos.

Por copia,

Los Directores de la Revista.

ENJUICIAMIENTO CIVIL Y MERCANTIL.

DE LOS JUICIOS DE CONCILIACION SOBRE NEGOCIOS DE COMERCIO.

Para la competencia en los juicios de conciliacion sobre negocios de comercio, ¿regirá el art. 7.º de la ley de Enjuiciamiento mercantil, ó habrá de estarse á lo dispuesto en el 204 de la civil?

Contestacion.

Al resolver por el decreto de las Córtes aprobado en 28 de mayo de 1837, circulado en Real órden del día 29, que los alcaldes constitucionales debian ejercer el oficio de conciliadores en los asuntos mercantiles, conforme al art. 282 de la Constitucion de 1812, hubiera sido muy conveniente expresar qué artículos de la ley mercantil quedaban derogados en virtud de esta innovacion, y así se hubieran evitado los conflictos á que se ha dado lugar en algunos

casos, y mas ahora con la publicacion del Código de procedimientos civiles. Pero en el silencio de la ley, preciso será buscar en su mismo contesto cuál ha sido el pensamiento y objeto que se ha propuesto, y aclarar por este medio las dudas que con frecuencia se presentan hasta conseguir con la discusion, si es posible, fijar los pareceres que hoy andan discordes.

Si estudiamos bien el testo del citado decreto, nos parece poder descubrir en él cuál es la estension ó límite fijado en esta innovacion. «Estando vigente, dice, el art. 282 de la Constitucion de 1812, »no habia duda en que los alcaldes constitucionales debian ejercer »el oficio de conciliadores en los negocios mercantiles, como lo ejecutaban en los demás, en virtud del espresado artículo.» Luego los alcaldes ó jueces de paz deben proceder en la celebracion de los juicios mercantiles lo mismo que en los de los negocios comunes; por manera que, segun se desprende de esta disposicion, lo único que se ha querido es uniformar las solemnidades del juicio de conciliacion, porque hubiera sido muy extraño en verdad que un mismo Juez siguiera una tramitacion distinta para la celebracion de actos iguales, teniendo en muchos casos que resolver por sí, y hasta sin escitacion de las partes, si el negocio era mercantil ó comun; y aun pudiera luego darse lugar á nulidades, si resolviendo mal el alcalde, se habian equivocado los trámites. Esto es lo que parece deducirse del testo de la ley, en cuya doctrina están conformes personas que antes se han ocupado de este asunto, y á quienes con gusto reconocemos como autoridades en la materia.

Con arreglo á lo espuesto, creemos poder fijar ya el principio de que los jueces de paz han de sujetarse á unas mismas solemnidades y tramitacion para las citaciones y estension del acto conciliatorio, sin diferencia alguna de negocios comunes ó mercantiles; y en su consecuencia deberán entenderse derogados todos los artículos de la ley mercantil que traten de estos particulares, rigiendo tan solo los de la civil.

Ahora bien; el art. 7.º de la mercantil ¿queda, ó no vigente? En nuestro humilde parecer, creemos que rige todavía, y así lo hemos visto practicar en los casos de que tenemos noticia, aunque sentimos no opinen como nosotros personas muy respetables por muchos conceptos. Si la innovacion solo se ha limitado á las personas que habian de reemplazar á los jueces avenidores y á las fórmulas ó solemnidades del juicio, el art. 7.º debe en su esencia que-

dar vigente, puesto que no contradice ni uno ni otro extremo.

Tal vez se crea que incurrimos en contradiccion al pretender la observancia del art. 7.º, toda vez que en él se habla de la competencia de los jueces avenidores; pero no es así, porque derogado el art. 1206 del Código, estendemos tambien esta derogacion á todo lo que haga referencia á los jueces avenidores, y si queremos que subsista dicho artículo, es, como antes hemos dicho, en su esencia tan solo. En efecto, en él no se trata de designar ante quiénes hayan de celebrarse los juicios de avenencia, porque este precepto quedó ya fijado en los arts. 1205 y 1206 del Código, sino de establecer cuál de ellos es el competente; y como esto no contradice en lo mas mínimo la facultad concedida á los alcaldes y luego á los jueces de paz, ni afecta á las solemnidades ó tramitacion de los juicios de conciliacion, por eso no vemos inconveniente alguno en que subsista la disposicion de dicho artículo, solo que en vez de leerse como ahora está escrito, deberá entenderse del modo siguiente:

«Las comparecencias se celebrarán ante los jueces de paz del partido judicial del Tribunal de Comercio ó del juzgado de primera instancia á que corresponda conocer del negocio sobre versen.»

La resolucion de este punto la consideramos de la mayor importancia, porque para los negocios de comercio no puede ser indiferente la observancia del art. 7.º de la ley mercantil ó del 204 de la civil, que dispone cosas contrarias; y á mas de las razones que hemos espuesto, consideramos mas conforme á la índole de los negocios mercantiles la disposicion del primero, porque así se evitan dilaciones y perjuicios que en muchos casos podrán ser de entidad.

El origen ó causa de casi todos los pleitos mercantiles es la manera como han de ejecutarse los contratos, y cuando estos hayan de cumplirse en el domicilio del demandado, como allí ha de seguirse tambien el juicio, no se presenta entonces dificultad ninguna; mas cuando para el cumplimiento de la obligacion se ha señalado un punto distinto del domicilio del deudor, como allí habrá de seguirse el juicio, el juez de paz de aquel punto será el competente para la celebracion del acto de conciliacion, y ante él podrá ser citado el demandado. De otra manera, el comerciante que al celebrar el contrato creía que podria exigir el cumplimiento de la obligacion en el punto donde ambas partes hubieren convenido, tendria que ir á buscar al otro contratante á puntos quizás muy lejanos para venir

luego á demandarle en el lugar concertado; lo que seria muy molesto para el demandante, con bien poca ventaja para el demandado porque luego ha de comparecer á contestar la demanda en el punto donde ofreció cumplir el contrato.

Si admitimos que el art. 7.º está vigente, debemos por las mismas razones opinar que el 8.º lo está igualmente, como que solo es una consecuencia de aquel, ó mas bien una confirmacion con un derecho de eleccion en el demandante y que puede en algunos casos favorecer tambien los intereses del demandado.

Prevaleciendo nuestra opinion, un vacío queda siempre en la ley con la supresion de los juzgados de avenencia; porque habiendo uno solo en cada partido, conforme al art. 1206 del Código, el 7.º de la ley estaba en armonía con aquella disposicion; mas ahora, ¿ante qué Juez de paz deberá celebrarse la avenencia? Si los alcaldes de las cabezas de partido hubieran reemplazado á los jueces avenidores, ninguna dificultad se ofrecia; pero en la innovacion se ha dicho solo que los alcaldes; luego, conforme con los buenos principios y reglas de sustanciacion, la facultad de los jueces avenidores debe entenderse repartida entre los alcaldes ó jueces de paz del partido, puesto que todos ellos están comprendidos en el territorio del Tribunal ó Juzgado que ha de conocer del negocio; y en este caso será competente el del domicilio del demandado; mas si no estuviere domiciliado en ninguno de los pueblos del partido entendemos que entonces, como no hay domicilio que sirva de regla, deberá celebrarse la comparecencia ante el Juez de paz de la cabeza del partido, que es el lugar donde verdaderamente ha de seguirse el juicio.

Una observacion acabará de demostrar la conveniencia y hasta necesidad de seguir la opinion que sostenemos. La ley civil en el art. 204 ha fijado como fuero competente el del lugar del domicilio ó residencia del demandado, y para evitar los perjuicios y dilaciones que en algunos casos se seguirian al actor con la aplicacion de esta regla, ha tenido buen cuidado de dispensar, por el artículo 201, la celebracion de la avenencia cuando el demandado no tenga residencia conocida, ó resida fuera del territorio de la Audiencia á que corresponda el Juzgado en que deba entablarse la demanda. Esta escepcion de la regla general no puede aplicarse en los negocios mercantiles, porque en el art. 1205 del Código y 1.º y 2.º de su ley de procedimientos se prescribe la conciliacion en todos los

casos bajo pena de nulidad y una multa al Juez y escribano que contravinieren á esta disposicion.

Los negocios mercantiles, por su indole especial, deben tener trámites muy breves y sencillós, porque las dilaciones entorpecen siempre las operaciones del comerciante; y así vemos que el Código para la prescripcion de las acciones fija plazos mucho mas cortos que los señalados por la ley comun; por lo tanto, si la cuestion propuesta se resolviera en favor del art. 204 de la ley civil, sobre tener el comerciante que celebrar la avenencia en todos los casos, aun cuando la accion se dirigiera contra menores, sufriria el perjuicio consiguiente á la dilacion de tener que buscar al demandado en su domicilio, faltándose al principio de brevedad que el mismo Código establece.

Francisco Ferner.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

DEL TÉRMINO PARA LOS RETRACTOS.

CONSULTA.

¿Desde cuándo empieza á contarse el término para la interposicion del retracto en las ventas judiciales?

Parece que despues de publicada la Ley de Enjuiciamiento civil, no se debia proponer esta cuestion, pues que el artículo 674 de la misma, número 1.º, dice que se interponga el retracto, *dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta sin hacer distincion entre las ventas ordinarias y las que se hacen en pública licitacion.* Sin embargo, los precedentes de nuestro derecho sobre este punto y la circunstancia de no estar conformes siempre las opiniones de los letrados, me han hecho tomar la pluma para emitir mi pobre opinion y dar lugar á que otras personas mas ilustradas la diluciden por completo.

El antiguo derecho no estaba tan esplicito como hubiera sido de desear, en cuanto al término para interponer el retracto en las ventas ordinarias. La Ley Recopilada que fijaba el de nueve dias, dió origen á que los jurisconsultos discurrieran largamente sobre si ese término debia contarse desde la celebracion de la venta, desde la perfeccion del contrato, ó desde su consumacion. Unos y otros

sostenian sus diferentes opiniones, apoyados en disposiciones legales que citaban con mas ó menos oportunidad. Estas cuestiones producian un número indefinido de pleitos, que los autores de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, quisieron cortar, como lo hicieron estableciendo en el art. 674, *que para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere que se interpongan..... dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.* Que tal fué su intencion se demuestra, con leer las siguientes palabras, de una obra (1) publicada recientemente por uno de ellos.

«Disputaban nuestros jurisconsultos, si los dias que se daban para el retracto, corrian desde la perfeccion del contrato, ó desde el de su consumacion y si debian contarse de dia á dia ó de momento á momento..... y todos se fundaban en textos legales que interpretaban á su manera. La Comision debia destruir esta incertidumbre: así lo hizo, ordenando que el término se contara desde el otorgamiento de la escritura..... Lo prefirió por su certidumbre y por estar espuesto á menos fraudes, y á menores ocultaciones.... En la necesidad de resolver las dudas antiguas, creyó la comision que ante todo debia buscar la certidumbre, difícil de encontrar de otra manera, y cerrar la puerta á los fraudes que, tomando otro punto de partida, serian inevitables.» Vemos pues por el precepto del artículo y la explicacion que de él hace uno de los jurisconsultos de la comision, que el deseo de esta, no fué otro, que cortar esa porcion de dudas y cuestiones que tan difíciles hacian los pleitos, y que tanto embarazaban á los tribunales. Pero esto, como saben nuestros lectores, no sucedía mas que respecto del término de las ventas ordinarias, porque en cuanto á las hechas en pública subasta ó licitacion, la ley 70 de Toro, queriendo evitar cuestiones, dijo: *«y los nueve dias que dispone la Ley del Fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate,» «á die venditionis,»* huyendo de esta manera de que los jurisconsultos se molestasen en buscar un tiempo desde el cual el término debiera empezar á contarse. Ahora bien; vista esta notable diferencia de lo que sucedía en unas y otras ventas, ocurre preguntar: Cuándo el artículo 674 de la Ley dice que *para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere que se interpongan.....*

(1) *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil*, por D. Pedro Gottsch de la Serna, pág. 14.

dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura, ¿habla de las ventas ordinarias y de las judiciales, ó solo de las primeras? Mas claro, está derogada por el artículo 674 la ley 70 de Toro, en cuanto manda que el término para interponer el retracto se cuente desde el dia del remate? Hé aquí la dificultad que nos proponemos resolver.

Con ingenuidad lo decimos; cualquiera opinion que se adopte, lejos de ser absurda, encontrará respetables razones en que apoyarse. Es este uno de los puntos en que la Ley de Enjuiciamiento civil tiene mas una claridad aparente, que positiva, porque dentro de su letra y de su espíritu caben sin violencia una y otra opinion. Nosotros, sin embargo, despues de haber meditado mucho la dificultad, no hemos hallado inconveniente en decidirnros por creer y sostener, que el art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento civil ha derogado la ley 70 de Toro, en cuanto dispone que en las ventas hechas en pública almoneda, el término para la interposicion del retracto se cuente desde el dia del remate.

El art. 674 citado, dice así: *Para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere: 1.º que se interpongan en juzgado competente dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.....* Esta disposicion, como se vé, es general; en ella ni se distingue de retractos ni de ventas, y fielmente traducida no significa mas que no podrá darse curso á las demandas de retracto, sino cuando se interponen en juzgado competente, dentro de los nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, y llenándose los demás requisitos que el artículo exige y que no son de este lugar. No habiendo la ley hecho distinciones entre las ventas ordinarias y públicas, habiendo fijado un solo término para todas, el de nueve dias, y en fin, habiendo dicho que este término se cuente desde el otorgamiento de la escritura de venta, parece á primera vista indudable, que el artículo 674 ha derogado terminantemente la ley 70 de Toro, que mandaba contar el término desde el dia del remate. Los autores de la nueva ley no podian ignorar que el derecho antiguo era distinto en las ventas privadas y en las públicas; que respecto de aquellas, habia cuestiones sobre desde cuando se habia de contar el término, y respecto de estas, la ley 70 de Toro habia fijado con claridad para evitar dudas, el dia del remate. De donde se infiere, que si la ley que conocia todos estos precedentes, que ni remotamente puede presumirse

que los ignorase, no hizo distinciones, no creemos á nadie autorizado para hacerlas, y producir mas dificultades que las que se quisieron evitar. Preténdese destruir este argumento de autoridad con un argumento de razon, diciendo que si en la letra del artículo 674 no hay distincion ninguna en favor de las ventas públicas, esa distincion se encuentra por necesidad en el espíritu del mismo artículo, porque si el motivo de la reforma en él contenida, no fué otro que cortar las cuestiones que se suscitaban acerca del dia desde que debia contarse el término para la interposicion del retracto en las ventas simples ú ordinarias, no sucedia eso mismo en cuanto á las públicas, pues que la ley 70 de Toro fijaba claramente el dia del remate. Pero por mas que el hecho en que se apoya este argumento sea cierto, no es lógica ni admisible la consecuencia que quiere sacarse de él. En efecto, aunque las dificultades no existiesen mas que respecto del término en las ventas simples, esto no obsta para que el legislador dictase una regla general que las comprendiera todas, fijando como dia para contar el término, el del otorgamiento de la escritura. Habia por otra parte razones para que ese dia fuese el mismo en unas ventas que en otras. La hecha en pública licitacion, si bien mas pública y notoria que la venta ordinaria, y menos susceptible de fraudes y ocultaciones que esta, ofrecia por su naturaleza tres tiempos distintos desde los que podia contarse el término de los nueve dias para la interposicion del retracto: el de la venta, el de la aprobacion del remate y el del otorgamiento de la escritura. El primero no debia aceptarse, porque respetando lo dispuesto en la ley 70 de Toro, la venta pública no puede considerarse tal hasta tanto que sobre ella ha venido la aprobacion judicial. Esta no debia de servir tampoco de punto de partida, porque en los contratos que tienen por objeto la traslacion del dominio de bienes raices, se ha hecho necesario por las leyes hipotecarias la reduccion á escritura pública, para que se verifique el requisito indispensable de la inscripcion en el registro, ó lo que es lo mismo, de la toma de razon, y no estando por consiguiente terminado el contrato hasta que se otorgue la escritura pública, no era prudente mandar que el término para la interposicion del retracto, se empezase á contar desde el dia de la celebracion del remate, como lo dispone la ley 70 de Toro, ó desde la aprobacion judicial, sino desde el otorgamiento de la escritura de venta. Otorgada esta, ya no hay el peligro de que el remate no se apruebe, ó de que aprobado que sea, el vendedor ó

el comprador puedan negarse al cumplimiento de sus respectivas obligaciones ocasionando un litigio. Así se evita también que se interponga el retracto contra una venta de bienes que está pendiente de la aprobación judicial ó del otorgamiento de la escritura, y que por consiguiente no es verdadera venta hasta que este se verifica. ¿A qué conduciría una demanda de retracto sobre una venta á la que se hubiera negado la aprobación judicial, ó concedida esta, se negase una de las partes á llevarla á cabo y reducirla á escritura pública? Espérese, pues, á que la venta sea una verdad, á que se haya otorgado la escritura, y desde que exista esta, corran los nueve días para la interposición del retracto. He aquí como si la nueva ley no tenía en las ventas públicas que evitar las cuestiones que habían ocurrido en las ordinarias ó simples, tenía sin embargo, razones de gran consideración para hacer extensivo á aquellas, que desde el otorgamiento de la escritura se empezase á contar el término para la interposición del retracto.

Pero no basta esto se dice; no basta que haya una razón para suponer que la ley ha estendido la reforma á las ventas públicas; es preciso no olvidar que hablamos de retractos, y que estos como materia odiosa deben restringirse, y con la interpretación que se dá al artículo 674, se favorece á los retrayentes en términos de dejarles tiempo para interponer la demanda, hasta nueve días después de otorgada la escritura de venta, cuando mucho antes pudieron y debieron tener conocimiento de esta por haberse verificado la pública licitación. Aunque este principio es cierto y le admitimos hasta el punto de desear que se aboliesen ó restringiesen cuando menos notablemente los retractos, no podemos aceptar la consecuencia que se deduce, en el caso en cuestión. Los retractos como odiosos deben restringirse, ¿pero qué se adelantaría con hacerlo en el acto de que tratamos, si quedaba en su lugar la incertidumbre, y la facilidad de aumentarse el número de pleitos? La incertidumbre es lo que ha querido evitar la ley en esta materia, como se dice por el Sr. Gomez de la Serna en el pasaje de su obra citada. Y por evitar este mal, la incertidumbre, ha arrojado el menor peligro de ampliar algo en vez de restringir el derecho de retracto. Por otra parte, es necesario no olvidar, que esta materia tiene una íntima relación con el derecho civil, y que mientras este no se arregle y no se fijen las bases sobre las que se desarrolla el procedimiento no puede ser completo nada de lo que se haga; por eso la Ley de Enjuiciamiento,

provisional en nuestro concepto en este punto, como en otros que se refieren al derecho civil, quiso evitar el mal mayor por el momento, hasta que hecha la reforma en todas sus partes, se puedan evitar todos. Pero entre tanto, era mas digna de atencion la incertidumbre, que el principio que se invoca en contra de la interpretacion que damos á la ley.

Tampoco es prudente suponer, que un código procesal, cuyo primer objeto es sacar la legislacion del caos en que se encontraba, se propusiera dejar vigentes unas leyes sí, y otras nó, aumentando de esta manera el desórden y haciendo que sea una verdad lo que desgraciadamente sucede en la historia de nuestro derecho; que apesar de haber sido muchas las veces que el legislador ha presentado una nueva obra al país, otras tantas ha tenido á bien dejar subsistentes á la vez las obras de sus antecesores, y de este modo jamás se podrá entender el derecho de un pueblo.

Pero se dice por los partidarios de la opinion contraria, que el artículo 674, no ha podido derogar lo dispuesto en la ley 70 de Toro, por ser este un punto de mero derecho civil. Este argumento, sin embargo, tiene dos vicios que le destruyen; porque sino pudo derogar el derecho antiguo en cuanto á las ventas públicas, tampoco pudo derogarle en cuanto á las ventas ordinarias ó privadas, y es consiguiente, que de admitir la derogacion en este extremo, hay que admitirla tambien en el otro, si no se quiere que el principio de derecho que se invoca quede anulado por una contradiccion. Por otra parte, si hubiéramos de admitir este argumento, sería preciso suprimir un considerable número de artículos de la Ley de Enjuiciamiento que regulan puntos de derecho civil, y hay que considerar que el legislador no puede prescindir de incurrir en estos defectos, cuando las circunstancias de un país ú otro cualquier motivo, hacen que las reformas legislativas empiecen por donde debieran concluir. Por esto cuando hemos hecho una Ley de Enjuiciamiento, sin tener antes un código civil, hemos tenido que incurrir en estos defectos. Pero esto podrá ser del dominio del legislador, mas nunca del de el jurisconsulto y del de los tribunales, cuya mision no es deliberar sobre lo que se debió hacer, sino entender lo que se hizo y cumplirlo.

Es tambien muy estraño, que habiéndose establecido en el título XIII de la Ley de Enjuiciamiento civil, y especialmente en el artículo 674, todos los requisitos necesarios para ser admitida y sus-

tanciada una demanda de retracto, no se acordase el legislador, de que la ley 70 de Toro habia establecido una cosa distinta, que podia dar hoy lugar á nuevas dificultades. Y no se diga que si se hubiera querido derogar la ley 70 citada, se hubiera espresado así, porque sobre no ser esta la conducta seguida por los legisladores, al redactar los demás artículos, que contienen reformas del antiguo derecho, debiera haberse hecho lo mismo, respecto de la Ley Recopilada que hablaba del término del retracto en las ventas ordinarias; y sin embargo, vemos que no se ha hecho así. El artículo 674 que establece una regla general, ha usado tambien términos generales, y si hubiera querido hacer distinciones, lo hubiera hecho.

No tenemos noticia, de que el Tribunal Supremo de Justicia haya dictado fallo alguno sobre el mismo caso de que se trata, y sentimos por tanto no poder confirmar nuestra opinion, con la respetabilísima de ese Tribunal. Pero entretanto que esto suceda, ó el artículo 674 sea objeto de una declaracion legislativa, y sin desconocer que la cuestion ofrece graves dificultades, creemos que ese artículo ha derogado la ley 70 de Toro en la parte que se refiere al caso que nos ocupa, y que el término de nueve dias para interponer toda clase de demandas de retracto, debe contarse desde el otorgamiento de la escritura de venta; haya sido esta pública, ó simple, ú ordinaria. Deseáramos, sin embargo, oir en esta cuestion, la ilustrada opinion de los directores de la REVISTA.—CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ.

Contestacion.

No desconocemos la importancia de la cuestion que precede, ni tratamos de negar la fuerza que tienen los argumentos que se alegan por una y otra parte. Pero no por esto debemos dejar de emitir nuestra opinion, sino con acierto, al menos con profundo convencimiento.

La ley de Enjuiciamiento civil debia limitarse en rigor á los procedimientos judiciales para obtener los derechos que tienen su declaracion en el Código civil. Si este, ó para valernos de la significativa espresion de Bentham, si la *ley sustantiva* hubiera precedido á la *adjetiva*, ó lo que es lo mismo á la de tramitacion de los negocios judiciales y de medios para hacer eficaces los derechos, indudablemente que muchas de las disposiciones que la ley de Enjuiciamiento civil establece, no se hallarian en sus artículos, sino que hubieran tenido mejor colocacion en el Código civil. Pero retar-

dada la redaccion definitiva de este, aplazada sin determinacion de tiempo, conocidas generalmente las causas de esta paralización y lo que es mas la dificultad de removerlas, se vió la Comision que formuló el proyecto de la ley de Enjuiciamiento en una situacion anómala, porque encontraba al articularlo muchas dificultades, por no estar siempre bien determinadas nuestras leyes, y por ser objeto de eternas cuestiones entre los jurisconsultos, y de diferente aplicacion en la práctica muchos puntos que debian haber sido resueltos antes. Para salir de esta embarazosa posicion, le pareció que el mejor servicio que podia hacer al país, era resolverlas, aunque incidentalmente, en el sentido que despues de maduro examen pareciera mejor, no dudando que mereciera lo que ahora se considera por algunos como una invasion, el asentimiento de los poderes públicos y la aceptacion general. Y asi fué: las Córtes Constituyentes estaban reunidas, como lo estuvieron sin intermision por espacio de mas de ocho meses despues de publicada la ley, y seis meses despues de hallarse en observancia, y sin embargo, á pesar de que en ellas se trataron cuestiones que tenian relacion bastante inmediata con la ley de Enjuiciamiento civil, ni una sola voz se alzó atribuyendo á la Comision esceso en este punto. Tan general era la idea de que habia entendido bien la ley de autorizacion otorgada al Gobierno, y de que el trabajo no se concebía si no habia de dar uniformidad y fijeza á las leyes, en todo lo que inmediatamente estuviera enlazado con el procedimiento.

Esto supuesto, uno de los puntos que al tratar del juicio de retracto debia comprender la Comision era la fijacion del dia desde el cual empezaba á correr el término para retraer. Y esto si bien puede decirse que corrésponde al Código civil ó á la ley *sustantiva* en cuanto declara un derecho, no es tan estraño que el Código de procedimientos fije el término preciso, fatal, improrogable, dentro del que debe entablarse la demanda de retracto saliendo al encuentro de opiniones diametralmente encontradas y de prácticas locales é inciertas, que al grave inconveniente de la desigualdad de derecho que llevan consigo, ceden en desprestigio de la administracion de justicia, cuyo crédito no queda muy bien parado cuando en un punto se rechaza por tardíamente entablada la demanda que en otro se admite sin dificultad como presentada dentro del término legitimo.

Fijese la atencion en lo que sucedia antes de la ley de Enjuiciamiento civil respecto á este punto, tanto respecto á las ventas

convencionales, como á las que se hacen en pública licitacion.

Respecto á las primeras, las opiniones estaban muy divididas en lo tocante al dia desde que habian de empezar á correr los nueve concedidos para retraer. La generalidad de los jurisconsultos, y entre ellos el célebre Covarrubias, Gutierrez, Acevedo y Matienzo, sostenian que debian contarse desde la convencion, fundándose en la interpretacion literal de las leyes; pero contra ellos se levantaba la respetable autoridad de Antonio Gomez, que pretendiendo que el espíritu de las leyes se sobrepusiera á las palabras con que habian sido redactadas, sostenia que debian los nueve dias contarse desde la tradicion, y defendia su opinion con vigor y energía contra la práctica y contra la mayor parte de los doctores de la Universidad de Salamanca.

Respecto á las ventas hechas en pública licitacion, es cierto que la ley 70 de Toro ordenó que los nueve dias se contaran desde el del remate, pero no por eso dejaba de ser objeto de controversia entre los jurisconsultos. Pretenden algunos, como Castillo y Matienzo, que los nueve dias otorgados para retraer debian contarse despues de pasados los nueve que por práctica se concedian al deudor para retraer por el tanto los bienes inmuebles vendidos en almoneda pública; práctica que atestiguan Covarrubias, Diego Perez y Gutierrez, y en los tiempos modernos Febrero con sus adicionales y continuadores, y Llamas y Molina, en cuyo caso el término para retraer no seria de nueve sino de diez y ocho dias contados desde el remate; y no dejaban de alegar Matienzo y Castillo razones en apoyo de su opinion, que si bien no decisivas, á nuestro juicio, tenian sin embargo fundamentos no despreciables, pues que decian que hasta pasados los nueve dias que tenia el deudor para el tanteo no podia reputarse la cosa como vendida, puesto que pendia del cumplimiento de una condicion resolutoria y en que se seguiria perjuicio al deudor que dentro de los nueve dias quisiera retraer si concurriera un pariente á litigar sobre el retracto.

Pero además suscitaban los jurisconsultos otras cuestiones que comprendian tanto á las ventas privadas como las hechas en pública licitacion, á saber si los nueve dias debian contarse de dia á dia, ó de momento á momento, fundándose unos en las leyes que hablaban del tiempo y otros del dia desde que se concedia el retracto. Esta cuestion la examinan Gutierrez, Antonio Gomez, Diego Perez, Gregorio Lopez, y Palacios Rubios, que fué uno de los que asistieron á

las Cortes de Toro, y Llamas. de los cuales alguno discordó de los otros, de modo que no llegó á formarse una opinion que pasara en la práctica como incontrovertible. En prueba de las dudas á que daba lugar aun en los tiempos modernos esta cuestion, tenemos el ejemplo del candoroso y recto jurisconsulto cuya obra de derecho español es la primera que entra en nuestras manos cuando empezamos á estudiar el derecho patrio: este jurisconsulto es D. Juan Sala, que declaró que ambas opiniones eran igualmente probables, y que habiéndose inclinado en el apéndice de *retractibus* de sus *Instituciones romano-hispanas* á la opinion de que debia el término contarse de momento á momento, con lealtad y buena fé adoptó la segunda en su *Ilustracion del derecho real de España*.

Pero aun fuera de las cuestiones debatidas por los jurisconsultos, naturalmente se suscitaban otras, que no podian ocultarse á la Comision. Desde luego se debe tomar en cuenta que hay tres clases de ventas en pública subasta: unas que se hacen espontáneamente por los interesados que quieren hacerlas ó bien por sí, ó bien para darles mas solemnidad é importancia al mismo tiempo que mayores garantías acuden al juez; otras que son actos de jurisdiccion voluntaria aunque necesarios por la ley para la enajenacion, como sucede con los bienes inmuebles de los menores é incapacitados, y otras que son el resultado de un procedimiento de apremio, bien provenga de un juicio ejecutivo, bien de una condenacion criminal. Respecto á las enajenaciones de las dos primeras clases no habia dificultad: pero sí respecto á las de la tercera clase. En estas, segun la jurisprudencia anterior á la ley de Enjuiciamiento civil, el remate debia ser aceptado por el postor: despues se conferia de él traslado al deudor y acreedores; si nada decian dentro de tercero dia, acusada la rebeldia por el postor á petición de éste se aprobaba el remate, se mandaba entregar los títulos de las fincas vendidas y liquidadas sus cargas, liquidacion que debia ser aprobada por el juez despues de oir nuevamente al deudor, acreedores y postor, depositaba este el precio del remate, pedia posesion, se le mandaba dar y entonces era cuando el juez procedia al otorgamiento de la escritura. Esto supuesto preguntamos ahora ¿debian contarse los nueve dias desde el remate antes de aceptarse por el comprador, antes de oir sobre él á los que debian ser oidos, antes de que el juez lo aprobara, antes de que se examinaran los títulos, antes de que se liquidaran las cargas, antes de que pudiera el postor pedir la posesion, antes de que el juez es

:

tuviera autorizado para otorgar la escritura? De seguro que encontrarán de difícil resolucíon estas preguntas aun los que creen que por la ley de Toro debe entenderse literalmente el término desde el dia del remate, porque antes de la aceptacion se consideraba no perfeccionado el remate por mas que esto fuera una mala práctica, y sino seria ocioso este trámite; porque antes de la aprobacion judicial, el remate no era subsistente mas que por una de las partes; porque antes de la exhibicion de títulos no estaba acreditada la pertenencia de los bienes; porque antes de la liquidacion no habia precio verdadero que pudiera ser consignado, ni comprador á quien entregárselo, pues que todavía no lo habria satisfecho y mal podia recibir el precio que él no habia entregado; porque no habia cosa que entregar al retrayente, pues que pendientes las diligencias judiciales no se sabia aun si quedaria ó no firme la venta, cuando la experiencia enseña, que por lo defectuoso de la titulacion de las fincas, quedaban muchas veces sin ser efectivas las ventas hechas en remate. Basten estos argumentos para manifestar las dificultades que en las condiciones de nuestra legislacion anterior encontraba la prescripcion de la ley de Toro en su ejecucion práctica.

La ley de Enjuiciamiento civil ha reformado mucho estos trámites: como innecesaria ha omitido la aceptacion del comprador; ha mandado que en el acto el juez apruebe el remate y que disponga la entrega de los títulos de pertenencia al comprador para su reconocimiento y le señale el término que requiera su estension, y solo despues de esto y cuando están suplidos los defectos de la titulacion, es cuando se admite la consignacion del pago y el deudor ó el Juez otorgan la escritura. Esta sola indicacion basta para que se conozcan los inconvenientes, sino en tanta escala, como en el antiguo sistema, de importancia al menos para considerar que no podia retraerse la cosa, cuando aun podia admitirse el precio al que como comprador habia adquirido la cosa en el remate.

Y por otra parte ¿sería prudente establecer reglas diferentes para cada clase de ventas? No nos parece así: una regla general nueva y uniforme á la vez que concluía con todas las antiguas cuestiones nivelaba la jurisprudencia y hacia practicable lo que como antes estaba escrito se hacia frecuentemente imposible, salvaba todas las dificultades. Esto es lo que creemos que dominaria en la Comision, sin que para decirlo, tengamos otros títulos que los que nos sugieren las razones que dejamos espuestas.

Ni dejó de manifestarse en el mismo artículo 674 de la ley el espíritu reformador de la Comisión que introdujo en él otras innovaciones no menos graves que la que ha dado lugar á esta cuestión de las que por iguales motivos podría decirse que correspondían al Código civil. Los requisitos 4.º, 5.º y 6.º bastan á demostrarlo. Hasta la ley ni tenía el que retraía la finca gentilicia la obligación de comprometerse á conservarla por el espacio de dos años, ni por cuatro el retrayente condueño, ni por seis el retrayente que obteniendo ya el dominio directo ó el útil quería consolidarlos. El artículo 674 es sin duda uno de los de la ley de Enjuiciamiento que mas modifican el antiguo derecho civil: no debe pues estrañarse que entre sus modificaciones se comprenda tambien la de la igualacion de todas las ventas para el efecto del retracto, señalando como término desde que debe comenzar el concedido para retraer el otorgamiento de la escritura. Por estas consideraciones nos inclinamos á la opinión del suscriptor que dá su dictámen en el artículo que antecede.

Los Directores de la Revista.

DE LOS COMPROMISOS DE SIMPLE PALABRA.

CUESTIONES.

1.ª — *¿Es válido un compromiso celebrado de simple palabra antes de 1.º de enero de 1856, día en que empezó á regir la nueva Ley de Enjuiciamiento civil?*

2.ª — *En caso negativo, ¿quedaron ó no obligadas las partes comprometidas á poner sus pleitos en manos de avenidores, al tenor de lo acordado en la estipulación arbitral, y en conformidad á la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilacion?*

DICTÁMEN.

La primera de las antecedentes consultas se halla ya contestada negativamente en el tomo 10, pág. 82 de la REVISTA, con la lucidez y copia de razones propias de jurisconsultos tan distinguidos, pero de una manera equivocada, en mi humilde concepto, con respecto á este Principado de Cataluña, donde no se hallan en observancia de la legislación comun de Castilla otras disposiciones, que las posteriores al Real decreto de Nueva Planta del Señor Rey D. Felipe V, de 15 de enero de 1716, por el cual fueron de nuevo restablecidas las Constituciones que antes habia en Cataluña, y «se las concedió la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en

él) (cap. 36 de dicho decreto, ley 1.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Novísima Recopilacion, cap. 42).

Sentados estos preliminares, examinemos ahora si nuestras Constituciones resuelven la 1.ª cuestion propuesta. Ya confiesan VV. al final de la pág. 83 del citado tomo 10 de la REVISTA, que ni las Constituciones 1.ª y 2.ª, ni mucho menos las restantes del tít. 13, libro 2.º, determinan la forma como debe constituirse el acto del compromiso, infiriendo de esto que en su silencio debe recurrirse á la legislacion comun de Castilla, ó sea á la ley 23, tít. 4 de la Partida 3.ª, terminante en este punto, y aquí está la equivocacion á mi modo de ver.

Despues de publicado el referido decreto de Nueva Planta, no es el derecho de las Siete Partidas el supletorio del nuestro municipal, sino el canónico y romano como esplicitamente se ordena en la Constitucion única, tít. 30, lib. 1.º de los Usages y otros derechos de Cataluña, que dice así: «Axi be manam y ordenam ab loació y aprobació de la present Cort que los Doctors del real consell hajan de decidir y votar las causas ques portaren en la real Audiencia, conforme y segons la disposició dels Usatges, Constitucions y Capitols de Cort y altres drets del present Principat, y Contats de Roselló y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitucions y altres drets faltarán, hajan de decidir las dites causas segons la disposició del dret Canonic; ya quest faltan del Civil y doctrines dels Doctors; y que no las puguen decidir ni declarar per equitat, sino que sie regulada, y conforme á las reglas del dret comú, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat.»

Por consiguiente la validez ó nulidad de un compromiso verbal otorgado en Cataluña antes de regir la Ley de Enjuiciamiento civil, ha de declararse precisamente con sujecion á las disposiciones del derecho canónico y romano, toda vez que el nuestro municipal guarda completo silencio en esta parte, como acertadamente VV. reconocen en la mencionada página 83. Muchos son los textos de ambas legislaciones que sancionan la validez del compromiso verbal, aunque no haya mediado estipulacion solemne, como efectivamente medió en el que ahora se ventila en los tribunales de justicia, sino un mero nudo pacto; pero me limitaré á citar los que ni siquiera admiten interpretacion.

En los capítulos 5 y 9 de las Estravagantes se lee: *Est actio in factum ad sententiæ executionem, et exceptio statim datur, etiamsi*

nudo pacto compromissum sit. En la ley 11.^a, párrafo 3.^o del Digesto, de *Recep. qui arbit.* el jurisperito Ulpiano dice lo siguiente: *Interdum (uti Pomponius scribit) recte nudo pacto fiet compromissum.* El emperador Justiniano al principio de la ley 5.^a del Código, de *Receptis arbitris*, se espresa en estos términos: *Sancimus in eos arbitros, quos prædiximus, et quos talis consensus elegerit sub eo pacto, vel in scriptis vel non in scriptis habito, ut eorum definitioni stetur.* Se vé, pues, que la primera consulta debe contestarse afirmativamente por lo que atañe á las cuatro provincias de Cataluña, y negativamente respecto á las demás del reino, que se rijan por las disposiciones del Código Alfonsino.

La segunda tambien opino ha de resolverse afirmativamente y su distincion de provincias, porque la indicada célebre ley del Ordenamiento que ha venido á formar la 1.^a, tít. 1.^o, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, es obligatoria á todos los españoles.—FRANCISCO SULLÁ Y DE MOTES.

Contestacion.

Los Directores de la REVISTA no toman por regla general sobre sí la responsabilidad de las opiniones que se emiten en los diferentes artículos que insertan. Las firmas puestas al pié de cada uno así lo indican, y frecuentemente sucede que se publican opiniones encontradas, porque en la REVISTA caben todas las doctrinas jurídicas que se tratan convenientemente en el terreno de la ciencia. En el artículo á que se refiere el dictámen que antecede hay la circunstancia particular de que se hallaba suscrito por un individuo de la Direccion, arrebatado en su juventud á la ciencia y á sus amigos. Su opinion fué la que se estampó; su firma la que autorizó el artículo. Desearia la actual Direccion defender lo que estaba escrito por su apreciable compañero y aprovechar esta ocasion mas de darle el respeto que merece su memoria. Pero está convencida de que si hubiera tenido presente su ilustrado colega que en Cataluña hasta el Decreto de Nueva planta no es el derecho de Castilla, y por lo tanto tampoco son las Partidas las que suplen al derecho municipal, sino el derecho canónico y romano con arreglo á sus Constituciones, habria escrito en otros términos el último párrafo del artículo que ha dado lugar á estas observaciones. Creen mas: que advertido de la equivocacion, en su buena fé, en su lealtad reconocida se hubiera apresurado á rectificar lo que habia escrito: esto, lejos de rebajar su buen nombre, lo enalteceria. Así los Directo-

res de la REVISTA al paso que cumplen con el deber de emitir su opinion en el punto acerca de que se les pregunta lo que creen necesario, atendida la mision que voluntariamente se han impuesto, están en la inteligencia de que interpretan fielmente los sentimientos que constantemente animaron á su malogrado compañero rectificando lo que, á vivir él, habria sin duda corregido.

Los Directores de la Revista.

DERECHO ADMINISTRATIVO.

¿Los Consejos provinciales pueden reformar su resolucion una vez dictada en asuntos de quintas?

Contestamos negativamente á la consulta que antecede. Fundámonos para ello en las consideraciones siguientes:

1.^a Porque ningun acto de una autoridad que causa estado atribuyendo derechos ó negándolos, es reformable por ella misma.

2.^a Porque sostener lo contrario equivale á tener en incierto derechos que ya definitivamente se hallan declarados, y que si bien no puede decirse que hay ejecutorias en la materia de que se trata, existen en realidad decisiones que por haber llegado á ser irrevocables se asemejan á ellas.

3.^a Porque de establecerse que en decisiones referentes á quintas pudieran dejarse sin efecto las que antes estaban acordadas, se seguiria una gran perturbacion en el servicio público, en los derechos de los particulares, y se abriría una ancha puerta á la arbitrariedad y á los abusos.

4.^a Porque con arreglo á los artículos 129 y 136 de la ley de reemplazos vigente, de las resoluciones adoptadas por las Diputaciones provinciales, á que en este punto han reemplazado los Consejos de provincia, solo hay recurso para el Ministerio de la Gobernacion, que segun el art. 138 debe decidir definitivamente, pero despues de oír al Consejo de Estado.

5.^a Porque en un caso no igual, pero sí análogo, á saber, respecto á los fallos de los Consejos de provincia en los asuntos contencioso-administrativos, dice la ley orgánica de estos cuerpos en su artículo 18 que no podrán reformar sus sentencias, disposicion que parece debe hacerse estensiva por igualdad de razon á las resoluciones en cuestiones de quintas.

Los Directores de la Revista.

SECCION DOCTRINAL.

ENSAYO HISTÓRICO-FILOSÓFICO-LEGAL SOBRE EL DUELO (1).

(Conclusión.)

V.

LEYES REPRESIVAS DEL DUELO.

El duelo en la época de su aparición y en la edad media tuvo su natural defensa en la legislación y en las costumbres. Había de llegar un día en que perdiese en mucha parte su favor, y este día había de ser naturalmente aquel en que robustecido el principio de la autoridad pública, el poder se sintiese bastante fuerte para desarmar á la venganza privada, y tomar sobre sí la defensa de todos los intereses. Los Reyes Católicos fueron los primeros que entre nosotros acometieron la empresa de proscribir el desafío, y seguramente la ocasión no pudo ser mejor elegida. Los gobiernos para entonces no necesitaban tener ya con el duelo las contemplaciones que en tiempos anteriores, pero por desgracia se hicieron la ilusión de que podían desterrar esta costumbre en una hora, castigando á los duelistas con la pena de muerte y el perdimiento de sus bienes; y la famosa ley de Toledo cayó en completa inobservancia y desuso cabalmente por demasiado severa.

Si se hubiera meditado un poco sobre este resultado; si se hubiera tenido presente que el duelo era una costumbre arraigada en los hábitos del país despues de muchos siglos, y que nadie es bastante poderoso para romper con lo pasado y con el espíritu de la edad en un solo día, no se habria dictado mas tarde por Felipe V otra ley en el mismo sentido, y mas severa aún, y por lo mismo mas absurda. Pero el poder tiene tambien su amor propio, y una vez empeñada su vanidad quiso mostrarse fiero, inexorable, publicando la famosa pragmática de desafíos, que es la ley 2.^a, tít. 20, lib. 12 de

(1) Véanse las págs. 5 y 177 de este tomo.

la Novísima Recopilacion, en cuyas disposiciones se revelan bien la ira del legislador y el sentimiento que tenia de su debilidad en frente de los obstáculos de todos géneros que le oponian los instintos públicos. ¡Error grave ciertamente imaginarse que con un rigor exagerado se habia de llegar á conseguir lo que todo el poder de las ideas religiosas en una sociedad fanatizada, y los anatemas y maldiciones de la Iglesia no habian conseguido! ¡Error grave y pueril creer que calificando al desafio de uso detestable, con otras odiosas denominaciones, la sociedad habia de cambiar en un momento de tendencias y de ideas! Bien puede afirmarse que ni un solo duelo dejó de llevarse á efecto por miedo á la severidad de las penas con que le castigaba la legislacion existente. Las leyes dictadas contra el desafio en el enojo y despecho de los gobiernos serán siempre ineficaces para su represion, y en esta parte la legislacion necesita una REFORMA COMPLETA, FUNDAMENTAL, grande y generosa en sus tendencias.

Al ocuparse de esta reforma, la primera cuestion que hay que resolver en el órden lógico con que las ideas se anuncian al entendimiento humano en esta materia, es si se ha de comprender el duelo en las decisiones de derecho comun respecto del delito de heridas ó de homicidio, ó si deberá ser objeto de una ley especial.

No hay que confundir con esta idea la anunciada por algunos de que el duelo debe ser juzgado por una legislacion privilegiada, y castigado con penas que tuvieran hasta cierto punto este mismo carácter. No queremos para el duelo una legislacion de privilegio, como no la queremos para nada. Las leyes no deben mimar al desafio, pero sí deseamos una legislacion imparcial, oportunamente severa, pero justa, una legislacion en que se atienda al carácter especial de este delito para que no se le confunda con las heridas causadas á traicion y sobre seguro, ni con el asesinato, ni con el homicidio en quimera.

En este sentido el duelo necesita una legislacion especial por la sola razon de que es un delito especial, que se diferencia de los delitos comunes en su origen, en sus motivos, en los medios de ejecucion, por todos sus caracteres y circunstancias; y en que se consulten estas diferencias, en que se determinen por ellas las reglas de la penalidad, no hay privilegio, no hay odiosas escepciones, no hay honor para el desafio, así como no hay ninguna de estas cosas cuando se pena el robo de diferente manera que el hurto, cuan-

do se castigan los delitos políticos de distinto modo que los demás.

Un principio es de derecho comun que la tentativa de delito, cuando no se ha dado principio á su ejecucion, no es un hecho justificable; y así el que intenta cometer un robo ó un homicidio, y prepara los medios, pero no pasa de aquí, no es castigado como ladron ni como homicida. Sin embargo, todas las legislaciones hacen escepciones importantes en la aplicacion de esta teoría á los delitos que pueden afectar la seguridad del Estado. En estos crímenes, la tentativa por sí sola es un delito especial. Una conspiracion para trastornar el orden público cuando los planes de los conjurados no han salido de su gabinete, no es mas que la tentativa lejana de aquel crimen; y á pesar de eso no hay un código penal en que no se declare que la simple conspiracion es un delito *sui generis*. ¿Y por qué se apartan las leyes en este punto de las teorías generales de la penalidad? Por la misma especialidad de los hechos, por su carácter peculiar, por las circunstancias que distinguen á los delitos políticos de los demás, que es cabalmente lo que sucede con el duelo. Distinguiéndose este delito de todos los otros por muchas y muy singulares circunstancias, la justicia exige igualmente que se le persiga y se le pene conforme á su índole.

Fundados en este principio, creemos que no tienen razon los que sustentan que en un código penal no debe hacerse mencion especial del desafío, sino que comprendiéndole en las decisiones del derecho comun respecto del homicidio y las heridas, se le debe juzgar como un homicidio comun, ó como una herida en el caso que tenga este resultado. Seria monstruoso y hasta incuo confundir delitos tan diferentes.

En el duelo (ya lo hemos dicho antes de ahora) hay que distinguir siempre entre el que lo provoca y el que lo acepta, entre el que es arrastrado á él por un motivo ligero y el que lo ha sido por una causa gravísima, entre el que ha dado motivo para esta provocacion y entre el que no ha hecho mas que resignarse á un sacrificio que él hubiera querido evitar; hay que distinguir entre la simple provocacion y aceptacion del duelo y entre el duelo concertado, entre éste y el que se ha llevado á su término, entre el que no ha tenido ningun resultado, y entre el que ha producido las heridas ó la muerte de alguno de los combatientes.

Pues supongamos un código penal en que no se hiciera mencion especial del desafío, y resultaria en muchos casos una monstruosa

penalidad. En el silencio de la legislación, la jurisprudencia de los tribunales tendría que establecer como principio, ó que el desafío era una circunstancia de *agravacion* en los delitos de heridas y homicidio, ó que debía considerársele siempre como una causa *atenuante*, ó como un motivo de completa *esculpacion* y de *escusa*. Condenar á los duelistas en todo caso y sin distincion como reos de heridas ó de homicidio con circunstancias agravantes, ya se vé que sería prescindir de todos los principios de justicia, porque el duelo podrá ser un motivo de *agravacion*, cuando se trate del que le haya provocado *sin ningún fundamento*, de un espadachin, de un baratero; pero esta doctrina es inaplicable al hombre honrado y pundonoroso que acepta un desafío á su pesar, y que tiene la suerte de matar ó herir á su contrario.

Los mismos inconvenientes, la misma desigualdad é injusticia resultarían de comprender el desafío por regla general entre las circunstancias atenuantes. Y absolver á los duelistas, absolverles siempre, comprendiendo el duelo entre las causas que eximen de responsabilidad; cómo la locura, la propia defensa, etc., sería retroceder á los tiempos de barbarie, y dar un testimonio de demencia contra el cual se sublevaría el espíritu público. Porque en efecto el duelo en algunos casos es en nuestra opinion tan legítimo como el derecho de propia defensa, cuando se acepta como el desagravio posible de ultrajes, para cuya reparacion no hay defensa en las leyes ni en la autoridad pública; pero fuera de estos casos es una verdadera iniquidad, y ya lo hemos dicho otra vez, para nosotros como para todos es un acto de baratería y de salvagismo. En esta suposicion ¿qué medio queda para reprimir el duelo en lo que es justo reprimirle, y al propio tiempo hacer respecto de él las excepciones que reclaman de comun acuerdo la razon y una severa justicia?

No le hay á nuestro entender como no sea el de formar una *LEY ESPECIAL* en que, atendiéndose á la índole particular de este hecho, se dicten los preceptos y prescripciones que reclama la misma.

A no ser que se prefiera establecer entre nosotros la *JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES FRANCESES*, jurisprudencia que si es aceptable en un país en que la legislación guarda un profundo silencio sobre el desafío, no es para imitarla como modelo, porque lleva muchas veces á los tribunales de justicia á la contradiccion, al absurdo.

En el Código penal francés no se habla del duelo ni una sola

vez, ni por incidencia siquiera; ni se le considera como circunstancia agravante, ni como motivo de atenuacion, ni como causa de excusa. Este silencio de la ley ha dado lugar á graves escándalos y controversias, y á dos jurisprudencias é interpretaciones distintas, porque algunos jurisconsultos creían que los legisladores no habian querido comprender el duelo entre los delitos y que por consecuencia estaba admitido y tolerado de todo punto; otros opinaban por el contrario que en el Código penal no se hablaba del duelo por considerarle comprendido en las decisiones del derecho comun respecto del homicidio y de las heridas.

Triunfó por fin esta última opinion, aunque al través de graves dificultades, y esta es la jurisprudencia establecida por los fallos del Tribunal de Casacion, gracias á los esfuerzos de un eminente jurisconsulto, el célebre Mr. DUPIN, que supo comunicar á las decisiones de aquel cuerpo en esta materia toda la energía de su carácter severo é inflexible.

Pero esta jurisprudencia que en el absoluto silencio de la ley nos parece racional y aceptable, tiene el inconveniente de haber producido en Francia grandes escándalos para la justicia, enérgicas reclamaciones contra el poder; todo por no haber hecho en el código mencion especial del desafío, y haber determinado en unos pocos artículos las reglas de su penalidad en todas las suposiciones posibles.

En Francia sucede despues de la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Casacion que los tribunales absuelven á los duelistas siempre que del duelo ha resultado la muerte de uno de los combatientes, á lo menos mientras no aparecen graves cargos de provocacion, ó de deslealtad contra el homicida, por el justo temor de que pudiera aplicársele la última pena, la pena del asesinato. Al contrario cuando uno de los combatientes ha salido solamente herido con mas ó menos gravedad, los tribunales condenan al culpable; de donde resulta que si el duelista tiene la suerte de matar á su contrario queda completamente impune, y desafía á la legislacion, y á pesar de Mr. Dupin se burla de la justicia; y si no ha hecho mas, que herirle es condenado á la pena de prision ó á la de trabajos. Contradiccion inaudita, que hace poco honor á la civilizacion de la Francia, á la dignidad del gobierno y de la magistratura; pero contradiccion inevitable, porque mas repugnante seria el espectáculo de un patíbulo levantado contra un hombre, que arrastrado por la

fuerza de las ideas y de las costumbres á aceptar apesar suyo un lance personal, hubiera tenido la suerte de matar en él á su enemigo.

Contra esta imprevision del legislador reclaman enérgicamente la razon y la conciencia pública, y ya en 1848 los diputados Mr. Taillander y Mr. Ducon presentaron en la cámara un proyecto de ley que no se tomó en consideracion, pero que produjo una discusion interesante en la que tomaron parte sus autores para apoyarle, Mr. Guizot, el Ministro de la Justicia, y por último el célebre Mr. Dupin. Las razones aducidas por los autores de la proposicion fueron las que hemos indicado. El génio atrevido de Mr. Guizot dió interés al debate, pues que elevándose á mas altas consideraciones, y, sacando la cuestion del terreno estrecho de la jurisprudencia llegó á decir que el desafio no era una preocupacion, sino un progreso de la civilacion y de las costumbres, porque hay intereses y sentimientos en el hombre que solo el duelo puede proteger con eficacia.

El Ministro de la Justicia que habló en contra del proyecto intentó demostrar que la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Casacion habia producido escelentes resultados, pues que segun los datos estadísticos desde 1836 que se habia logrado uniformar la jurisprudencia en esta parte del derecho, los duelos se habian disminuido considerablemente.

No probaba mucho á la verdad este argumento, porque no basta que en cierto número de años, en un corto período haya sido menos frecuente el uso del desafio, si no se principia por demostrar que esto se debe á la bondad de la jurisprudencia establecida, y no á otras causas mas generales. En la Francia de 1827 á 1836 no tiene nada de extraño que el número de desafios fuese mayor que en los años posteriores. Por una parte las tendencias del gobierno de la restauracion mas inclinadas al espíritu caballeresco de la antigua sociedad que á las costumbres de los pueblos modernos, los principios en que descansaba la organizacion política del país, la agitacion de las pasiones mal reprimidas, los escritos de Chateaubriand, la escuela romántica apoderada del teatro; y por último, la revolucion de julio, los sentimientos é ideas que esta despertó, las sectas filosóficas, la lucha de los partidos y de los principios, el desencadenamiento de la democrácia, esplican perfectamente aquel fenómeno.

Ya en 1837 habian desaparecido todos estos motivos. El heroismo y entusiasmo de los primeros dias de la revolucion iban estin-

guiéndose, los partidos políticos habian tenido dias de prueba, y las virtudes cívicas iban cediendo su puesto al positivismo, á la codicia; ya no sonaba el eco de guerra que partia de la altura del gobierno cuando la revolucion y la dinastía temblaban por su seguridad; las costumbres se habian dulcificado, y la sociedad se habia hecho más egoísta, mas inmoral y corrompida, pero tambien menos turbulenta.

A la verdad, muy débil era la demostracion que el Ministro de la Justicia queria hacer con los datos de la estadística criminal. Apelando á estos mismos datos los autores del proyecto hubieran podido demostrarle que desde aquella época las causas de envenamiento y los desórdenes de familia se han multiplicado en Francia de tal modo, que no hay quien no se estremezca por su seguridad aun en el asilo doméstico, sin que la legislacion antes ó despues haya sido ni mas ni menos severa contra estos delitos, sin que haya cambiado la jurisprudencia establecida respecto de ellos; lo cual prueba que no son estos cambios, sino la modificacion de las ideas y de las costumbres y otras causas generales por las que hay que explicar las alteraciones de la estadística criminal, si han de explicarse filosóficamente.

Otra cosa es que el Ministro de la justicia tuviera razon en combatir el proyecto de ley presentado á la deliberacion de la Cámara. Mala como nos parece la jurisprudencia establecida en Francia, es preferible lo que hay á lo que queria sustituirse. Establer una legislacion privilegiada sobre el desafío, castigarlo en el caso mas grave con penas correccionales, no hacer ninguna distincion importante entre el que provoca un duelo y el que lo acepta, no distinguir tampoco el duelo provocado por causas gravísimas del que lo es por un motivo leve, confundir en la penalidad á un baratero con un hombre honrado y pundonoroso, hubiera sido canonizar un conjunto de absurdos y dispensar al desafío un honor que no todas las veces merece (1).

(1) La proposicion de los Diputados Taillander y Ducon estaba concebida en estos términos:

Artículo 1.º Al que provoque un desafío se le impondrá la pena de un mes á un año de prision y una multa de 16 á 500 francos.

Art. 2.º Al que se batiere en desafío, 3 meses á 2 años y una multa de 300 á 1,000 francos.

Art. 3.º Si del desafío resultase alguno herido ó quedase imposibilitado de trabajar dentro de los veinte dias de haberlas recibido, se impondrá al

En una brillante peroracion condenó Mr. Dupin todos los errores del proyecto, y alzó tambien su voz contra las palabras pronunciadas por Mr. Guizot favorables al duelo. Por mucho respeto que nos merezcan las opiniones de tan célebre magistrado, en su discurso hay algunas ideas que no podemos dejar pasar sin correctivo, si hemos de responder á todos los ataques que contra las doctrinas que sustentamos pudieran hacerse.

«Las leyes, decia Mr. Dupin en un arranque de elocuencia parlamentaria, las leyes castigan los crímenes, los delitos, las simples contravenciones, ¿y todavía se quiere decir que hay ofensas contra las cuales no queda mas medio que el del duelo?» Este argumento al parecer todo poderoso tiene una sencilla respuesta. No es la cuestion si las leyes castigan los grandes crímenes y los pequeños, las ofensas é injurias graves y las leves faltas, el caso es que hay ofensas é injurias de tal índole que el castigo que puede imponerlas la ley por severa que sea no es suficiente para su desagravio y reparacion; el caso es saber si esas leyes penales que castigan todas esas cosas, son bastantes para satisfacer al ultraje inferido, si lo son por borrar las manchas que este imprime en la reputacion del agraviado, si lo son para destruir la opinion desfavorable que se forma de quien tolera pacientemente cierto género de insultos, si bastan á desaparecer las presunciones de la malevolencia y la malicia; el caso es averiguar si el honor, la dignidad del hombre está bien defendida y amparada por esas leyes que todo lo castigan.

Otro error padeció Mr. Dupin al suponer que el objeto de los que se desafian es siempre derramar la sangre del contrario, para deducir de aquí que la pena de muerte que se imponen los que tal hacen por una ofensa al amor propio, por una disputa de café, por

que la haya causado, la pena de 1 á 3 años de prision y una multa de 500 á 2,000 francos.

Art. 4.º Si á consecuencia del desafío muriere alguno de los contendientes, el culpable será castigado con la pena de 2 á 5 años de prision.

Art. 5.º En caso de reincidencia la prision será por 5 años, pudiendo aumentarse hasta el doble.

Art. 6.º Además de estas penas los tribunales podrán prohibir al delincuente el uso de derechos mencionados en el art. 42 del Código penal.

Art. 7.º Los artículos 2, 59 y 60 de este mismo Código, relativos á la tentativa y complicidad, serán aplicables á los hechos previstos por esta ley.

Art. 8.º Si conociesen los jueces que en el delito existen circunstancias atenuantes, podrán aplicar la disposicion del art. 463 del Código penal.

un altercado en el juego, ó por cuestiones de mujeres públicas, es toda la justicia que puede esperarse del duelo.

Ya hemos demostrado antes de ahora que no es matarse lo que se proponen los duelistas, que es otra cosa la que se busca en un lance personal, y el sin número de desafíos que concluyen sin que los combatientes se maten, prueba á favor de nuestra doctrina. Es no comprender el desafío moderno juzgarle bajo este punto de vista, y es apelar á malas artes y confesar que no se tiene confianza en la causa que se defiende, combatir las opiniones enunciadas por Mr. Guizot refiriéndose á los desafíos por disputas de café ó altercados de mujeres. Ni este hombre célebre, ni nadie ha podido decir nunca que el duelo ocasionado por un motivo leve ó inhumano sea una cosa heroica, ni inocente, ni lícita: « Hay ciertos intereses y sentimientos en el hombre, que solo el duelo puede proteger, dijo Mr. Guizot en la Cámara francesa, » y al hablar así, seguramente no fué su intención recomendar el desafío por una mujer pública, ni por los motivos inmorales del juego. Otros sentimientos mas respetables se propuso defender, y tratándose de ellos, no nos acusta el argumento de que los duelistas se hacen justicia á sí mismos imponiéndose la pena de muerte. También el que se defiende de un ladrón puede llegar á matarlo por solo salvar 20 rs. que lleve en el bolsillo de su chaleco. La meralidad de las acciones no se mide por su parte lamentable, sino por su índole.

Una verdad amarga se deduce de todo lo dicho hasta ahora, y es que no existe en parte alguna una buena legislación sobre el duelo; y que todos los sistemas ideados, ó son ineficaces ó inconvenientes. Las leyes demasiado *severas* encuentran fuertes resistencias en la opinion pública y en la conciencia de los magistrados, y no se aplican nunca; leyes *privilegiadas*, igualmente indulgentes para todos los casos del desafío, como la que se propuso á la Cámara francesa, como la ley belga, chocan de frente con la razon y el buen sentido, porque cuando menos, tienen el inconveniente de no estar acomodadas á los buenos principios de la ciencia; comprender el desafío en las decisiones del derecho *commun* respecto del homicidio y las heridas, es prescindir de la índole especial de los hechos; guardar un *absoluto silencio* en la legislación sobre el desafío es dar lugar á controversias y escándalos entre los mismos tribunales, y comprometerse como en Francia á aceptar una jurisprudencia, que en tal caso es aceptable, pero que no por eso deja

de conducir á contradicciones vergonzosas que desacreditan á la justicia, y que rebajan á los ojos del buen sentido popular la dignidad de los encargados de administrarla. Y esto es peor que lo que parece, porque la justicia no tanto es buena ni mala porque se administre con mas ó menos acierto, como porque los pueblos lo crean; la virtud de esta institucion está en la creencia, en la fé general.

Si se desea de veras una buena ley sobre el desafio, es preciso no ser ciegos admiradores de esta costumbre, ni tampoco preocuparse en su contra; hay que despojarse de todo género de preveniciones; condenar el duelo en su exageracion, nunca satisfacerle; pero sí absolverle alguna vez, aunque esta sea rara, y entonces podrá formularse una ley que no tenga los inconvenientes que los ensayos hechos hasta ahora.

Hagamos la prueba, y discurremos en todas las hipótesis que en esta materia caben.

1.^a *Hipótesis.* UN DUELO PROVOCADO Y NO ACEPTADO.—La simple provocacion de un desafio, cuando éste no se acepta, claro es que no merece pensarse. A lo menos el legislador no debe hacerse cargo de este hecho en la legislacion especial sobre el duelo, porque una de dos cosas ha de suceder necesariamente. O la provocacion se ha hecho en términos injuriosos, y entonces será una injuria como otra cualquiera, que el provocado podrá llevar á los tribunales, ó éste se contenta con responder con un desdenoso desprecio á la proposicion de desafio, sea ó no ésta motivada. De cualquier modo, si las cosas no han pasado de aquí, no hay ningun motivo de alarma para la sociedad, no hay ningun interés legítimo ofendido, el orden público no se ha perturbado, y por último, y esto es lo mas convincente, la ley nunca podria castigar la simple provocacion de un duelo mas severamente que lo que queda castigada con el desprecio del que no le acepta, ó con la pena que le impondrá el tribunal, cuando el provocado, considerándolo como una injuria, demande al provocador.

2.^a *Hipótesis.* UN DUELO PROVOCADO Y ACEPTADO.—Ningun interés social ni privado reclama tampoco que la ley persiga y castigue la provocacion y aceptacion del desafio cuando no llega á verificarse, porque los dos rivales vienen á un acomodamiento antes de concertarle definitivamente, ó porque el lance pasó en un momento de calor y despues no volvieron á acordarse. ¿Qué mas se puede desear que el que el desafio no se haya llevado á cabo por un aveni-

miento de las partes? ¿A qué mas puede aspirar la ley? Si en la simple provocacion y aceptacion del duelo hay un mal, la ley no le puede reparar de un modo mas eficaz que el avenimiento de los interesados. Este arreglo amistoso satisface á todos los intereses, á los intereses morales, á los de la sociedad, á los intereses privados; y el mal resultaria de que la justicia viniera con su intervencion y su aparato á turbar la paz acordada.

3.ª Hipótesis. UN DUELO CONCERTADO DEFINITIVAMENTE.—En la suposicion de un duelo concertado definitivamente con intervencion de padrinos ó jueces que hayan señalado el lugar del combate, la hora, las condiciones, las armas, tampoco hay un hecho justiciable para la ley, si en el momento de ir á batirse, ó por propia inspiracion, ó por los consejos y amonestaciones de los amigos, el combate se suspende, los interesados se dan una satisfaccion y se alargan la mano. Perseguirles despues de todo, seria ponerles en el caso de acudir á la mentira ó á otros medios para que los hechos no se averiguaran, y mas moral es no oponer ningun obstáculo para que ellos mismos puedan hacer pública la feliz terminacion de sus diferencias, aplaudiéndose por ello; mas moral es tambien dejar á los padrinos que se honren y gloríen de haber llevado las cosas á tan buen término por su mediacion, y de haberse conducido con tal prudencia y tal tino, evitando á dos personas estimables un lance sensible por un medio igualmente decoroso para ambas.

4.ª Hipótesis. UN DUELO LLEVADO Á SU TÉRMINO, PERO SIN CONSECUENCIAS LAMENTABLES.—Ni aun en el caso de haberse batido los contendientes, comprendemos qué interés pueda tener la sociedad en perseguir el desafío, mientras éste no haya tenido consecuencias mas ó menos lamentables.

La única intervencion que racionalmente puede concederse á la autoridad en los diversos casos de un duelo que no haya concluido por la herida ni la muerte de ninguno de los combatientes, es para estorbar su realizacion. No negarémos á un Jefe político, á un Juez, á un jefe militar ni al alcalde de un pueblo el derecho de intervenir, cuando sepan que un desafío se está concertando, para impedir que se lleve á efecto. No negarémos á un jefe militar el derecho de poner arrestado á un subordinado suyo con este fin, ni á un Jefe político ni á un alcalde el de apoderarse de las personas de los duelistas, el de amonestarlos y entregarlos á sus familias para que les hagan renunciar á un proyecto que pudiera traer su perdi-

cion y la de los suyos. Raro será el duelista pertinaz que se resista á las reconvencciones de la autoridad, á la mediacion de los amigos, á las lágrimas de sus hijos, y á los ruegos de sus parientes, y que espiado por todos á la vez, pueda llevar adelante un proyecto que ya se ha hecho público. Estos medios serán siempre eficaces, y en todo caso á la autoridad no puede negarse esa vîgilancia superior para impedir todos los hechos que podrian terminar por un delito más ó menos grave. Pero otra cosa es la intervencion de los tribunales; estos no tienen una autoridad preventiva; la justicia juzga y decide, y solo cuando el duelo se consuma resultando la herida ó la muerte de los duelistas, es cuando puede ser objeto de un juicio criminal.

5.ª Hipótesis. UN DUELO QUE HAYA TENIDO TRISTES RESULTADOS.— Llegado este caso es ya legitima y necesaria la intervencion de los tribunales, porque ya hay un hecho que puede ser justiciable. La legislacion especial sobre desafios debe partir de este supuesto. Descartados todos los hechos sobre que hasta aqui hemos discurrido, las prescripciones de la ley deben descansar en esta base, en la suposicion de un duelo realizado con consecuencias lamentables. A partir de este principio, ¿por dónde deberá comenzar una ley especial sobre desafios? ¿y qué deberá comprender, cuál deberá ser su pensamiento?

La primera declaracion de una ley sobre el duelo deberá ser definirle y caracterizarle.

Un combate personal concertado por los mismos combatientes y verificado sin intervencion de testigos ó padrinos, aunque se haya llevado á cabo con lealtad, no es un duelo. Las leyes no deben reconocer el desafio, sino cuando este se concierta por los padrinos, y se verifica con su asistencia. En otro caso los combatientes deben ser considerados como reos del delito de lesiones ú homicidio con circunstancias mas ó menos agravantes, sin ninguna contemplacion al desafio.

A los padrinos, á estas personas desapasionadas corresponde tambien el concierto de las condiciones, así como es de su deber el procurar reconciliar á los desafiados por cuantos medios les sugiera su prudencia, debiendo ser en otro caso considerados como cómplices del delito de lesiones ú homicidio segun los resultados del duelo.

El padrino que en vez de contribuir á que el desafio no se verifique, incite á los combatientes para que se batan, ó antes ó después

provoque á alguno de ellos, será considerado como reo de lesiones ú homicidio con circunstancias agravantes.

Tampoco la eleccion de armas debe dejarse á los que se desafían, y menos á uno de ellos, como sucede ahora, segun los usos recibidos en nuestro país.

Los padrinos son los que deben elegirlos, y al hacerlo deberán procurar antes que todo igualar HASTA DONDE SEA POSIBLE la condición de los combatientes. Y contra los padrinos que así no lo hagan la ley deberá ser muy severa, porque en esto el legislador puede estar seguro de tener en su apoyo el sentimiento público, que no tanto se lamenta del duelo, como de que la legislación no tenga medios de reprimir la osadía de ciertas gentes, que porque han recibido algunas lecciones de florete, ó de sable, buscan estos lances contando con que si alguno responde á sus provocaciones, la elección de armas ha de ser suya. Así los desafíos se convierten en un objeto de diversion y de mofa para los hombres turbulentos. LA PISTOLA ES EL ARMA DEL DESAFÍO MODERNO. Es por lo menos con la que se prueba la sangre fría, y el valor que nace de un sentimiento de pudor y de vergüenza. Solo entre dos militares, ó cuando los combatientes de común acuerdo lo aceptan, es ya tolerable la elección del sable ó del florete; generalmente hablando, el arma blanca es el arma de los cobardes, que fían, mas que en su valor, en la fuerza de su brazo ó en su destreza. ÉSTA OPINION PASARÁ EXTRAÑA. Asusta en efecto la idea de un desafío á pistola por la posibilidad de que termine muy funestamente, pero en cambio desaparecerían los duelos por moda, los hombres de bien no estarian expuestos á la burla de un espadachin, y serian pocos los duelos que se llevasen á cabo, porque los padrinos mostrarian grande empeño por estorbarlo, y los interesados vendrian, mas fácilmente á un acomodamiento.

A estas primeras declaraciones deberian seguirse en la ley las que naturalmente se deducen de los motivos que hayan dado lugar al duelo, porque esta distincion es indispensable.

El duelo ha podido provocarse por un interés inmoral, ó corruptor, por un motivo leve ó frívolo, ó por una causa grave que á lo menos de parte de alguno de los combatientes haga legítima, ó disculpable su accion.

Supongamos que un marido es provocado á duelo por el amante de su mujer para aterrarlo, y con intencion de que consienta ó tolere su deshonor; figurémosnos el caso de un desafío provocado con

el objeto de sacar á otro un interés pecuniario. En cualquiera de estas dos hipótesis, si el lance se ha verificado resultando la herida ó la muerte del que fué provocado á aceptarlo, el provocador debe ser considerado como reo de lesiones ú homicidio con agravacion, y espiar este crimen en un presidio ó en un cadalso; y los testigos nombrados por su parte que no hayan sido engañados respecto de sus motivos, que hayan procedido con un verdadero conocimiento de la causa, serán cuando menos cómplices de los mismos crímenes. Pero el marido provocado de tal manera, el hombre pacífico y honrado á quien por tal medio queria robarse, que hayan tenido la suerte de herir ó matar á su contrario, deberán ser absueltos libremente, y proclamada su inocencia en los tribunales.

Suponiendo un duelo provocado por una causa ligera, en una disputa de café, en un altercado sobre el juego, la ley deberá consultar en este caso varias circunstancias.

- 1.ª Quién ha dado causa al desafío.
- 2.ª Quién provocó á duelo á su contrario.
- 3.ª De qué modo los padrinos concertaron el lance, y qué esfuerzos hicieron para evitarlo.

El que por una imprudencia dió causa al duelo, y el que por un motivo leve le provocó, deben ser considerados igualmente como cómplices del delito de lesiones ú homicidio, segun que el resultado del desafío haya sido la muerte ó la herida de alguno de ellos; pero al hacer la ley esta declaracion debe dejar á los tribunales ancho campo para recorrer la escala de las penas, é imponer á los culpables la última, la mas pequeña de las designadas en el derecho comun al delito de heridas ú homicidio, autorizándoles además para recomendar á los reos á la real gracia, si por las circunstancias del hecho alguno de ellos lo mereciere. No hay peligro ni inconveniente en dejar á la sensatez de los magistrados esta libertad, esta anchura, para que decidan en un juicio de esta clase sin ninguna repugnancia, sin luchar entre su deber y su conciencia.

En la hipótesis de que el duelo se verifique por una causa grave, las prescripciones de la ley deben ser otras. Entendemos por causa grave uno de aquellos ultrajes que lastiman profundamente la reputacion, que rebajan la dignidad de un individuo, que hieren ciertos sentimientos é intereses que el hombre debe conservar á precio de su existencia, si ha de ser digno de estimacion, y en cuya defensa y proteccion las leyes y los poderes públicos son por desgracia ineficaces.

Bien comprendemos que será difícil la calificación de los hechos en el terreno de la práctica, pero en materias criminales algo hay que fiar siempre á la ilustrada probidad de la magistratura; algo hay que dejar al buen sentido, al poder de la conciencia, y á la responsabilidad moral que impone la fuerza de la opinion pública.

No es esto aconsejar que en el caso de un desafío por motivo grave las leyes no puedan ni deban estrechar el campo de la arbitrariedad judicial hasta donde sea posible.

La legislación debe distinguir entre el que dió causa al desafío, y el que se vió obligado á provocarlo ó aceptarlo á su pesar por la insolencia ó villanía de su contrario. El primero será considerado como reo de heridas ó de homicidio, y esta debe ser la primera declaración de la ley, mientras que el segundo no deberá ser condenado mas que á una prision por cierto tiempo en una fortaleza, ó si se quiere, á otra pena corporal que no imprima infamia ni deshonor.

Puede haber ciertamente motivos que atenúen aun en estos casos la responsabilidad criminal del que dió causa al duelo con sus atrevimientos ó insultos, y que agraven en parte la culpa de su contrario.

Puede suceder que el hombre insolente al principio, en un momento de reflexion ó de calma, cediendo á un sentimiento de deber ó á las amonestaciones de los padrinos, reconozca su error y se preste á dar al ofendido una satisfaccion decorosa y cumplida á juicio de los mismos, que es á quienes corresponde en este caso naturalmente la decision.

Puede suceder que la persona agraviada se niegue á todo género de reconciliacion, y entonces las condiciones varian.

La ley, para en el caso que así suceda, debe dejar al juicio de los tribunales gran latitud para la apreciacion de los hechos, como en el supuesto de un desafío por un motivo leve, con la sola restriccion de que no pueda ejecutarse su sentencia, sino despues de consultada con el gobierno.

La suerte de los padrinos en ambos casos, con tal que hayan cumplido con su obligacion y que no haya falta reparable en su conducta, debe ser la absolucion, porque harto pesar han sufrido con el compromiso de un lance que no ha estado en su mano impedir.

Hé aquí las bases que, con alguna modificacion en los pormenores, podrian servir á nuestro entender para formular una ley sobre el duelo.

No estamos por las penas de privación de honores y derechos políticos, porque serian inútiles ó bñas; inútiles para un insolente provocador, para un duelistá de oficio; duras y hasta absurdas para un hombre de honor, que contra su voluntad se vé arrastrado al desafío. Hay que considerar además que los delinquentes que las merezcan por su conducta las sufrirán ciertamente, porque en el derecho comun son siempre penas accesorias de las señaladas al homicidio y á las heridas, la pérdida de los derechos políticos y la inhabilitacion perpétua ó temporal para honores ó destinos.

Hé aquí la reforma que juzgamos conveniente en nuestras leyes sobre el duelo.

Hemos dicho los fundamentos de nuestra opinion considerando el duelo en su origen, en su historia, bajo todos sus aspectos, en sus relaciones con la moral y con la justicia, en sus relaciones con los intereses privados y sociales, con todos los intereses legítimos.

Para concluir añadiremos una sola observacion. La legislación existente sobre el duelo ha caído en completo desuso; estamos en esta parte en la mayor anarquía; en algunos puntos el duelo, cualquiera que sea su resultado, no se castiga de ningun modo ni aun se persigue; en otras partes se le trata con severidad; por ejemplo, en las provincias, en las pequeñas poblaciones:

Los españoles se ven perseguidos según el punto en que vivén por un duelo; ó deseanzan en una completa impunidad. Este estado de cosas es indigno de un pueblo culto. En Madrid el desafío está tolerado de tal modo, que todos los dias se anuncian en los periódicos lances personales á presencia del gobierno y con mengua de la autoridad. En una ocasion no muy lejana nuestro parlamento mismo ha dado muestras de apadrinar el duelo; ni censuró ni elogio esta conducta; refiero el hecho, y este hecho dice más que cuanto aquí pudiéramos añadir en confirmacion de nuestras doctrinas; este hecho significa que el duelo podrá ser un acto tan repugnante é inmoral como suponen los severos moralistas, pero que la sociedad se empeña en juzgarle de muy distinto modo que los hombres timoratos y concienzudos.

Cirilo Alvarez.

Ley de Toledo.

Una mala usanza se frecuente agora en estos nuestros Reinos, que cuando algun caballero, ó otra persona menor tiene queja de otro, luego le envia una carta, que ellos llaman CARTA, sobre la queja que dél tiene; y

desta y de la respuesta del otro viene á concluir, que se salgan á matar en lugar cierto, cada uno con su padrino ó padrinos, ó sin ellos, segun que los tratantes lo concertan: y porque esto es cosa reprobada y digna de punición, *ordenamos y mandamos*, que de aquí adelante persona alguna, de cualquier estado y condicion que sea, no sea osado de facer ni enviar los tales carteles á otro alguno, ni lo envíe á decir por palabra; y qualquier que lo contrario hiciere, siquier sean dos ó muchos, caya é incurran por ello en pena de aleve, y hayan perdido y pierdan por ello todos sus bienes para la nuestra Cámara; y el que rescibiere el cartel y aceptare la respuesta, haya perdido y pierda todos sus bienes para la Cámara, aunque trance y pelea no venga en efecto; y si de ello se siguiere muerte ó heridas y el requestador quedare vivo de la requesta ó trance, muera por ello; y si el requestado quedare vivo sea desterrado del Reyno perpétuamente. Y porque en los tales delitos tienen gran culpa y cargo los tratantes que llevan y traen los mensajes y carteles desto, y los padrinos que usan con ellos, *mandamos* que ninguno sea osado de ser en esto tratante, ni llevar ni traer los carteles y mensajes, ni sean padrinos del tal trance ó pelea; so pena que por el mismo fecho caya é incurra cada uno dellos en pena de aleve, y pierda todos sus bienes, y sean las dos tercias partes para la nuestra Cámara, y el otro tercio para la persona que lo acusáre y para el juez que lo sentenciáre: y que los que miraren, y no los despartieren, pierdan los caballos ó mulas en que fueren, y las armas que llevaren; y si fueren á pie, que pague cada uno seis-cientos maravedís, y que estas penas se repartan en la forma suso dicha.

Lej de Felipe V y Fernando VI.

No habiendo hasta ahora podido las maldiciones de la Iglesia y las leyes de los reyes, mis antecesores, desterrar el detestable uso de los duelos y de los desafios, sin embargo de ser contrarios al derecho natural, y ofensivos del respeto que se debe á mi real persona y autoridad; y valiéndose los que se discurren agraviados, del medio de buscar por sí la satisfaccion que deberian solicitar recurriendo á mi real persona ó á mis ministros; habiendo sugerido el engaño, el falso concepto de honor, el ser falta de valor no intentar ni admitir este modo de vengarse, como si la nacion española necesitase de adquirir créditos de valerosa por un camino tan feo, criminal y abominable, despues de tantas conquistas, sangre vertida, y vidas sacrificadas á la propagacion de la Fé, gloria de sus reyes y créditos de su pátria; y aunque debo esperar de la obediencia y amor de mis vasallos, y singularmente de la nobleza, que se ajustarán á esta nueva declaracion de mi real voluntad en detestacion de este delito, por si hubiere quien se desviare de mis reales, justas y paternales intenciones, declaro primeramente por esta inalterable ley y real pragmática, que el desafio ó duelo deba tenerse y estimarse en todos mis reinos por delito infame; y en consecuencia de esto, *mando*; que todos los que desafiaren, los que admitieren el desafio, los que intervinieren en ellos por terceros ó padrinos, los que llevaren carteles ó papeles con noticia de su contenido, ó recados de palabra para el mismo fin, pierdan irremisiblemente por el mismo hecho todos los oficios, rentas, y honores que tuvieren por mi real gracia, y sean inhábiles para tenerlos durante toda su vida; y si fueren caballeros de alguna de las cuatro órdenes militares, se les degrade de este honor y se les quiten los hábitos; y si tuvieren encomienda, por el mismo hecho vaguen, y se puedan proveer en otros; y esto demás de la pena de alevos y perdimiento de todos sus bienes, establecida por mis abuelos los reyes D. Fernando y Doña Isabel, en la ley precedente, que mando sea observada en todo lo que por esta mi real

pragmática no se hallare innovada. Y aunque por el estatuto que tienen los órdenes militares se pregunta al caballero que recibe el hábito, si ha sido retado y cómo se salvó del reto, porque si lo hubiese sido y no se hubiese salvado, le quitarían el hábito, le echarían de la órden, y le tendrían por infame; declaro que debe entenderse al presente, como se entendió cuando se impuso, y no de otra manera; esto es, que cualquier cristiano que siendo desafiado por algun moro en defensa de la Fé no admitiere el desafio, sea tenido por infame, sin que el referido estatuto sea entendido en otra forma. Y si el desafio ó duelo llegare á tener efecto saliendo los desafiados, ó alguno de ellos al campo ó puesto señalado, aunque no haya riña, muerto ó herida, sean sin remision alguna castigados con pena de muerte, y todos sus bienes confiscados; de los cuales se aplique la tercera parte á hospitales del territorio donde se cometiere el delito: y comenzado el proceso ó causa por este delito con dos testigos de fama, como abajo se dirá, se secuestran los bienes y administran durante ella; y de los frutos se paguen los gastos que se ofreciere hacer, y se dé una recompensa razonable al administrador; quedando tan solamente á los hijos del delincuente el recurso á los jueces de la causa, para que consultádomelo antes, les den lo necesario para su preciso sustento. Y para que lo mandado por esta mi real pragmática sea observado inviolablemente, y evitar que por medios indirectos se ejecuten tales desafíos, declaro, que cualquiera riña que sucediere despues del tiempo, y en otro lugar fuera de poblado, ó en poblado en puesto retirado ó á deshora, en que sobrevinieron las palabras, ó otra cosa que dió motivo á ella, se tenga por desafio, y se castigue como tal, á fin de que no pueda aprovechar el fraude que pudiera haber, afectando que se encontraron de casualidad los que vinieron, y no de caso acordado y convenido; y solo podrá el juez de la causa minorar el rigor de la pena ordinaria, cuando por vehementes conjeturas y presunciones se probare que no ha precedido desafio ó convencion de venir. Y porque el poder y autoridad de los delincuentes, y el recato con que se comete este delito dificultan su probanza y averiguacion, mando, que se pueda probar con testigos singulares, indicios y conjeturas; de manera que las probanzas sean igualmente privilegiadas en este delito que en el de lesa-magestad. Y asimismo mando, que si el delito se probare con dos testigos de fama ó de autoridad, no pudiendo ser habido y preso el reo, si-guiéndose la causa por los términos señalados en las de rebeldía, y dentro de dos meses despues de publicada la sentencia no se presentase en la cárcel, se tenga por convicto irremisiblemente en quanto al perdimiento de sus bienes, sin que para la pena corporal pueda jamás ser oído para su descargo, ni admitido por mis secretarios memorial alguno suyo, ni de otro en su nombre ni en su favor, que no fuere presentándose antes en la cárcel. Todos los que vieren y miraren los desafíos, cuando riñen, y no lo embrazaren, pudiendo ó no fueren luego á dar aviso á la justicia, sean condenados en seis meses de prision y multados en la tercera parte de sus bienes. Y porque los que han tenido algun desafio pueden refugiarse en algunas casas de grandes, nobles ú otras personas de mis reinos, declaro, que todos los que tuvieren refugiados en sus casas, de cualquier estado, grado ó condicion que sean los tales delincuentes, sabiendo que lo son, ó despues de ser pública la noticia del delito, incurran en las penas á que por derecho y leyes de mis reinos son tenidos los receptores de otros delincuentes. Mando á todos los tribunales y justicias, que luego que tuvieren noticia de algun desafio no pierdan tiempo en ejecutar todo lo que por esta mi real pragmática se manda; y cualquier leve descuido que en esto tuvieren sea castigado con la pena de suspension de sus oficios, y inhabilidad de tener

otros por seis años; y si la omisión fuere grave, ó incurrieren en dolo, sean castigados como participantes y cómplices del delito principal. Y porque las justicias ordinarias, así de villas eximidas como de señorío, lugares de órdenes y abadengo, suelen ser omisas en la averiguación de este delito, mezclándose en el punto de honor, por ser parientes de los delincuentes, y concurriendo en el silencio por contemplación ó temor de los poderosos, que son los que suelen atentar este delito; mando á todos mis corregidores que luego que llegue á su noticia que ha habido algun desafío en algun lugar del territorio de su alcabalariorio, pasen al tal lugar, y sin necesitar de tomar el uso, procedan á la averiguación y castigo de los reos, recogiendo los autos que se hubieren hecho por las justicias, sustanciando y determinando la causa en conformidad de lo prevenido en esta pragmática; para todo lo cual les doy comisión en forma, tam ámplia como de derecho se requiere; y les mando me den aviso de su partida, y de todo lo que fueren obrando y resultare en cuanto á la averiguación. Y habiendo mostrado la experiencia que el rigor de las leyes se frustra, porque las justicias ordinarias tetriplan las penas legales, no llegando ni aun las noticias de las causas á los tribunales superiores, por coludir los Promotores fiscales, y por el silencio, pobreza ó apartamiento de los interesados; mando que todas las sentencias que sobre este delito dieren los corregidores, siendo en el distrito de su jurisdicción el desafío, ó en el distrito de las órdenes, ó dentro de las veinte leguas de la corte; las consulten con el Consejo; y siendo en las villas eximidas, lugares de señorío y abadengo, fuera de las veinte leguas, las consulten con las chancillerías y audiencias, y que estas hayan de dar aviso al mi Consejo de lo que en vista de las consultas resolvieren. Y porque algunos por satisfacer con mas libertad á su venganza, se pueden del medio del desafío á otros señalando lugar fuera de mis reinos, ó en las fronteras de ellos, declarar; que estos tales sean tambien comprendidos en esta mi real pragmática, aunque el lugar donde hubieren reñido esté fuera de mis reinos y dominios. Y para que las causas que se hicieren por este delito no se embaracen ni suspendan con pretexto alguno, mando que sean privilegiadas; de manera que si por hallarse preso el delincuente por otro delito y en otro juzgado, ni en virtud de declinatoria de fuero militar, ni de otra cualquiera calidad que sea, no puede impedirse el curso de las causas que se hicieren por este delito, en el cual tampoco ha de haber lugar la prescripción. Y para que no sea necesario poner en ejecución la justa severidad de esta mi real pragmática, exhorto á mis fieles y amados vasallos vivan con la paz, union y concordia necesarias para su conservación, la de sus familias y la del Estado; guardándo entre sí la correspondencia y el respeto que unos deben á otros, segun su calidad y estado; haciendo cada uno lo que pueda para evitar todas las diferencias, contiendas y querellas que puedan dar causa á procedimientos de hecho; en lo cual reconoceré un efecto singular de su obediencia y atención á mis reales órdenes, teniéndolo como lo tengo, por mas conforme á las máximas del verdadero honor, como lo es á las reglas del Evangelio. Y encargo á los grandes, nobles y personas de mayor autoridad en mis reinos, que se apliquen con el mayor cuidado y vigilancia á terminar y componer todas las diferencias y disgustos que sobreviniere entre mis vasallos, para evitar las consecuencias que pueden seguirse y ocasionar que se incurra en el delito que nuevamente se detesta, y queda prohibido por esta mi real pragmática, la cual quiero que tenga fuerza de ley, como si fuese hecha y promulgada en Cortes; y mando sea pregonada en esta y en todas las cabezas de partido, villas y lugares de estos reinos, para que ninguno pueda pretender ignorancia.

DE LOS EFECTOS PÚBLICOS AL PORTADOR.

DEMOSTRACION LEGAL

sobre que no procede la reivindicacion de los efectos publicos al portador, segun el derecho constituido.

A esta grave cuestion ha dado lugar un reciente fallo de la Audiencia de Madrid, y sin embargo de que ha sido decidida en favor de la reivindicacion, y sostenido ó apoyado por los letrados D. Domingo Rivera, en la estensa memoria que ha publicado en la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA (1), y por D. José Gonzalez Serrano en *El Faro nacional*, no quiero dejar de manifestar mi opinion, por ser una de las cuestiones mas importantes y trascendentales al comercio, á los intereses de los particulares, y á los generales de la nacion.

Por grande que sea la reputacion que se han adquirido en el foro los Sres. Serrano y Rivera; por mucho que sea mi respeto hácia las disposiciones de los tribunales, y á pesar de estar prevenida la opinion con los citados escritos, no tengo reparo en emitir la mia de un modo contrario á la de dichos señores.

No se me oculta la desventaja de tener que luchar con letrados de reconocida nombradía, que han hecho un estudio *ex profeso* de una cuestion que han tenido que sostener y discutir minuciosamente ante los Tribunales; mas á pesar de todo cumple á mi deber acudir al campo de una ilustrada y razonada discusion cuando se trata de intereses culminantes, de derechos cuantiosos é importantes, de cuya decision pende no solo la suerte de las familias sino el crédito de la nacion.

Mi opinion, repito, es contraria á la reivindicacion de los títulos al portador. Sin desconocer los principios sentados por aquellos señores, no puedo admitir sus consecuencias de una manera tan lata, de un modo tan estenso, que no admita, segun los casos y segun la clase de valores y operaciones, alguna distincion.

Es cierto, es positivo, está fuera de duda, que la cosa clama por

(1) Véase la pág. 81 de este tomo.

su dueño, y que al que le ha sido robada puede perseguirla, puede reivindicarla del ladrón ó del que la hubiese adquirido, *sabiendo que era robada*. Pero esto tiene sus limitaciones, y por consiguiente no procede en todos los casos, en todas las operaciones, sin escepcion alguna, como se ha querido suponer. Hay casos en que no procede la restitucion de la cosa, aunque no sea legítimo el origen de la posesion, si el poseedor la ha adquirido por un medio legal ignorando el vicio de la cosa.

No se alarmen nuestros lectores; no crean que somos el eco de los compradores de títulos robados. No, nada de eso. Somos escritores independientes é imparciales que venimos aquí á sostener nuestra opinion sin que nos arredren estas calificaciones ni las impugnaciones de ningun género, y en verdad que hubiéramos deseado que su autor las hubiese omitido en una cuestion árdua, de difícil resolucion, en la que caben todas las opiniones y en la que es tan necesaria la discusion.

Los que sostienen la opinion favorable á la reivindicacion de los títulos, parten del principio de que el ladrón ó encubridor del delito jamás puede hacerse dueño de lo adquirido por malos medios. «El que se hallare (dicen) con una cosa ajena, nunca la hará suya, despojando de sus derechos al antiguo propietario. El que comprare, aun que fuera con buena fé, á uno que no era dueño de la cosa «vendida, permutada, etc., no tendria mas derecho que el que se lo «cedió, permutó, ó entregó por cualquier otro concepto.»

Fundados en estas teorías ó en estos principios, es como pretenden sostener que puede y debe tener lugar en todos los casos, sin escepcion la reivindicacion de esta clase de valores. Respetamos esta opinion porque es preciso respetarlas todas en el campo de la discusion. Es verdad que en tésis general no puede prescribirse la cosa que ha sido robada ó forzada, mas es preciso hacer una distincion entre el ladrón ó el poseedor de mala fé, y el que la ha adquirido de buena fé, y por justo título, ignorando el vicio de la cosa.

En cuanto al primero, es cierto que no puede hacerla suya; pero en cuanto al segundo, esto es, al que la ha adquirido de buena fé y con justo título, y que la posee pacíficamente por el término prescrito por la ley, este purga el vicio original y primitivo que afectaba la cosa. De aquí se desprende que no puede reconvenirsele como poseedor de mala fé, ni obligársele á la restitucion de la cosa sin destruir la prescripcion, que es un medio de adquirir un derecho ó de

librarse de una obligación. El que prescribe se asemeja al que paga. El curso del tiempo ordenado por la ley es una especie de moneda que estingue y disuelve las obligaciones. Véase Olye. *Quest. Notabl., lib. 4, cap. 7.*

Esta misma distincion la hallamos dentro del art. 116 del Código penal que se invoca por los sostenedores de la opinion contraria y que despues de haber ordenado la restitucion de la cosa, dice así:

«Esta disposicion no es aplicable en el caso de que el tercero haya prescrito la cosa con arreglo á lo establecido por las leyes civiles.»

Se vé por esta disposicion que los mismos legisladores de aquel Código reconocieron que aunque la cosa hubiese sido forzada ó detentada podia estar exento de la restitucion el que la hubiese prescrito con arreglo á las leyes civiles, lo que necesariamente ha de entenderse con los que la han adquirido con justo título y buena fé.

Véase, pues, como el principio de restitucion ó reivindicacion de los efectos públicos no es tan general y absoluto como se ha sentado, y que tiene sus limitaciones en el mismo Código penal. Por eso hemos dicho antes, que hay casos en que no procede la restitucion de la cosa, aunque sea vicioso el origen de la posesion, y creemos haber demostrado esta proposicion.

Ahora bien; si no procede esta reivindicacion ó restitucion en el caso de prescripcion, si por medio de ella se lava el vicio de la cosa, ¿por qué no puede tambien en algun otro caso, aunque muy raro, depurarse este vicio y eximirse de la restitucion?.....

Desde el momento en que hemos probado que el artículo 116 del Código penal no tiene una aplicacion absoluta y sin limitacion, queda demostrado que no procede la restitucion de la cosa en los casos en que obra la prescripcion con arreglo á las leyes civiles, como dice el mismo artículo.

Si la ley obrara de otro modo, si la aplicacion del citado artículo 116 fuese tan general y absoluta, como se ha querido suponer, no habria ningun caso en que se mirase á los poseedores como propietarios de la cosa ó como libres de la restitucion ó reivindicacion, ni habria términos hábiles para poner un justo y razonable límite á los muchos testigos y causas criminales que se promoverian. El desorden, la incertidumbre y la confusion estarían á la órden del dia.

La prescripcion se considera entre todas las instituciones sociales como la mas necesaria al órden público, y no sin razon ha sido

llamada por los antiguos patrona del género humano, *patrona generis humani*, y fin de los cuidados y ansiedades, *finis sollicitudinum*, á causa de los servicios que hace á la sociedad manteniendo la paz y tranquilidad entre los hombres y cortando gran número de los pleitos.

Si los romanos, si aquellos mismos que sancionaron el sabio principio de que la cosa clama por su dueño, *res ubicumque sit pro sub domino clamat*, se vieron precisados á establecer el principio de prescripción para evitar los muchos cuidados y afanes y un gran número de pleitos á la sociedad, en toda clase de bienes, no ha de haber inconveniente en que se haga extensivo este mismo principio entre nosotros de un modo mas lato y sin limitacion de tiempo para cierta clase de valores.

Como ni los romanos ni D. Alonso el Sábio conocieron los títulos al portador ni las operaciones de la Bolsa, que necesariamente deben hacerse con rapidez y con el asentimiento de la confianza pública, resulta que no dictaron ninguna regla sobre esta clase de operaciones. Pero naturalmente se vé, que si hubiesen llegado á conocerlas, si hubieran tenido esta clase de documentos ó títulos *al portador* hubieran tambien establecido reglas seguras para garantizarlos debidamente y para asegurar en la posesion de los mismos, no al ladron ni al usurpador, porque estos solo merecen reprobacion y castigo, sino al que los hubiese adquirido de buena fé por un título traslativo de dominio. Los legisladores que dictaron leyes para la prescripcion de toda clase de bienes, asi muebles como inmuebles de un modo tan lato, no hubieran dejado por cierto de establecer sólidas garantías á favor de los tenedores de buena fé de esta clase de valores.

Asi es que los legisladores franceses, sin embargo de haber seguido paso á paso la legislacion romana en la formacion del Código de Napoleon, á la que dieron el nombre de razon escrita, establecieron en su artículo 2280 que «si el poseedor actual de la cosa robada ó perdida la hubiese comprado en una feria ó mercado público, ó de un comerciante que la vendiese, en semejantes casos el dueño originario no podrá lograr su recobro, sin que primero entregue al poseedor el precio que le ha costado.»

En otras naciones mas adelantadas que la nuestra en la ciencia económica se persigue al ladron de los títulos al portador hasta los países mas remotos, se le sujeta á las consecuencias de su delito aun-

que trate de ocultarse en los Estados-Unidos; pero no se molesta de ningun modo á los poseedores de dichos títulos.

El Rey D. Fernando VII, deseando imitar la conducta de estas naciones y de aquellos sábios legisladores al establecer en Madrid una Bolsa ó Lonja de negociacion pública, por Real decreto de 10 de setiembre de 1831 y en su artículo 7.º dispuso literalmente lo siguiente:

«Los efectos públicos vendidos en la Bolsa, ya sea que estén emitidos al portador, ó ya lo estén á favor de persona determinada, *no están sujetos á reivindicacion*, y su enajenacion será válida y subsistente, consumado que sea el contrato, *aun cuando el vendedor los poseyese de mala fé*, salva la accion del legítimo propietario contra el mismo vendedor, ú otra persona que tenga responsabilidad legal en los actos en que haya sido desposeido de los efectos ó defraudada su propiedad.»

Esta disposicion es altamente sábia y benéfica, porque sin esta garantía para los adquirentes de los efectos públicos, estos no podrian subsistir en la rigurosa acepcion de la palabra. Estos títulos acreditan la persona del tenedor; por eso se dicen *al portador*, porque han de pagarse, no á la orden ó por endoso de determinada persona, sino al que los tiene en su poder. Asi es que no debe para el pago de los mismos exigirse justificacion alguna de la identidad de la persona del portador. La posesion presume el dominio. *Possessor, ergo dominus*.

Cuando la ley nos concede un derecho, nos concede tambien, al menos tácitamente y por vía de consecuencia, todo lo que es necesario para ejercerlo, aun cuando esto no se haya explicado, porque no puede querer el fin sin querer tambien los medios de llegar á él, *fine concesso, concessa intelliguntur media*.

Hay sin embargo una persona responsable de esta clase de operaciones que se hacen en la Bolsa, y esta persona es el agente ó el corredor que interviene en la operacion ó en el traspaso de los títulos.

Este agente, como que es el responsable de la operacion, tiene buen cuidado de tomar todas las noticias que estime necesarias ó convenientes para cerciorarse de la procedencia y legitimidad de aquella clase de valores y de las demás circunstancias del vendedor.

«Ningun agente de crédito (como dice el Sr. Gonzalez Serrano) se lanza á intervenir en una operacion que le ofrezca el primer des-

«conocido, porque su obligacion es saber bien quien presenta la mercadería y la garantiza, asi como todo Escribano dá fé de conocer á los contrayentes: y los ajeates de Bolsa no son otra cosa que depositarios de la fé pública en las operaciones bursátiles.»

Véase, pues, como segun las mismas teorías, segun los mismos principios sentados por nuestros adversarios, no podrá ocurrir el caso de quedar estafado ó defraudado en sus intereses el que ha tenido la desgracia de ser robado ó desposeido ilegalmente de aquellos títulos, aunque se admita el principio de la no reivindicacion, porque hay un ajeate que debe dar razon de la persona del vendedor si han sido vendidos en la Bolsa con las formalidades prescritas por las leyes de la misma, que es en el único caso en que de absoluta conformidad con el citado Real decreto entendemos que no procede la reivindicacion de los efectos públicos, porque hay quien garantiza la operacion.

La disposicion del citado artículo es sabia, benéfica y previsora, porque sin lastimar los derechos de la persona que ha sido robada ó desposeida de aquellos valores, dá á los compradores todas las garantías que son convenientes para inspirarles la confianza, tan necesaria en esta clase de operaciones, de que no serán desposeidos de ningun modo de los valores que de esta suerte adquieren al amparo de la ley y con la intervencion de uno de los ajeates responsables.

Por eso entendemos, que aunque pudiese ofrecer alguna duda si el citado Real decreto, que es una ley del reino, ha sido derogado por otro posterior, aunque, en fin, se le considerase derogado por una regla de sabia y benéfica interpretacion y por disposicion expresa y terminante de nuestra legislacion, debe aplicarse en la cuestion que nos ocupa el citado artículo 7.º de la citada ley de 1834 recopilada en la coleccion oficial de Decretos, tomo 16, pág. 275, con preferencia al derecho romano que citan nuestros adversarios, segun la terminante expresion de la nota segunda, tít. 2, lib. 3.º de la Novisima Recopilacion, que dice, que se observen las leyes pátrias con preferencia al derecho romano y canónico, aunque no estén en dicho Código; y que si en la Recopilacion se encuentra alguna ley ó pragmática suspendida ó derogada, se haga aplicacion de la misma, cuando ocurra alguna duda sin que haya ley clara que la decida.

Las leyes deben proteger siempre los intereses creados por las mismas. Si por ellas existen los títulos al portador, que, como he-

mos dicho, no se conocieron en tiempo de los romanos, necesario es que se garanticen los trasportes y las operaciones que se hagan al amparo y según las reglas establecidas por estas mismas leyes; y que el que así los adquiriera tenga una seguridad, una confianza absoluta de que no podrá nunca llegar el caso de ser desposeído. Sin esta confianza, sin esta seguridad no pueden subsistir los títulos al portador, y es necesario entonces que se abroguen ó que se dé á sus tenedores esta garantía.

Es preciso convencerse de que estos títulos y las operaciones de Bolsa se rigen por una legislación especial á la que deben su existencia y su origen, y que esta legislación es muy distinta del derecho romano y del Código penal, que han sido dictados para los negocios comunes y generales, muy distintos por cierto de los del comercio y de la Bolsa.

Por consiguiente, en esta misma legislación debemos buscar la solución del negocio que nos ocupa, sin recurrir al derecho civil ni al penal que no se han ocupado de operaciones bursátiles ni comerciales, cuando han sido hechas con arreglo á las leyes de la Bolsa.

Así es, que las cuestiones promovidas y que se promuevan en los Juzgados y Tribunales sobre esta clase de valores ó documentos al portador, han de resolverse, no por las leyes del derecho romano, no por los artículos del Código penal, sino con arreglo á lo prescrito por el Código de Comercio y por la legislación especial de la Bolsa.

Ni en aquel Código, ni en esta legislación, que se dice vigente, se han dictado reglas sobre la reivindicación de los títulos al portador. Por la misma razón de que no pueden reivindicarse cuando han sido adquiridos legítimamente, la ley ha guardado también silencio sobre la prescripción de los efectos públicos, ni se ha previsto el caso que ha venido á ocupar la atención del público y de los Tribunales; luego en este y en los demás que ocurran de igual naturaleza debe hacerse aplicación del citado artículo 7 de la ley de 10 de setiembre de 1834, aun en la hipótesis de considerarse derogada esta ley.

La ley tiene fuerza perpétua, mientras no se derogue. *Ley 11, tit. 2, lib. 3.º de la Nov. Rec.* Puede derogarse expresa ó tácitamente: se deroga expresamente, cuando es abolida ó revocada por otra ley en términos formales: se deroga tácitamente cuando se establece una nueva ley que, sin revocar ó anular testualmente la antigua,

contiene disposiciones incompatibles con ella, siendo de observar que en este caso no quedan abrogadas otras disposiciones que las que son positivamente incompatibles con la nueva ley, segun el principio *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*, ley 28, Dig. de legibus.

El citado Real decreto de 10 de setiembre de 1831, que es una verdadera ley del reino, no ha sido derogado por lo que respecta al artículo 7.º ni espresa ni tácitamente. No ha sido derogado espresamente, por el artículo adicional de la ley provisional en que pretenden apoyarse nuestros adversarios, porque este artículo solo deroga *cualesquiera disposiciones en contrario*, ó que sean contrarias á la citada ley provisional; y el mentado artículo 7.º no le es contrario, puesto que nada se dispone por dicha ley sobre la reivindicacion de los valores al portador. Menos lo ha sido por la ley provisional de 3 de abril de 1846 que siguió el espíritu del citado Real decreto de 1831, como lo reconocen nuestros adversarios. Ni esta ley ni otra alguna de Bolsa contiene ninguna disposicion incompatible con dicho artículo, y por consiguiente no ha sido derogado tácita ni espresamente, segun la citada ley del Digesto.

Por el contrario debe considerarse vigente el mentado artículo, no solo por las razones espuestas, si que tambien por lo dispuesto en el Real decreto de 8 de febrero de 1834, que tuvo por principal objeto «despojar á las operaciones de la Bolsa de toda formalidad, que sobre inútil las dificulta y retarda, restableciendo (dice) en las operaciones al contado la sencillez que tenian por la legislacion de 1831.»

En presencia de esta manifestacion, que contiene la esposicion de este Real decreto, nadie podrá negar las tendencias á restablecer, ó por lo menos á considerarse vigente por S. M. todo cuanto puede facilitar la sencillez y las operaciones de la Bolsa, segun la citada legislacion de 1831; de modo que, lejos de haber sido derogado, puede muy bien sostenerse que fué considerado en su fuerza y vigor el artículo 7.º del Real decreto de 1831, por cuanto no puede dudarse que facilita poderosamente esta clase de operaciones, que es el objeto que se propuso la ley, por la grande confianza que inspira á los que adquieren en la Bolsa los espresados valores ó títulos al portador.

El mismo poder que han establecido las leyes es el solo que puede destruirlas. *Ejus est tollere legem, cujus est condere*. De esto se

sigue, que la ley de 1831, promulgada por el rey D. Fernando VII, como supremo imperante, no ha podido tampoco destruirse sin la concurrencia del poder legislativo, ó sin una ley hecha en Córtes. La potestad de hacer las leyes reside en las Córtes con el rey, segun la Constitucion de la Monarquía española. No es justo, legal ni conveniente reconocer esta teoría constitucional y negar sus consecuencias. Si los cuerpos colegisladores han aprobado alguno de los decretos emanados del poder ejecutivo, no lo han hecho con los de que se trata, y por lo tanto no puede por ellos ser derogado el de 10 de setiembre orgánico de la Bolsa, que tiene el carácter y fuerza de ley y que se ha de considerar vigente, señaladamente en todo lo que no está en oposicion con aquellas resoluciones, sin que por eso se eche por tierra parte alguna de la legislacion, porque dificilmente volverá á presentarse un caso de igual naturaleza. Pero si esto pudiese llegar á ser un mal, mil veces peores y mas trascendentales serian las funestas consecuencias que se seguirian de los principios sentados por nuestros adversarios.

Además de la citada ley orgánica de la Bolsa hay la Real órden de 4 de marzo de 1841, por la que se determina «que cese el perjudicial sistema de obligar á los tenedores de los títulos y demás documentos de la deuda pública á responder de su procedencia, y los equipara á la moneda.»

Resulta, en fin, por legítima consecuencia de todo lo dicho, que ha de canonizarse el principio sostenido por los Sres. Weisweiler y Bawer, de que los títulos comprados en Bolsa con las solemnidades de la ley, no pueden ser reivindicados por sus dueños, aunque estos efectos hubiesen sido robados, salva la accion que compete á los dueños originarios contra el vendedor ú otra persona que tenga responsabilidad legal en los actos con que haya sido desposeido de los efectos, ó defraudada su propiedad, con arreglo á lo prescrito por el artículo 7.º del citado Real decreto de 10 de setiembre de 1831.

La cuestion es sumamente grave y difícil, y abrigamos la conviccion de que el Gobierno de S. M., se apresurará á dictar una disposicion que ponga término á estos conflictos.

Antes de concluir esta memoria debo protestar que no es mi ánimo ofender en lo mas mínimo al respetable Tribunal que ha fallado sobre esta árdua cuestion, ni mucho menos el que se dejen impunes los delitos de robo, hurto, sustraccion, estafa y demás que puedan cometerse con los dueños ó propietarios de títulos al portador y de-

más documentos de igual naturaleza. Procédase por los Tribunales de justicia con la más esquisita vigilancia y con todo el rigor de la ley contra los autores, cómplices y encubridores de estos delitos; pero respétese la seguridad individual y la propiedad de los que los han adquirido en la Bolsa con las solemnidades de la ley.

Si así no se hace, si no se respeta esta propiedad legítimamente adquirida, no solo sufrirá el crédito de la nación y los intereses de los particulares, sino que con la mayor facilidad podrán fingirse robos de esta clase de valores que tengan todas las apariencias de realidad y que vendrán á arrebatarse los intereses y la fortuna de las familias, á difundir el pánico y á sembrar la desconfianza en la Bolsa, en España y en el extranjero. Por eso opinamos, que atendido lo muy controvertida que ha sido esta cuestión, á la jurisprudencia vária ó poco uniforme de los Tribunales y á la gravedad y trascendencia del negocio, que es sin disputa uno de los más importantes de la nación, el Gobierno de S. M. está en el deber de dictar por Real decreto una resolución capaz de mantener el crédito público, la confianza de los particulares en los efectos públicos, y de poner término á tantos conflictos.

Es preciso inspirar confianza á los adquirentes de esta clase de valores si queremos que se mantenga el crédito y la confianza en los títulos al portador, que es el alma del comercio y la prosperidad de las naciones. Es preciso, en fin, que se haga aplicación del citado artículo, ó que desaparezcan los títulos al portador y demás efectos públicos. Imitemos al Banco de Barcelona, que habiéndose presentado no hace mucho tiempo un comerciante para que suspendiese el pago de un talón, que decía habersele estraviado, según un aviso inserto en el *Diario* de esta ciudad, que presentaba, no quiso suspender el pago de dicho talón por ser un documento *al portador* y por creer fundadamente que esto podría afectar el crédito de que justamente goza aquel establecimiento. Esto está conforme con la resolución tomada por el Banco de España, que se vió precisado, no ha mucho tiempo, á pasar una circular al comercio, asegurando que no solo pagaría al portador ciertos billetes, *mandados retener judicialmente, sino que ofrecía además no descubrir al que los presentase.*

Los Tribunales, y hasta el mismo interesado, han considerado al Banco de Barcelona exento de responsabilidad, y libres han de ser, también de ella los que adquirieron el talón en pago de alguna deu-

da ó de alguna legítima operacion al amparo de las leyes, con tanta más razon, cuanto que por el Banco ha sido ya retirado y cancelado el talon que pudo haber sido objeto de reivindicacion. Ha desaparecido la cosa y no cabe por lo tanto el principio que quisieran aplicar nuestros adversarios, de que esta clama por su dueño.

Sin faltar á las consideraciones que se merecen los que sostienen la reivindicacion de los títulos al portador, creemos que esta no procede en los casos que se han enumerado. Los hombres desapasionados, imparciales y de recto sentir juzgarán de si hemos conseguido el objeto que nos hemos propuesto, y de todos modos estamos convencidos de haber hecho un servicio á la ciencia con esta discusion, que es el único fin que nos hemos propuesto.

Francisco de Pou.

DE LA DOTE (1).

Al hablar de una mujer preguntaban nuestros abuelos ¿es honrada?
Nuestros padres solian ya preguntar ¿es hermosa?
Nuestros jóvenes de la actualidad preguntan simplemente ¿es rica?
(Severo Catalina. LA MUJER.)

EXCMO. É ILMO. SEÑOR.

Enlazada siempre la dote, bajo sus diversas formas, al acto generador de la familia, y siendo esta la mas antigua y veneranda de nuestras sociedades, es de gran importancia discurrir, como tendré la honra de intentar en este discurso, sobre si las dotes fomentan el matrimonio ó deberían abolirse para que el interés no tuviera ninguna parte en este negocio de puro amor.

La maestra de la vida, recuerdo de lo pasado, luz del presente y faro en el porvenir, nos debe guiar á través de las tinieblas y aun del error á la investigacion de la verdad, patentizando que la dote ha sido siempre la espresion fiel del estado social de la mujer.

(1) Discurso leído en la Universidad Central por D. Manuel Danvila y Collado, Abogado de los Tribunales del Reino, en el acto de recibir la investidura del grado de Doctor en la facultad de derecho.

En aquellos pueblos donde las generaciones repetían « por la mujer estamos todos condenados á morir » (1) el hombre según las elocuentes palabras del abate Gaume (2) era el ejecutor desapiadado y á veces injusto del anatema primitivo. Solo así se comprende el estado de perpétua esclavitud en que vivió la mujer hasta su regeneración por el Cristianismo.

Consecuencia natural de tan infeliz condición es el rapto de aquella castigado cruelmente por el legislador, y considerado en las primitivas sociedades como único medio de unión entre los dos sexos. Por fortuna abriéndose paso la civilización entre tan bárbaras costumbres, el rapto fué sustituido por la compra. Catorce años de servicios son el precio de Raquel y Lia, que al abandonar la casa de su padre se quejan de haber sido vendidas como extrañas (3).

En medio de todo resalta la meralidad de la familia judía por la forma de la dote. El marido la concede á la mujer como premio de sus virtudes. Zarcillos de oro y brazaletes del peso de diez sí-clos (4) recompensan las virtudes de Rebeca, y estas larguezas atravesando los siglos, subsisten y se consideran como arras ó prendas de futuro desposorio. No sin razón ha dicho un esclarecido ingenio (5), que la familia judía, y aun la nación, se hallaba en un estado intermedio entre la degradación pagana y la regeneración evangélica, hasta que el mütuo repudio atacando por su base la constitución de la familia, vino á degradarla por completo.

¿Y cuáles fueran sus fatales consecuencias? Vergüenza causa recordarla. El hombre, como en Babilonia y otros pueblos del Asia, trocando á la *carne de su carne* en vil instrumento de placer, la espuso en el mercado público. El precio de las hermosas sirvió para dotar á las menos agraciadas. Mas aún, si los esposos lo deseaban, el lazo conyugal quedaba disuelto en el acto con la restitución de la dote (6), pues según Hesodoto, esta no era mas que el precio del cuerpo de la mujer.

Inútilmente buscaremos la dote, como institución social en Grecia. Licurgo teniendo solo por objeto dar al Estado muchos y vigo-

(1) *Ecles.* XXV.—33.

(2) *Histoire de la famille*, lib. I, cap. 4.

(3) *Génesis*, XXXI.—15.

(4) *Génesis*, XXIV.—22.

(5) Gaume, lib. I, cap. 2.

(6) César Cantú, lib. I, cap. 2.

rosos ciudadanos, obligaba al esposo á rubiar á la mujer con quien deseaba enlazarse (1), y hasta las nuevas leyes del Eforo Epitades, fueron desconocidas las dotes (2). El esposo adquiría sus dadas á la esposa; señalábase entonces á la mujer una dote en proporción de la fortuna de su familia, y en caso de adulterio, se restituía lo dado por el marido á su mujer.

La patria de Pericles y Platón entregaba á aquella al mas completo oprobio. Aristóteles asegura (3) que los griegos compraban las mujeres, sobre las cuales ejercían una autoridad sin límites; añadiendo que entre los bárbaros eran iguales á los esclavos. Solon obligaba á la heredera á casarse con su pariente mas próximo. Y el adulterio quedó formalmente autorizado (4). La historia de Sócrates, á quien se presenta como modelo de ciudadanos honrados, atestigua que lo mismo sucedía con la poligamia. En ciertos casos el legislador permitía el tráfico mas vergonzoso; la sensualidad era consagrada por el ejemplo de los sábios (5).

Los romanos, para quienes la familia se estrechaba no con los lazos de la sangre, sino con los del poder, consideraban á la esposa como una hija sujeta á la perpétua tutela de su marido: tutela que pasaba á los agnados ó á un tutor testamentario (6).

La compra ó coacción, fué la primitiva forma del matrimonio en Roma, como lo fué en todos los pueblos de la antigüedad (7). Allí no podia conocerse la dote.

Numa al modificar la condicion de la mujer, estableció el matrimonio por dote cuya nueva forma era la consecuencia del derecho de adquirir que reconocia en la mujer. De esta disposicion nació el título *matres de familia* á las mujeres compradas por sus maridos (8) y *esposas ó matronas* á las que traían una dote (9).

Buscáronse desde entonces las dotes, no las esposas, y Paulo retrataba el carácter de la época al decir: *importa sobremanera al*

(1) *Vida de Licurgo*, traduc. de Amyot, pág. 31.

(2) Moron, *Historia de la civiltad*, lec. 2.^a

(3) *Polít.*, lib. 2, cap. 8.

(4) *Platarch, in Solon*, pág. 56.

(5) Gaume, lib. 1, cap. 5.

(6) Dionys. Halicarn. lib. 2. — Gellius, lib. XVIII, cap. 6.

(7) Génes. XXXI, 14; Aellian. *Hist. Var.* lib. IV. c. 1. *Novel.* XXXI.

Tácito, *De Morib. Germ.* c. 18.

(8) *Beet. comm. ad Topic. cicer.* lib. 2. Gellius, lib. XVIII, pág. 616.

(9) *Plaut. Trim. act. V. esc. II, vers. 39.*

bien de la República, que las hijas conserven cuidadosamente su dote, porque es la única condición que les asegura el matrimonio.»

(1) Confinábase el mismo Ciceron, autor *De los deberes*, repudiando á Terencia despues de treinta años de matrimonio, para adquirir una nueva dote con que pagar sus deudas, casándose espresamente con la impúdica Fannia. Repudióla despues para guardarse su dote, y esta infamia tuvo no pocos imitadores (2).

En mal hora pensaron los Romanos buscar leyes morales en Grecia. Este pueblo, cuna de la civilizadion, socavó los cimientos de la sociedad doméstica, al establecer el derecho del mas fuerte como ley suprema de la familia. Por ello al reconocer y sancionar una ley de las Doce tablas (3) el matrimonio por uso, estableció una nueva forma de contrato matrimonial de funestas consecuencias. Despues se completó el envilecimiento de la mujer, privada ya con la ley Voconia de los derechos concedidos por Numa, cuando las victorias de los hijos del Lacio, corrompiendo las costumbres, ocasionaron las leyes Julia y Papia Poppea, que hacian obligatorio el matrimonio y la multiplicacion de los ciudadanos. (4)

La máxima *Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (5) justifica que desde la época citada, la dote fué una institucion de interés público. Ella no sirvió mas que de fácil medio para acclerar la decadencia de aquel pueblo, en otro tiempo señor del mundo. Los nombres de las Poppeas, Julias, Mesalinas, Berenices y Faustinas, mancharán siempre la historia de aquella época.

Muy distinta de lo que habia sido en Asia, en Grecia y en Roma, fué entre los Germanos la condición de la mujer. Respetaban en ella la igualdad de naturaleza; y veneraban aquel ardor de sentimiento que las aproxima á seres superiores. Seguian á los hombres en la guerra, escitando su valor, combatiendo algunas veces con ellos y curando á los heridos. Lejos de llevar la mujer dote al marido, éste compraba su beneplácito á costa de ciertos donativos, que frecuentemente consistian en un par de bueyes, un caballo con su

(1) Lib. 11 de *jure dot.*

(2) Plutarco.—*Vida de Mario*.

(3) *Tab.* 5.

(4) *Lex. Pap. Pop.* art. 31, *Dio.* lib. 54, pág. 531.

(5) *Dig.* 23, 3, 2 l. Ulp.

armés, una lanza y un escudo. En cambio daba la esposa una armadura completa, símbolo de la comunidad de bienes y fatigas (1).

Entre los longobardos, el *mondwald* vendía la mujer al marido, quien por este medio se constituía su heredero, y se aprovechaba además de las multas impuestas á aquellos de quienes recibía una ofensa. No existía allí, propiamente dicho, ninguna dote, pero el *faderfium*, que era lo que el padre daba á la esposa segun su voluntad, para que no alegase derecho á la herencia; el *mosum* ó sea el don libre que hacia el marido á su futura antes de contraer matrimonio, y el *morghengebium* ó don de la mañana, hacian las veces de la dote (2).

La ley de los borgoñones disponia (3) que si alguno despedía á su mujer sin motivo, la habia de entregar una suma igual á la que habia pagado por poseerla. Y Teodorico, rey de Italia, al dar su hija en matrimonio á Hermanfrido, rey de los Turingios, le escribía: «Os avisamos que con vuestros embajadores hemos recibido por esta cosa inapreciable, segun costumbre de los Gentiles, el precio que nos habeis enviado, á saber, caballos con arneses de plata como conviene á semejante matrimonio (4).»

El pueblo Germano, pues, elevando la mujer hasta la idolatría y el delirio, preparaba la humanidad á la civilizacion cristiana. Facilitó á la mujer su emancipacion y al hombre su desarrollo moral é intelectual.

España siguió la misma senda. Segun Estrabon la compra de la mujer estuvo en uso entre sus primeros moradores (5). Despues, entre los cántabros, el marido la dotaba; mas cuando la Peninsula fué invadida por los romanos, se estableció la ley contraria (6), esto es, que la mujer dotase al marido. Los Germanos restablecieron el uso cántabro, pues segun Tácito (7) éste dotaba á aquella, y los padres y parientes autorizaban los regalos que la esposa recibia del esposo.

Tal fué la tristísima historia de la dote en el mundo antiguo; y

- (1) Tácit. *De mor Germ.*
- (2) César Cantú, lib. 12, cap. 15.
- (3) Tit. 43.
- (4) Casiodoro. *Var.* 4, 1.
- (5) Lib. 3, pág. 114.
- (6) *Cód. Theod.*, lib. 2, tit. 15.
- (7) *De mor. Germ.*, núm. 18.

por ella se comprende la condicion de la mujer pagana en los pueblos primitivos. Desconocida su verdadera mision; considerada como cosa, y menospreciados los altos designios de la creacion, la dote no fué mas que el precio del cuerpo de la compañera inseparable del hombre. Faltando á la familia la unidad que nace del mútuo afecto, quedó autorizado como dogma sobre la esposicion y la muerte del hijo. Desconocidos los lazos que debian transformar el matrimonio en manantial de felicidad, y puestos en olvido los deberes entre padres é hijos, no era posible que la dote fuese como lo fué despues y como debe serlo siempre: medio de independenciam para la mujer, y garantia del cumplimiento de las inescusables obligaciones del matrimonio.

El Cristianismo, regenerando la familia; restituyendo al hombre la idea y el sentimiento de su dignidad; dando á la mujer un santo modelo de obediente hija, tierna madre y amante esposa, preparó la sociedad doméstica á un nuevo estado, como introduccion á la reforma de todas las instituciones.

Reclamada la indisolubilidad de la alianza conyugal, la mujer pasó de esclava á noble compañera del hombre. El apoyo, la proteccion mútua reemplazaron á la tiranía del marido. La esclavitud del hijo se trocó en sumision filial, la crueldad del padre en autoridad dulce y cariñosa. La madre no puede ya ser separada de aquel á quien dió la vida, que á su vez la obedece, respeta y honra. En resumen, todos los individuos de una familia forman, gracias al matrimonio, un lazo santo de mútuo amor y consideracion recíproca.

Regenerada la sociedad doméstica, debia serlo tambien la dote, como otra de las instituciones sociales que tienen con ella inmediata relacion. Sabido es el cambio que la legislacion sufrió en tiempo de Constantino, al restablecer la indisolubilidad del lazo conyugal, al permitir las segundas nupcias, al derogar la célebre ley Voconia, y por fin al comenzar una reforma terminada despues por Justiniano,

Reconocida por éste y sancionada como ley (1) la obligacion en el padre y la madre de alimentar á sus hijos, y repetido este precepto por Valentiniano, Valente y Graciano (2), quedó consignada la verdadera razon de la dote. No era ya posible la duda, y consi-

(1) *Cod. Theod.*, ley 1.

(2) *Dat. IV. Non. Mart.* 374.

derada como obligacion en el padre, vino á repetirse en la legislacion de los pueblos cristianos.

Así el matrimonio libre, dió entre los romanos origen á una nueva especie de dote, *dos*, bajo cuya denominacion se entendia todo lo que llevaba la mujer, *res uxoria*, para soportar las cargas del matrimonio, *ad ferenda matrimonii onera*. Se constituía por donacion irrevocable de la esposa al esposo con el espresado objeto, y Augusto y Justiniano garantizaron en la mujer, el uno, el dominio de los bienes dotales, y el otro, la obligacion en el padre de dotar á su hija (1).

En este estado encontraron los autores del inmortal Código de las Partidas la dote romana, mucho mas social y perfecta que la gótica. Segun el Fuero Juzgo (2) el marido venia obligado á constituir la dote, considerada como precio del cuerpo de la mujer y circunstancia precisa en los matrimonios de los nobles. *Ne sine dote conjugium fiat*.

Estas disposiciones que habian de conservarse en los montes de Asturias á través de la invasion agarena, sirvieron de base á nuestra legislacion sobre la dote, y fueron, no solo respetadas, si que admitidas por el derecho foral en Aragon, Cataluña, Castilla y Leon, y por el Fuero Real en tiempo de D. Alfonso el Sábio. Formáronse luego las Partidas é importando la dote romana, cambiaron radicalmente este punto tan importante del derecho civil, colocando, segun feliz espresion de un escritor contemporáneo (3), al lado de la dote romana, la gótica y las arras castellanas que habian nacido despues del Fuero Real.

Admitiéronla como «el algo que dá la mujer al marido por razon de casamiento (4)» y sancionaron como obligacion la del padre, la del abuelo y la de la madre en caso de heregía (5). Las leyes de Toro aclararon algunas dudas á que habia dado lugar la legislacion de las Partidas, y la Novísima Recopilacion concluyó disponiendo que las dotes debian considerarse inoficiosas en la parte en que excediesen de la legítima de los hijos (6).

(1) *Lex Julia de adulteriis et de fundo dotale*; Cod. 5, 13. Const. 4, párr. 6 y 13.

(2) *Forum judicum*, tít. 1.º, 3.º y 4.º, lib. 3.º

(3) Cárdenas, *Dro. moderno*.

(4) Ley 1, tít. 11, Part. 4.ª

(5) Leyes 8 y 9, dicho tít. y Part.

(6) Leyes 3 y 6, tít. 3, lib. 10.

Esta dote, que con alguna propiedad podemos llamar cristiana, en contraposición á la de los pueblos primitivos, tiene por verdadero objeto contribuir al cumplimiento de las inescusables obligaciones del matrimonio, mantener hasta cierto punto la independencia de la mujer y simbolizar la comunidad de afectos é intereses. No es extraño, pues, que bajo su triple aspecto haya merecido en el mundo civilizado la atención del legislador.

Además la dote, como deber en el padre, es el complemento de la obligación natural de alimentar á los que dió el ser, en cualquier condición de la vida en que no se basten á sí mismos. Abolirla sería borrar por una parte los nobles sentimientos de la naturaleza, y hacer por otra mas dificultosa y pesada la posición del jefe y cabeza de la familia.

Los autores del proyecto del Código civil, comprendiendo que la dote no debe considerarse como cargo de la patria potestad, sino del matrimonio, como lo es la de dar alimentos y educación á los hijos, han introducido la novedad de estender á la madre la obligación de dotar á las hijas, y de eximir de ella en todo caso al abuelo (1). De esta manera corrigen uno de los defectos mas notables de la legislación civil española, y evitan las dudas sobre la razón filosófica de la constitución dotal, inevitables hoy con la incierta disposición de una ley de Partida.

Si tal es el fundamento y el objeto de la institución de la dote, no será aventurado decir, que no perdiendo su carácter eminentemente social, en términos generales, será un estímulo para la celebración del matrimonio. Así vendrá á ser un medio de cumplir las obligaciones inherentes á tan augusta unión y atender al cuidado y desarrollo de los hijos, para que algun día puedan ser útiles á su patria.

Si la dote goza de tan buen cimiento en el terreno legal ¿puede fundadamente combatirse en el filosófico?

¿Debería abolirse para que el interés no tuviera ninguna participación en este negocio de puro amor?

Examinémoslo.

En el matrimonio deben distinguirse cuidadosamente los móviles que impelen á celebrarlo. Puede serlo el amor, ó éste y el inte-

(1) Art. 1269.

rés laudable de cumplir los deberes inherentes á la union conyugal, ó únicamente la codicia.

No sin razon ha dicho un ingenio esclarecido, que la historia del matrimonio y de la mujer forma la de los verdaderos progresos de la humanidad, ó como si dijéramos, acompañan paso á paso la marcha del cristianismo. Si el esposo y la esposa, segun Chateaubriand, viven y mueren y renacen juntos; crian á la par los frutos queridos de su union; á la par se reducen al primitivo polvo, y unidos vuelven á hallarse por fin mas allá de los límites del sepulcro, no hay duda que el amor debe ser la base de todo consorcio. Dios estableció esta verdad cual otro de sus divinos preceptos, y galante, caballeresco, sublime ó santo, siempre el amor, dice un filósofo (1), viene á ser tan puro y tan arraigado, que sobre él, como sobre pedestal magnífico, se alza el sentimiento noble del mas noble patriotismo.

Mas no; no puede ser el amor el único móvil de una union perpétua como lo es la del matrimonio. Un célebre economista ha dicho: «el hombre que se ha casado sin tener la esperanza de mantener la familia, debe ser abandonado á sí mismo; su accion es inmoral, y la miseria es el castigo natural y justo (2).» Y tan terribles palabras se han consignado tal vez para hacer comprender, que el hombre no debe caminar al matrimonio sin mas esperanza que su afecto, y sin otro porvenir para cumplir sus deberes que el amor. La creacion de una familia lleva consigo atenciones inescusables que no se satisfacen solo con afecto, y un matrimonio sin otra esperanza, vendria indudablemente á aumentar el número de los desgraciados. Creer lo contrario y pedir en términos absolutos la abolicion de la dote para que el interés no tenga ninguna parte en este negocio de puro amor, es una idea propia de la exaltada imaginacion del poeta, pero no digna del legislador ni del filósofo, llamados á juzgar de los hechos por su influencia en el órden social.

Cierto es que la mujer nació para amar y ser amada, y que, acostubrándola al verdadero amor, se la fortifica contra las pasiones corruptoras que usurpan su nombre; pero tambien es una triste verdad, que la actual educacion de la mujer no llena su verdadero objeto. Ocultándola cuanto el amor tiene de bello, de profundo y hasta de sublime, se lo miente mas perfecto y mas puro, cuanto mas

(1) Catalina; *La Mujer*.

(2) Malthus.

seduce los sentidos. Por esto no comprende que el amor en su pureza, como dice Madama Trembika, es la piedra de toque de la perfeccion moral. El amor, pues, será la mas segura prenda de ventura en la sociedad doméstica, cuando lejos de ser el producto del ócio ó la satisfacion del amor propio, tenga su origen en las buenas cualidades del corazon y en los encantos del talento.

En nuestra actual sociedad se advierte con dolor lo contrario, por no haberse conservado la familia en el grado de perfeccion y felicidad á que la elevó el Cristianismo. El gran cisma de Occidente corrompió la antigua fé, á pesar del concilio de Constanza y de los esfuerzos de tan eminentes varones como San Vicente Ferrer y Francisco Javier, y la caída de la antigua capital del imperio bizantino, en medio de sus adelantos, importó de nuevo el triste recuerdo de las costumbres paganas. Por otra parte, el pretendido reformador de la Iglesia despojó de toda su dignidad al acto augusto que une los esposos santificándolos, y relajó el vínculo fundamental de la sociedad doméstica. Declamando contra las leyes protectoras de la mujer, destruyó su dignidad, volviéndola á los aciagos tiempos del Paganismo. Algunos escritores de la llamada escuela filosófica del siglo XVIII completaron cuadro tan desconsolador, enseñando á la mujer (1) que el pudor no era mas que una cualidad propia de la buena educacion; que la castidad y la continencia son virtudes que para nada aprovechan (2); que la conducta de las mujeres libertinas es muy útil al público (3), y otras infames paradojas indignas de ser transcritas.

Este desbordamiento social, contenido en España por la hábil política de Felipe II y el piadoso celo de Santa Teresa, habia de trascender á las instituciones relacionadas con la familia. El matrimonio no era, ni es hoy para la mayor parte de los hombres, mas que un innoble comercio. La dote, desposeida de todos sus caracteres primitivos, no llena el fin social de su institucion. Para unir la mujer al hombre, segun el abate Gaume (4), no se consulta ni su aptitud ni su inclinacion; no se cuida de averiguar si reune las condiciones exigidas por la religion y la sociedad para ser

(1) *Las costumbres*, 2.^a parte, cap. 1, art. 3.

(2) *Cartas Persianas*, 113.

(3) *Del hombre*, tom. 2, secc. 8, cap. 18.

(4) *Histoire de la famille*, lib. I.

una esposa fiel: se cuida menos aun de saber si el esposo que se la destina posee las cualidades necesarias para hacerla feliz. Su casamiento es un tráfico en que no pocas veces se fija menos la atención que en cualquiera otra especulación mercantil. El interés personal de los padres queda satisfecho: hay una carga menos que sufrir. Sin embargo, ¿quién puede olvidar aquellas sublimes palabras? «*Filice tibi sunt? Serva corpus illarum et non ostendas hilarem faciem tuam ad illas. Trade filiam, et grande opus feceris, et homini sensato da illam* (1).»

Allí, pues, donde la codicia sea el único móvil del matrimonio y se haya fingido amor, imposible será encontrar el germen de la felicidad. Allí donde el hombre ó la mujer, consumidos por la fiebre de los goces materiales, consideren el matrimonio como medio de enriquecerse, como un cálculo, como una compra venta; allí, como elegantemente demuestra Lamennais (2), no puede esperarse mas que el adulterio ó la desesperacion.

La abolicion de la dote no evitaría tan funestas consecuencias, si al mismo tiempo el legislador no colocara á la mujer en estado de ganar en virtudes lo que perdía en bienes y en independencia.

Con la abolicion de la dote no renacerian la paz, la confianza mútua, la autoridad del padre y la reverencia de los hijos. Cuando se turba tan dulce armonía, es que se hallan trastornadas las leyes primarias de la naturaleza, y se presenta necesario reconstituir la familia.

Para conseguirlo es indispensable comenzar por hacer comprender á la mujer la idea de su dignidad y su influencia en la civilizacion por medio de sus virtudes; para que sepa, en una palabra, que todo tiene su origen en los arcanos del corazon de una madre. Un filósofo de nuestros dias ha dicho con punzante ironía (3) que el mundo no sabe lo que es la mujer, porque la sociedad la cierra la boca desde que nace hasta que muere; y ha considerado la educacion como la sávia del árbol de la inteligencia y del árbol de la virtud.

Si en el seno de la sociedad doméstica ha de haber virtudes, forzoso es comenzar por la educacion de la mujer, pues por ella, se-

(1) *Eccl.* VII, v. 26 y 27.

(2) *Amschaspands y Darvands*, cap. 24.

(3) Catalina; *La mujer*.

gun Say y Mirabeau, debe empezar la educacion de los hombres. El que la corrija, ese habrá rehabilitado el matrimonio.

No hay nadie que dude de la influencia de la mujer en los destinos del mundo. Napoleon aseguraba «que el porvenir de un niño es siempre obra de su madre.» El poeta polonés Kranski decia: «nosotros gobernamos el mundo, y las mujeres nos gobiernan á nosotros.» Las primeras impresiones, las del hogar doméstico, son de inmensa importancia para descuidar su direccion. Los consejos recibidos en el regazo de una madre al calor de su afecto, quedan grabados siempre en el corazon del hombre. Hé aquí por qué interesa á la sociedad que las virtudes sean el principal adorno de la mujer. Libres ó esclavas, ellas deciden de las costumbres de los pueblos, porque ellas reinan sobre nuestras pasiones.

¿Y es posible infundir aquellas virtudes á la mujer de nuestra época? Para lograrlo, téngase presente, que la única clase de regeneracion posible, es la que se deriva de la religion cristiana. Ella trasformó en una virtud la pasion del amor, que hallamos como la vida en el primero y último grado de la creacion, modificándose con la materia y divinizándose con el espíritu. Ella hace á la mujer tierna madre y fiel esposa, constituyendo la felicidad de la familia cristiana.

A los que se sonrían oyéndonos, les repetiremos con Aimé-Martin: «Amad y vuestros deseos quedarán satisfechos; amad y sereis felices; amad y todas las potencias de la tierra se arrastrarán á vuestros piés. El amor es una llama que arde en el cielo, y cuyos dulces reflejos brillan hasta nosotros. Abrensele dos mundos, concédensele dos vidas; por medio del amor duplicamos nuestro ser, por medio del amor nos unimos á Dios (1).»

La mas preciada dote de la mujer ha de consistir por lo mismo en sus virtudes. La práctica de ellas la hará ser querida, admirada, honrada y feliz. Se considerará dichosa con la felicidad que produce el cumplimiento de sus deberes y el goze de un amor puro.

Interin la mujer no se constituya, por la direccion de los sentimientos de sus hijos y por el ejemplo de sus virtudes, en manantial de ventura para la familia y para la sociedad, inútil es que el legislador derogue el actual sistema dotal; pues con ello haria aun mas precaria su condicion.

(1) *Educacion de las madres de familia.*—Tomo 2.º cap. 17.

Hasta entonces al hablar de una mujer, nuestros jóvenes de la actualidad continuarán preguntando simplemente ¿es rica? Hasta entonces los sentimientos que inspira la virtud, permanecerán avergonzados y temerosos, contemplando la degradación de los espíritus absorbidos por la codicia. Hasta entonces la que Dios creó para *ayuda y compañera del hombre*, en vano se afanará por levantarse sobre la turbia atmósfera de las pasiones.

Pero cuando la familia se reconstituya sobre sus verdaderas bases; cuando la mujer sea la madre y la esposa digna de estos sagrados títulos, y pueda su nombre escribirse en el cuadro de la familia cristiana; cuando nuestra actual juventud al hablar de una mujer pregunte, como lo hacían sus abuelos ¿es honrada? entonces el legislador en vez de abolir la dote, deberá modificarla. Entonces, al reformar la institución de la dote, como exige su condición, podrá establecer el derecho de retorsión al donante cuando la mujer haya fallecido sin hijos, como se ha conservado en la legislación foral de los Reinos de Aragón, Valencia y Cataluña (1); prohibir el tan justamente combatido privilegio dotal; (2) y hasta la notoria desigualdad en los matrimonios, como lo hizo la legislación gótica (3). De este modo se evitarán infames especulaciones, y aun crímenes espantosos.

Regenerada la mujer por la religión, la dote será como ha debido ser siempre, una institución social, cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de las obligaciones inescusables del matrimonio, y contribuir á que la familia se conserve en el grado de perfección y felicidad á que la elevó el Cristianismo.—He dicho,

Manuel Danvila y Collado.

(1) Portales, *ad. Ob. 62 de Jure Dot.* núm. 4.—Jaime I, 37, 1 y 2.—Alfonso III, 219. 2, 2.—Cáncer, part. 1, cap. 9, núm. 432.—Fontanella, *clausula* 7, glos. 3, part. 12, núm. 26.

(2) Oportebat enim disponi, maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris... L. 12, c. *Qui pot. in pign.*

(3) Ley 4. *út. 1, lib. 3 Forum judicium.*

DEL DEPÓSITO DE MUJER SOLTERA POR CAUSA DE MATRIMONIO.

Mucho se ha escrito acerca de la necesidad del consentimiento paterno para contraer matrimonio: mucho sobre las pragmáticas de 1776 y 1803, habiendo, como en todos los casos, como hay siempre que se agitan cuestiones de derecho, partidarios acérrimos de aquella facultad del padre, é impugnadores exaltados de la misma. Son los primeros, los que tienen la conciencia del respeto debido á esa magistratura doméstica, los que desean robustecer los sagrados vínculos de la familia, los que todo lo temen de la resolución arbitraria, caprichosa de un hijo en un momento de pasión, y no pueden creer que un padre abuse nunca por cálculo de la superioridad que la naturaleza y la ley le dan sobre su hijo. Son los segundos los que, haciendo intervenir la libertad en todos los actos de la vida, quieren que el hijo la tenga tan amplia como pueda ser para contraer matrimonio, el acto mas espontáneo de ella; los que citan por ejemplo, tal ó cual padre que ha opuesto á la voluntad del hijo la suya propia, impulsado por miras de interés; los que, sin ánimo de rebajar la autoridad del padre, porque eso no puede quererlo nadie, tampoco se la conceden tal que deba absorber la personalidad del hijo, tal que se mezcle en un acto al parecer esclusivo de este, y cuyos resultados, ó favorables ó adversos, á él solo toca soportarlos. De los dos pareceres, inútil será decir que adoptamos el primero: aunque no obráran razones para atribuir al padre toda entera, la facultad de velar por sus hijos, dirigirlos y gobernarlos, el interés de estos mismos recomienda que la tenga y que la emplee para evitar los males que son consiguientes á su inesperienza. Queremos prescindir del derecho que el padre tiene á impedir que su hijo, enlazándose con familia que no le corresponda, le dé un heredero á disgusto; queremos olvidar el que tiene como padre para no consentir la emancipación y sus efectos, sino cuando estén compensados con las ventajas morales que han de resultarle de la acertada elección de esposa: queremos no pensar en que una doble cuestión moral y fisiológica viene comprendida en el acto de negar ó conceder su consentimiento; aunque de todo se prescinda, aunque todo se olvide, el consentimiento paterno debe intervenir en el matrimonio como la santificación de la voluntad del hijo; el hijo debe pedirle en testi-

monio de respeto, como complemento de una resolución que puede ser desacertada, como la garantía de un consejo ilustrado que necesita moderar y dirigir los ímpetus de una pasión tal vez acalorada y ciega. En esto se fundan todas las legislaciones para exigirlo, incluso la nuestra que sería mejor, si reconocido el principio, no hubiese sido tímida en seguirlo, si no hubiere adoptado un término medio que no satisfice á la verdad, en vez de seguir resueltamente el camino único y solo que puede conducir á ella. Son de esa vacilación triste resultado las disensiones que por esta causa estallan con frecuencia en la familia, los matrimonios resistidos, pero al cabo celebrados, los funestos efectos de esa disidencia doméstica que abonda el abismo entre las familias á medida que el hijo reflexiona sobre la oposición del padre y que este vé triunfante la desobediencia del hijo. Agréguese á esto las circunstancias que de continuo acompañan á esta escisión; cosa por otra parte bien natural. Cuanto mas apretados son los lazos, mayor el esfuerzo que hay que hacer para quebrantarlos; mayor el estrépito de su rompimiento. ¿Qué suceso ocurrirá en el hogar doméstico ni mas sonado, ni mas sentido, quisiéramos decir, si la ley nos lo permitiese, mas escandaloso que el depósito de una hija de familia? Lo es mucho el que un hijo acuda á la autoridad de la provincia buscando amparo contra los rigores de un padre: lo es la disipación de un hijo que obliga á un padre á pedir remedio que no alcanzan á darle sus fueros; lo son las rivalidades ó por cuestiones de familia ó por causa de intereses que turban alguna vez la paz de las casas. Pero ¿qué podrá compararse con el quebranto que los padres experimentan, viéndose sorprendidos con la noticia de que una hija ha pedido depósito? Lo que con esto ha dado á entender, lo que este acto significa es, que la hija desconfía de encontrar justicia en su padre y la busca en la autoridad civil; teme no encontrar seguridad en su casa y la busca en la del amigo; desea salvar el recinto de cariño y respeto que la aprisiona en su familia, para ser libre, para satisfacer su voluntad, hija tal vez del capricho y siempre de una pasión: que sola la pasión es capaz de hacernos desconocer ciertos deberes.

Yo digo que será necesario este remedio, puesto que la ley le ha establecido; pero que es sensible, pero que es cruel la eficacia del remedio. La jóven que pide un depósito no tiene que alegar motivos para que se le conceda; le pide porque le desea, y la ley la concede lo que pide; su voluntad no se halla de acuerdo con la de sus pa-

dres, y en el disenso de las dos voluntades, no es la del jefe de la familia la que la ley consulta, la del hombre imparcial en quien no pueden suponerse miras contrarias á la felicidad de la hija: se consulta la voluntad de esta, jóven inexperta, jóven apasionada y que dá la medida del estado de su corazon, en el arranque, impropio del sexo débil, con que pugna por sacudir la tutela de sus padres.

No quiero repetir la gran razon, para mí mas que grande, mezquina y vulgar, por la que se pretenden autorizar estos y otros abusos. La ley tiene, se ha dicho, á fomentar los matrimonios: á eso responderia que nunca á espensas de los derechos sagrados de familia, de los principios de orden esencialmente interesados en que no desaparecan las bases del doméstico; nunca, si para conseguirlo, hay que dejar sin garantías la autoridad paterna. Si aun por fin los matrimonios no se celebráran sino en edad madura, cuando los contrayentes conociesen la trascendencia del acto, la circunstancia siquiera de su indisolubilidad. Pero la ley *por fomentar los enlaces*, los autoriza en una edad temprana, la ley reconoce en los jóvenes aptitud para casarse á los catorce y doce años, cuando sería cuestionable si la tienen en ese tiempo ni física ni moral; la ley permite celebrar el mas grande de los contratos á los mismos á quienes declara incapaces de obligarse por ellos y por una contradiccion que es el resultado de un falso principio, permite hacer un sacramento á los que hasta desconocen los términos y la estension de un contrato.

En tan desfavorables condiciones, es natural que ocurran casos de depósito, porque lo es que los padres resistan las determinaciones de sus hijas fundadas sobre una impresion pasagera; natural que los encargados de velar por la suerte de sus hijos, aparten ó procuren apartar las desgracias que se ocasionarian por una eleccion antojadiza y caprichosa; natural y muy natural que encargados de dar el consentimiento se nieguen á prestarle, mal que pese á la voluntad de sus hijos, cuando por motivos, que á aquellos solo toca apreciar, no encuentren ni conveniente ni acertado un proyecto de enlace.

Pero este es uno de los actos en que no suele concederse la razon á quien la tiene. Si la ley la ha hallado para conceder al padre esa manifestacion de su voluntad; si ha creido que es de rigor, hasta cierta edad por lo menos, que la interponga á fin de completar y ratificar la del hijo, él debe ser árbitro y juez único; á nadie debia

serle permitido inmiscuirse en sus determinaciones, y ménos révocarlas. ¿Quién puede ser juez sobre el padre en lo que concierne al régimen y direccion de la familia? ¿Qué autoridad mas legítima que la suya?

Y sin embargo, véase un caso en que las leyes dudan y prescindan de ella, creyendo, que por ser mas favorable al hijo, puede ser mas imparcial la de un juez, la de un gobernador. Esos son los funcionarios designados por la ley para oír las quejas de los hijos, para darles la razon aunque conozcan que no pueden tenerla cuando protestan contra el que llaman rigor de un padre.

Un hombre há logrado escitar la imaginacion impresionable de una jóven: puede ser aquel mayor de edad, puede ser un niño: mas frecuente es que sea lo segundo, porque solo en los pocos años se concibe que uno sugiera cierto género de medios para remover los estorbos que se oponen á la realizacion de un deseo: en cualquiera de los dos casos, puede ó no necesitar ó tener de antemano el consentimiento paterno, que no se le rehusa con tal de alejarle de la familia; ese hombre en estas circunstancias, ó arrastrado por la pasion del amor, ó lo que podria tambien suceder, obedeciendo al móvil de un interés calculado, es el obsequioso amante de aquella jóven, y ni perdona sacrificio, ni repara en medio para hacerse dueño de su corazon y mandar en su alvedrío: solo un obstáculo se opone al cumplimiento de la palabra de futuro enlace, con que la fisongeó desde el primer instante y pudo abrirse camino en su corazon cándido é inocente, ese obstáculo es la negativa del padre; y qué le cuesta mucho por ventura triunfar de esa negativa? En disimulando sus intenciones, y procediendo por sorpresa, cuando el padre ménos lo espere, el amante habrá conseguido la interposicion de una autoridad que remueva la suya, un juez llamará á las puertas de su casa, explorará por separado la voluntad de la hija, y solo con que esta sostenga su palabra, y no retracte la firma con que ha suscrito la esposicion que ella no ha hecho ó que otro la ha sugerido, el juez pondrá entredicho á la autoridad del padre, solo la suya prevalece; he dicho mal, quien dá la ley es la hija que se aparta del hogar paterno, seducida, fascinada, orgullosa, sí cabe que tenga orgullo, la hija que presta los medios para que un hombre advenedizo, un hombre extraño, un seductor quizás, cause á la autoridad paterna esa herida á traicion.

Ha sido la ley por cierto muy indulgente, muy fácil en este pun-

to: para cosas que nada importan grandes diligencias: exámen de testigos, reconocimientos, informes periciales no logran acaso declarar urgente un negocio, ó que se admita y se siga un recurso: los depósitos de mujeres solteras parecen siempre casos de suma urgencia. Puede el padre saberlo, cerrar las puertas de su casa, vigilar mas á su hija, llevarla á país extranjero: á un juez le esponen esa urgencia, y el juez usa de su oficio y dá los primeros pasos ya precipitados para llevar en pocos dias á completo término un acto grave sin reparar en que ese término puede ser ¡quién lo duda! un precipicio.

No es digna una hija que así se levanta contra la autoridad paterna de que esta lleve mas adelante su solicitud, y de que en momentos de tanta angustia y de tanta premura, señale con ánimo sereno la casa que considere mejor para hacer el depósito: la del amigo no es buena, porque quiere evitar ese disgusto al amigo, pretestos á la depositada para que desde allí se queje contra la influencia de su padre, la hija lo señala quizás y el padre se conforma. ¿Al padre ya que le importa?

Durante una sesion que acaba en pocas horas queda consumado el acto: la hija envenena el insulto que ha hecho á sus padres, repitiendo á su presencia y con esa discusion insolente que hace encender las mejillas de las personas imparciales, que es su voluntad abandonar la familia, establecer esa separacion ¡ah! que puede ser eterna: que tal vez no cesará sino cuando la realidad de la obcecacion busque remedio en la misericordia de los padres: el juez sale en demanda de un asilo extraño para la hija que ha roto con el suyo; la familia sumida en el mayor quebranto no halla consuelo ante la idea de que la autoridad, encargada de velar por los derechos del ciudadano, sea la misma que haya desconocido los suyos, llevándole una alhaja de casa sin remedio para recuperarla, sin tribunal ninguno, como no sea el de la propia conciencia, para esponer sus resentimientos. ¿Para qué intentar la remocion del depósito? Antes de conseguirla se ha obtenido la orden de la autoridad encargada de entender en los expedientes de disenso. En cualquiera casa en que la hija permamezca, el resultado será siempre igual: puede estar segura de conseguir de la autoridad el consentimiento que el padre le niega: no mudando de propósito, y eso es difícil despues de haber llegado á costa de un escándalo al punto en que se encuentra, sabe que su deseo se cumplirá, que la autoridad de la provincia tiene

que conceder lo que no puede negar. ¿En qué se fundaría la negativa de la autoridad civil? La del padre se comprende: hay razones de conveniencia que no pueden decirse, que él solo puede apreciar: hay motivos, hay antecedentes que él conoce, que no constituyen una falta, pero que le dan razón para el no asentimiento: tienen los padres el instinto de la felicidad de sus hijos, y es en vano traerles á dar cuenta, obligarlos á que expliquen los fundamentos de su conducta. Nada de esto sucede con la autoridad; y como no se le dan razones, y está llamado á conocer de un espediente, donde lo que mas descuella es la voluntad firmemente espresada por dos jóvenes de contraer matrimonio, inquiriendo á lo más que el aspirante tiene algun modo de vivir ¿lo demás qué le importa? ¿Está llamado él á juzgar de las demás conveniencias de familia? La suerte que el matrimonio reserve para el porvenir ¿á él que le interesa? Falla este asunto con la misma fria imparcialidad con que resuelve otros, sin conocer siquiera los nombres de las persona que lo agitan, para olvidarse de ellos, y para que el espediente pase á un archivo desde el momento que salga de sus manos.

Por manera que en vano es la resistencia de los padres de familia; de ella triunfa la voluntad de las hijas. La inauguracion de una familia, cosa de tanta importancia entre los romanos, tan solemne para los godos, se verifica entre nosotros, que en esta parte no conservamos aquellos precedentes, casi á la fuerza, solo porque dos jóvenes lo han resuelto, y á pesar de su inexperiencia, y aunque sea una calaverada, es su voluntad consumarla y la ley no les quita los medios.

Muchas de nuestras leyes han de sufrir reforma, y no será la última la que ha establecido el famoso recurso de irracional disenso. De ella proceden todos los males. Si hasta una edad mas ó menos larga, se prohibiera á los hijos de familia contraer matrimonio, mientras el padre no lo aprobase, no sucedería lo que hoy pasa. Los hijos moderarían su impaciencia, á bien que esta es enemiga del consejo, y pocas resoluciones le necesitan tanto como la que de una vez se toma para no revocarla nunca. La disposicion de la ley canónica, y que es la nuestra, señalando la edad de los 14 y de los 12 años para contraer matrimonio no estaria en oposicion con la ley que exigiese además hasta otra edad, el requisito del consentimiento paterno. Por largo tiempo se consideraron nulos los matrimonios contraidos sin esta solemnidad, y aunque hoy no lo sea, no tiene la

Iglesia, menos interés que el Estado en que se dé esa garantía de acierto á la union conyugal, encargada de realizar tan altos fines, tan altos destinos. La verdad es que en la mayor parte de los países aquella edad es prematura; pero no es esa la cuestion.

La edad señalada por el art. 144 del Código francés es de 18 años para los varones y 15 para las mujeres. Para consignar la escepcion del artículo siguiente se ha tenido en cuenta la ofensa hecha al honor y la necesidad de evitar el escándalo. Hasta los 25 años el marido y 24 la mujer no permite el artículo 148 á los hijos de familia contraer matrimonio sin el consentimiento de los padres en caso de disenso hasta el del padre. Otras personas le reemplazan en estos derechos si ellos no existen por último los hijos de familia mayores de aquella edad, menores de 30 años, han de pedir el consejo por un acto respetuoso, renovándole dos ó tres veces de mes en mes (art. 151 y 152).

Natural es esa disposicion en un código que se formaba momentos despues de haber salvado una revolucion que habia aflojado todos los vínculos, que habia faltado á todos los respetos: el legislador conopió la necesidad de estrecharlos, y necesitaba principiar por los vínculos y respetos que deben conservarse en la familia, base y fundamento del orden social.

Allí no hay recurso contra la negativa: es el voto absoluto que no consiente apelacion ni alzada: el Tribunal de un padre no reconoce otro superior. El depósito carece de objeto desde que el hijo ó hija de familia se persuaden de que no tienen mas remedio que conformarse con la voluntad paterna, y aun si fuera verdad que el padre se ensañase contra un hijo que manifiesta una voluntad contraria á la suya, es menos posible que lo haga ni que ejercite actos de rigor, cuando está convencido de que mientras él no consienta, no ha de celebrar el hijo el proyectado matrimonio.

Ni hay oposicion en la ley al permitir los matrimonios á los 18 y 15 años, y mandar que no se celebren hasta los 25 y los 21, si el padre lo resiste.

«Las fuerzas del cuerpo, dice un comentador (Rogron), se desenvuelven antes que las facultades del alma; el hombre se encuentra hábil para contraer matrimonio antes que capaz de hacer una buena eleccion. La ley ha querido que la ternura ilustrada de los padres supla al defecto de la experiencia de los hijos y se oponga al arrebatto de las pasiones.» Es inicuo suponerle otras miras, pensar que se

arriesga algo concediéndole esa intervencion. La ley que supone á los hombres buenos, ¿tiene motivos en que fundar la presuncion de que los padres sean malos?... Sobre todo, el que alguno lo sea, y me cuesta conceder esta suposicion, el que alguno abuse, es menos malo que el que de todos se recele, estableciendo un recurso general de disenso que descansa sobre el principio de que es abusiva la autoridad paterna. Lo primero es una desgracia sin consecuencias: lo segundo autoriza un escándalo que las tiene.

En este sentido está escrito el proyecto del nuevo Código, cuyas disposiciones importa mucho ir conociendo para saber en qué puede mejorarse, ó si por ventura contiene alguna peligrosa innovacion.

El art. 51 dice: el hijo de familia que no ha cumplido 23 años y la hija que no ha cumplido 20 necesitan para casarse del consentimiento paterno. Los siguientes artículos enumeran las personas encargadas de prestarle cuando el padre ha fallecido; y el 53 dispone: *las personas autorizadas para prestar el consentimiento no necesitan espresar la razon de la negativa, y contra su disenso no se admitirá recurso alguno.*

No promoverémos cuestion acerca de si deben ser los 23 años que el proyecto señala ó los 25 del Código francés como término dentro del cual no se puede contraer matrimonio sin consentimiento paterno: en una y otra legislacion se consigna el mismo principio, y esto nos basta. Mas esplicito nuestro proyecto niega todo recurso contra la negativa: el Código francés, aunque no lo diga, tampoco lo concede: en su prohibicion vá envuelta la idea de que, resistiendo el matrimonio las personas autorizadas para autorizarle con su consentimiento; no hay recurso posible ni queja que poder hacer valer.

Deploraríamos los inmensos males que trae consigo el funesto recurso y las informaciones que con ocasion de él pueden hacerse. Pero no ha sido ese nuestro objeto: el caso es que mientras se espera ese resultado, mientras se espera el término del espediente, que por lo comun acaba supliendo el consentimiento paterno, ó lo que es lo mismo, con la declaracion de que la negativa del padre era *irracional*, este ya ha sido préviamente castigado, el padre ya ha pasado por la amargura de ver que la han arrebatado la hija; que ella ó la ley han presumido que sería capaz de cometer un abuso, y para impedirselo, de fuerza ó por grado, le han obligado á sufrir que salga su hija de casa, que vaya á buscar la seguridad en la casa del vecino. La ley lo ha mandado, y no hay mas que respetar los moti-

vos de la ley. Sin embargo, debemos disculpar las quejas y los resentimientos que ocasiona. El depósito de su hija es, á no dudarlo, grande humillacion para un padre.

El exámen de las opiniones reinantes ofrece dos consideraciones que abogan, á no dudarlo, por la doctrina que sostenemos. Es la primera: que el tiempo ha hecho casi imposible las exigencias con que ciertos padres han pretendido alguna vez formar la vocacion de los hijos hácia tal ó tal estado; sea que hoy ninguno tenga ventajas sobre otro, si eso era lo que se buscaba, sea que, como cambian los tiempos, cambian ó cesan ciertas preocupaciones, la que se refiere á la eleccion de estado ó no subsiste ó es menos de temer. La segunda tampoco puede negarse. De pocos años á esta parte las condiciones de la familia están mudadas por completo: las circunstancias han traído cierta facilidad en el trato que nuestros padres no conocieron: la casa de un ciudadano que antes era un santuario, hoy se abre á todas las gentes: no se inquietan de ordinario los títulos de una persona que aspira á ser contado entre los tertulios, entre los amigos de la casa: el menos atrevido está autorizado para frecuentarla despues de una simple presentacion. De ese modo se ha hecho mas fácil estender las relaciones que antes solo existian entre determinadas familias, que venian perpetuándose de padres á hijos, que rara vez las esponian á disgustos de ciertos géneros; no nos admiremos de que tambien lo sea el abuso de que algunos padres se lamentan sin acordarse de que puede haber tenido gran parte en su quebranto su condescendencia, su propia debilidad.

Benito Gutierrez.



DERECHO PENAL.

ORÍGENES DEL DERECHO DE PENAR. EN LOS ANTIGUOS PUEBLOS GERMÁNICOS (1).

(Conclusion.)

VI.

El principio de la solidaridad (2) que daba á los parientes el derecho, y les imponía la obligación de tomar parte en las amistades y en las enemistades de la familia, era uno de los rasgos más característicos del sistema penal de los pueblos de origen germánico y escandinavo; que examinaremos, aunque brevemente, para completar el cuadro que nos hemos propuesto trazar del derecho y de las costumbres de aquellas razas en materia de penalidad. Este principio venia á proclamar la absurda doctrina de que no son personales los delitos, y que de consiguiente tampoco lo son las penas que se han de imponer á sus perpetradores. Por otra parte, su aplicación era una tea incendiaria arrojada en el seno de la sociedad, que se veía destrozada por continuas y encarnizadas guerras de familia, alimentadas por el espíritu de la venganza colectiva.

Ya hemos visto en uno de los artículos anteriores, que para poner límites á este mal que podía llegar hasta el extremo de producir la estincion casi completa de las familias, se establecieron las composiciones, voluntarias al principio y obligatorias despues. Pero asi como los parientes del ofendido ejercian el derecho de venganza, entendiéndose con frecuencia contra los parientes del agresor, asi tambien, constituido el sistema de composiciones, la familia del culpable tuvo que contribuir á su pago, y la del agraviado adquirió una parte de la cantidad que por aquel concepto se debia satisfacer. Era una consecuencia rigurosa de la obligacion de que nos habla Tácito:

(1) Véanse las págs. 143 y 317 del tomo XIV.

(2) Para comprender con una sola palabra la responsabilidad y el derecho solidario de los parientes, usamos de la voz *solidaridad*, que como técnica puede admitirse, aunque se reputa poco castiza en el lenguaje comun.

Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui, quam amicitias necesse est; pues nada mas natural segun las costumbres de estos pueblos, que los que tenian el deber de auxiliar al agraviado para vengar sus injurias tuvieran el derecho de percibir una parte de la composicion con que se rescataba la venganza, así como tambien que por una justa reciprocidad contribuyeran con el agresor para el pago del wergeld. Y esta obligacion se consideraba tan firme y tan eficaz, que en algunos pueblos de origen germánico el jefe de la familia no podía desprenderse libremente de su patrimonio, garantía eventual del pago de las composiciones, siendo preciso para que surtiera efecto la enajenacion el consentimiento de sus hijos y aun el de sus parientes colaterales, por el interés que tenian en que no se disminuyera su responsabilidad. En comprobación de esta doctrina tenemos el ejemplo de un magnate franco que, al hacer cierta donacion de bienes á su futura esposa, manifiesta que ha obtenido el consentimiento de sus parientes. *Una cum consensu virorum illustrium propinquorum meorum* (1).

Las mugeres se hallaban escluidas por regla general del derecho de participar de las composiciones, así como tambien exentas de la obligacion de contribuir; pues no pudiendo ejercitar el derecho de venganza, ni tomar las armas en defensa de sus parientes, á causa de la debilidad de su sexo, era una consecuencia natural de los principios que en esta materia se seguian, que no les correspondiese solidaridad alguna, activa, ni pasiva.

Tenemos un ejemplo de esto entre los lombardos, cuyas leyes escluyen á las hijas de la participacion del wergeld, al menos existiendo varones ligados al difunto con vínculos de parentesco. *Quia filiae ejus (longobardi intererunt), dice Luitprando; eo quod femineo sexu esse probantur, non possunt ipsam saidam levare* (2). Con el tiempo, sin embargo, las mugeres llegaron á adquirir en algunas tribus el derecho á la composicion: así sucedia entre los frisones, cuya ley determina que el wergeld por el homicidio corresponda tanto á la hija como al hijo, al padre como á la madre del difunto (3). Las leyes de Noruega conceden tambien á las mugeres el derecho de percibir el wergeld, y les imponen la obligacion de contribuir á su pago.

(1) Lindembrog., form. 79.

(2) Cap. XIII, leg. Luitprand.

(3) L. Fris., tit XIX.

En los pueblos germánicos y escandinavos no habia una regla comun y uniforme respecto de la parte del wergeld que los parientes habian de satisfacer ó percibir. No obstante, se cree que en un principio fué tan completa la responsabilidad, que por insolvencia del culpable estaban obligados sus parientes mas próximos á pagar íntegramente la composicion. Pero cualesquiera que sean los grados de certidumbre que tenga esta proposicion, es lo cierto que la hallamos profundamente modificada en las leyes de aquellos pueblos, que no solo no imponen la obligacion de contribuir por el todo, sino que designan la parte que se ha de satisfacer, proporcionándola á la mayor ó menor proximidad del parentesco.

El título 61 de la ley Sálica enmendada, que en algunos textos es el 58, establece la manera de exigir la responsabilidad, y el orden que para este efecto se seguia. «El que ha muerto á un hombre, se dice en el espresado título, y no posee bienes bastantes para cumplir con la ley, ha de presentar doce testigos, los cuales han de jurar que ni debajo de tierra, ni sobre la tierra tiene mas que lo que ha entregado ya. En seguida entrará en su habitacion, y tomando tierra de los cuatro ángulos, se colocará en el umbral, y volviéndose hácia el interior de la casa, arrojará con la mano izquierda la tierra que habia cogido, por encima de los hombros, sobre su mas próximo pariente. Pero si su padre, su madre, ó su hermano han pagado por él, la deberá arrojar sobre la hermana de su madre, ó sobre los hijos de esta hermana, y si no existen tales parientes, sobre los tres mas próximos de parte de su padre ó de su madre. En seguida deberá saltar el vallado, desceñido, en camisa, descalzo, y con un palo en la mano (1); y todo esto á fin de que los parientes de aquellas tres generaciones paguen por él la composicion.... Pero si alguno de ellos fuere mas pobre, y no tiene bienes bastantes para el completo pago, deberá echar tambien la *chrenecruda* (2) sobre el que tiene más, y este deberá satisfacer á la ley. Si tampoco tuviere bastantes medios, el homicida ha de ser presentado en cuatro *mallos*, y en

(1) Este era un medio de manifestar su pobreza, y de que hacian cesion de todos sus bienes.

(2) *Chrenecruda*, (*reines kraut*), yerba pura, con la que se significaba el acto de la cesion. Esta es la opinion de Michelet, *Origenes del derecho francés*.—Segun Plinio, en su *Historia natural*, 22-4, por este medio de la yerba manifestaban los vencidos, que cedian la tierra. Guizot interpreta igualmente por yerba verde la palabra *Chrenecruda*.—Pardessus en la nota 634 á la ley Sálica no es partidario de esta opinion.

caso de que ninguno de sus parientes le quisiera redimir dando por él la composicion, ha de pagar con su vida.»

Respecto á los agraviados, la misma ley Sálíca disponia que los hijos de la víctima percibieran la mitad del wergeld, adjudicándose la otra mitad á los parientes mas próximos, tanto de parte del padre como de la madre, y al fisco en defecto de estos (1). Disposicion que en cierto modo se halla reproducida en un decreto de Childeberto, aunque con la diferencia de que solo se adjudicaba una cuarta parte á los parientes. No era un acto de heredero la participacion de la composicion entre los francos sálícos, pues en este caso los hijos del difunto, que eran sus exclusivos herederos, habrian percibido íntegramente el wergeld. Era una satisfaccion que recibia toda la familia, pues segun las costumbres germánicas, ofendida con la muerte de uno de sus individuos tenia el derecho de vengar el homicidio, ó de percibir la correspondiente composicion (2). La ley de los Frisones señalaba al heredero las dos terceras partes del wergeld en el caso de homicidio, y la otra tercera á los demás parientes del difunto (3).

Por la de los lombardos se establece que si hay hijos legítimos y naturales, y ha sido muerto uno de ellos, los hermanos legítimos perciban las dos terceras partes, y los naturales el resto. Se vé tambien por este ejemplo, que no siempre estaban relacionados el derecho de heredar y el de percibir la composicion, como algunos han creido, pues la herencia del difunto solo se trasmitia entre los lombardos á los hermanos legítimos, y si los naturales adquirian una porcion del wergeld, era con el objeto de que por su parte cesaran tambien las enemistades, y se asegurase la paz: *propter fídam deponendam*, qué eran las palabras de la ley (4).

Entre los sajones se verificaba un repartimiento muy particular y digno de llamar la atencion. «Si alguno comete un homicidio, dice una de sus leyes, se deberá fijar desde luego el wergeld con arreglo á su condicion: la tercera parte será pagada por sus parientes, las otras dos por el homicida, y sobre ellas tendrá que satisfacer una

(1) Lex Sálíca, tít. 65.

(2) Esta es la esplicacion que dá, y con ella estamos conformes, el ilustre jurisconsulto Pardessus en la nota 666 de su escelente publicacion de la ley Sálíca.

(3) Lex Fris., tít. I.

(4) Lex Rothar., cap. CLXII.

«suma siete veces mayor, sin lo cual, él y sus hijos serán *faldosos*, es decir, permanecerán espuestos á la venganza de los ofendidos (1).»

En este pueblo, uno de los mas rudos y sangrinarrios de los de las razas germánicas, se estendia la venganza, no solo contra el culpable y su descendencia, sino contra sus siete parientes mas inmediatos. Por eso es, por lo que habiendo contribuido estos al pago de la simple composicion, cumpliendo así con su deber de familia, debia recatarlos el homicida pagando el octuplo del *wergeld*, bajo pena de quedar espuesto juntamente con sus hijos á las iras y á la venganza de los del difunto (2).

Entre los anglo-sajones existia igualmente el principio de la solidaridad; pero sus leyes hacian una distincion entre la línea paterna y la materna, estableciendo que los parientes que correspondian á la primera pagasen la mitad, y los de la segunda solo la tercera parte de la composicion. Si el homicida no tenia parientes de la una ni de la otra línea, sus comparticipes en la comunidad debian pagar la mitad, así como en el mismo caso tenian el derecho de percibir igual parte del *wergeld*, correspondiendo la otra mitad al rey (3).

La ley de los borgoñones, inspirándose en ideas mas elevadas, ofrece una escepcion notable á este principio comun á todas las leyes bárbaras, proclamando la doctrina de que las penas son personales, que solo deben ser perseguidos los autores del delito, y que no hay razon alguna para molestar á los inocentes, cualquiera que sea la relación que tengan con el culpable. Estas son las palabras de la ley: *Hoc specialiter in hujusmodi causa universitus noverit observandum, ut interfecti parentes nullum nisi homicidam persequendum esse cognoscant: quia sicut crinosum jubemus extinguere, ita nihil molestie sustinere patimur innocentem* (4).

En el mismo pueblo franco en que por la ley Sálica se hallaba establecida la responsabilidad de los parientes, como ya hemos manifestado, habia medios eficaces para libertarse de ella, haciendo una renuncia solemne de los derechos de familia, que producía su disolucion, con ciertos ritos y ceremonias simbólicas. Presentándose

(1) Lex Sax., II, 6.

(2) Lex Sax., II, 6. Du Boys, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, tom. I.

(3) Lois d'Alfred, cap. XXVII.

(4) Lex burg., tit. II, núm. 6.

ante el *tunginus* et que se queria libertar de esta obligacion, rompía sobre su cabeza cuatro ramos de álamo, lanzaba los pedazos á los cuatro ángulos del sitio en que se celebraba la asamblea, y declaraba que para lo sucesivo renunciaba á toda co-juracion, á toda herencia, y á todo interés colectivo (1). Disposicion singular que prueba cuánta fuerza tenia la voluntad del individuo entre las razas germánicas, pues llegaba á quebrantar los vínculos de la sangre, y á romper los naturales lazos que unian á los parientes en virtud de su nacimiento!

Pero aun esta misma renuncia llegó á ser en cierto modo superflua respecto á la responsabilidad solitaria, desde que Childeberto II, rey de Australia y de Borgoña, en una de sus constituciones dictada en 685, declaró abolido lo dispuesto en el título de Chrenechruda, como repugnante á las máximas del cristianismo, y observado durante el tiempo en que los francos estaban sometidos á las supersticiones paganas (2).

En las leyes escandinavas se establecieron reglas bastante precisas para la particion de las composiciones, y se modificó la disposicion al principio sumamente rigorosa, de que los parientes debian satisfacer el *wergeld* en su totalidad por insolvenca del malhechor. Segun las leyes espresadas, el *wergeld* se dividía en dos mitades: la una, que el culpable ó sus mas inmediatos herederos habian de pagar á los mas próximos parientes del difunto; y la otra, que respectivamente se habia de satisfacer y recibir por los parientes mas lejanos. Llamábase la primera *Oranbot*, multa de la venganza; y la segunda, *Arwabot*, multa de la raza ó de los herederos (2). Las mujeres mismas, escuchadas por regla general del derecho de la venganza, y por consiguiente del de recibir las composiciones, le ejercían en determinadas circunstancias ó percibian el *wergeld*, estando tam-

(1) *Si quis de parentibus tollere se voluerit, in molle ante tunginum aut ceptenarium, ambulet; et ibi quatuor fustes alariorum super caput suum frangat; et illas quatuor partes in mallo jactare debet, et ibi dicere ut et de juramento, et de hereditate, et de tota illorum se ratione tollat. Lex Sal., tit. 63.*

(2) *De Chrenechruda lex, quam paganos in tempore abeuntibus, deinceps nunquam valeat, quia per ipsam cecidit multorum potestas.*

(3) *Bot*, multa, reparacion: *Oran*, venganza, cólera, furor. Du-Boys, *Histoire du droit criminel*.—Otros han hecho una distincion entre la multa de los herederos *arwabot*, y la que se distribuye entre toda la familia *aet-arbot* ó *nithgiald*.

bien obligadas en los casos respectivos y por una legítima consecuencia á pagar la composicion. Las leyes noruegas que establecian esta participacion de la mujer, como anteriormente hemos indicado, se espresaban en los términos siguientes: «El homicida y su madre, su mujer y su hija deben pagar cada uno por su parte una onza y un quinto á la mujer del difunto; lo que que equivale á dos dones de paz. La hermana del homicida debe un medio don de paz á la hermana del difunto, á su mujer, á su hija y á su madre, lo que completa un total de dos dones de paz. El mismo semi-don de paz debe pagarse á la hermana del muerto por el homicida, por su madre, su mujer y su hija. Todos estos dones juntos forman seis dones completos (1).»

Por las mismas leyes de Noruega, así como por las de Islanda, era regla fundamental para la percepcion y para la contribucion del wergeld el atender á la mayor ó menor proximidad del parentesco, debiendo pagar ó percibir mas en sus respectivos casos los mas inmediatos parientes.

En las legislaciones de Suecia y de Dinamarca se hacia la siguiente distincion entre la multa del heredero y la multa de raza. Consistía esta última en las dos terceras partes del wergeld, y se tenia que satisfacer por los parientes del homicida para libertarse de la venganza de los del difunto. El homicida mismo, para completar el pago de su composicion, tenia el derecho de reclamar la parte correspondiente de la multa de raza; y en caso necesario se le concedia una accion para obligar á sus parientes por las vías judiciales. Por otra parte, los herederos del difunto tenian un derecho tan eficaz á percibir íntegramente el wergeld, que en el caso de que no se les pagara por completo, podian exigir que se declarasen proscritos, tanto el homicida como tres parientes suyos de la línea paterna, y otros tantos de la materna (2). ¡Dureza extraordinaria que solo puede concebirse en pueblos tan atrasados en la carrera de la civilizacion, tan ignorantes de las mas sencillas nociones del derecho de penar, y que llevaban hasta las consecuencias mas exageradas el principio de la solidaridad!

No obstante, en estas mismas regiones se fué templando con el tiempo un rigor tan excesivo, á causa de los abusos á que daba lugar,

(1) Cap. 95, Leg. de Gula-Thing.

(2) Du-Boys, *Histoire du droit criminel*.

y despues de haberse dispuesto que los parientes no fueran obligados á contribuir sino á proporcion de sus facultades, vino una ley á combatir mas radicalmente aquel mal, estableciendo que solo el homicida tuviera obligacion de pagar íntegramente el wergeld, privándole del derecho de poder apremiar para este efecto á los individuos de su familia. Solo se consideraba caso de escepcion la huida del culpable sin cumplir las condiciones para la pérdida de la paz, pues entonces tenian los parientes que satisfacer las dos terceras partes del wergeld, si el delincuente no las habia satisfecho.

En algunos países la responsabilidad solidaria no se limitaba á los parientes, sino que se estendia sobre los individuos de ciertas agregaciones ó grupos á que pertenecia el culpable, y que se formaban á fin de prevenir los delitos, y de poder ofrecer mas seguridad á las personas tranquilas y pacíficas. Segun una ley anglo-sajona, todos los habitantes de los pueblos del reino se clasificaban de diez en diez, y si uno de ellos cometia un delito los otros nueve respondian del culpable ante la justicia. Si este desaparecia, se concedia para presentarle el plazo de treinta y un dias, y si se le hallaba durante este intervalo era conducido ante la justicia del rey, y se le condenaba á la reparacion del daño que habia causado. Si despues era reincidente en la misma falta, se hacia la justicia en su propia persona. Mas si no se le podia hallar en el término señalado, el *friborges heod*, jefe de la decena, se asociaba con dos de las personas mas considerables del mismo *friborg*, y además con el jefe y otros dos individuos notables de los tres *friborg* mas inmediatos, y con ellos juraba que no tenia participacion alguna en el delito, ni en la huida del malhechor. Mas si no podia hacerlo, tenia que presentarse acompañado de su *friborg* á reparar los daños, primero con los bienes del culpable, y no siendo suficientes, con los suyos propios y con los del mismo *friborg*, hasta que la justicia quedara completamente satisfecha (1).

Entre los francos al mismo tiempo que se abolia el título de *Chrenecruda* de la ley Sálica, y en su consecuencia la responsabilidad de los parientes en casos de homicidio, se establecia por Clote-

(1) En Inglaterra estaba aun dividido el territorio en condados, y estos en centurias, *hundreds* y decurias, *thythings*, antes del reinado de Alfredo, segun las opiniones mas autorizadas. Sin embargo, no siempre la realidad representaba el significado de las palabras, pues las decurias, por ejemplo, solian comprender mas de diez familias.

rio II, que siempre que en una *centena* se robase alguna cosa, se dio-
ra al interesado su valor, y se persiguiera al ladrón (1).

Y no solo se exigía esta responsabilidad solidaria á los individuos
de asociaciones legales y permanentes, sino que á veces recaía tam-
bien sobre los que se habian juntado para celebrar un banquete,
durante el cual se habia cometido un homicidio (2).

En España mismo existía en algunas partes, no solamente la so-
lidadad respecto de los pueblos en que se habia cometido el homi-
cidio, cuando no se descubría el delincuente, sino el abuso llevado
al estremo de exigir gruesas cantidades los ministros de justicia á
todas las poblaciones colindantes, siempre que se ignoraba el tér-
mino en que el hecho criminal se habia ejecutado. Así aparece de
un documento firmado por Alfonso VI en que se declara abolida
esta última costumbre (3).

El principio de la solidaridad, que á pesar de ser opuesto á las
nociónes de la justicia tenía al menos una explicacion lógica en las
costumbres de los antiguos pueblos germánicos, se conservó todavía
en algunas partes de Europa largo tiempo despues de haberse mo-
dificado profundamente el estado social de aquellas razas, de haber
penetrado en ellas la luz de la civilizacion, y cuando parecia que
sus resplandores debian haber disipado completamente las sombras
del error y de envejecidas preocupaciones. En confirmacion de esto
observaremos que la multa de raza no se suprimió del todo en el
reino de Suecia hasta el año de 1596, en virtud de una disposicion
de su monarca Magnus Ericsson (4).

(1) Decreto de Clotario II, año de 595.

(2) Si in convivio ubi quatuor aut quinque fuerint homines, decia el
tit. 45 de la ley Sálica enmendada, *unus ex ipsis interfectus fuerit, illi
qui remanent, aut unus convictus reddent, aut omnes mortem illius
compositionem confectent. Quae lex usque ad septem qui fuerint in con-
vivio illo convenit observare.*

(3) Sed aliud injuste operabantur (habla de los rayones), *cum enim
nulla (nada) deprehensa fuisset, et omnes villae quaei sanas et aspinatas per
illas penas exissent, et sine culpa, tunc faciebant in commune cunctis illis
villis exolvere legem homicidii, et non solum legem sed duplicatum acci-
piant violenter illum homicidium. Hoc ego Adefonsus rex, principio
irritum esse, et nunquam amplius id fieri, sed ita constituo.....
ut cum talé homicidium perpetratum fuerit, cujus auctor non invenitur,
cogunt villas de quibus suspicio est, per juramentum et per penam, equis
solida... Et quaecumque deprehensa fuerit, ipse solum exolvat legem homi-
cidii, reliquas villas calumniam non sustineant, etc. apéndice XXVII, to-
mo 36 de la España Sagrada.*

(4) Geyer, *Histoire de Suède.*

En Dinamarca duró mas tiempo todavía, según aparece de una ley del rey Cristian III, que pinta muy al vivo los graves excesos á que daban lugar las composiciones, á cuyo pago tenian que contribuir aun personas tan inocentes como los niños que estaban en la cuna, si eran parientes del culpable; mientras por otro lado se aumentaban los homicidios por la seguridad que tenian los criminales de no ser castigados con la pena de muerte, y de no sufrir otro padecimiento que el pagar, auxiliados por sus parientes, la suma que se determinaba (1). En su consecuencia, este monarca declaró abolidas las composiciones y la solidaridad, y estableció contra los homicidas la pena capital.

Mas no solo en las regiones escandinavas se conservó por tanto tiempo esta obligación de la familia: en Holanda no cesó tampoco hasta la mitad del siglo XV, desde cuya época solo quedaban obligados los parientes que hubiesen acompañado al homicida al tiempo de perpetrar el delito.

Aun en tiempos mas inmediatos á los nuestros se conservaban restos del antiguo derecho que tenian los parientes de perseguir las ofensas causadas á individuos de su familia, ó de conceder perdón á los culpables, mediante determinadas condiciones. Una costumbre que á fines del último siglo se observaba en Amberes lo demuestra de una manera evidente, pues para que produjera efecto en casos de homicidio la gracia del indulto, se exigía el perdón de los parientes del difunto. De esta suerte se venia á reconocer el antiguo y erróneo principio de que la perpetracion de un hecho criminal era principalmente un negocio privado, no solo en cuanto á la responsabilidad civil, sino tambien en cuanto á la imposicion de la pena. Las formalidades con que se pedía y obtenia el perdón son curiosas y dignas de mencionarse en breves palabras. «Los parientes del difunto, vestidos de luto, se reunian en una habitacion enteramente colgada de negro: introducido á su presencia el homicida con la cabeza descubierta, é hincado de rodillas, imploraba el perdón de su delito, y aceptaba la composicion y las condiciones que se le imponian. Cumplidas estas formalidades, el hijo primogénito del difunto, ó en su defecto el mas próximo pariente, le daba el ósculo de reconciliacion, con lo cual la familia se declaraba satisfecha, y se aseguraba la paz.»

(1) Rosevinge, *Collection de lois danoises*, tom. IV.

Y si en la actualidad, el consentimiento de los parientes para la concesion de los indultos no se halla rodeado de tantas solemnidades, no por eso es menos real y efectivo en algunos Estados de Europa, y viene á recordar la antigua venganza privada y la solidaridad de las familias, aunque disfrazadas y envueltas en las formas judiciales.

¡Testimonio elocuente que demuestra hasta la evidencia cuán lentos han sido los progresos de la humanidad, y cuán poderosos los obstáculos que ha tenido que vencer para llegar al conocimiento de los verdaderos principios, y de las bases en que descansa la justicia penal!

Juan M. Montalban.

JURISPRUDENCIA CRIMINAL.

¿En qué grado deberá imponerse la pena al autor de un solo hecho que constituya dos ó mas delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, en el caso de adquirirse únicamente el convencimiento de la criminalidad del acusado segun las reglas ordinarias de la crítica racional?

Fácilmente puede á primera vista resolverse la cuestion propuesta, pues la ley la determina distintamente, y siendo clara su disposicion, no debe penetrarse en el terreno de las interpretaciones; sin embargo, observándose en la práctica diversa aplicacion del precepto legal; carece de duda la conveniencia de apuntar los fundamentos de una y otra opinion, que han producido jurisprudencia distinta en la designacion del grado de penalidad. El párrafo 2.º del art. 77 del Código penal, establece que cuando un solo hecho constituya dos ó mas delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, se impondrá la pena correspondiente al delito mas grave, *aplicándola en su grado máximo.*

Esta prescripcion parece no podia inducir vacilacion alguna en el caso indicado; bastaba imponer la pena señalada al delito mas grave de los consumados en el grado máximo para considerar bien y estrictamente aplicada la ley penal: así, pues, si para suplantar un documento público, habia de sustraerse el protocolo del archivo

en donde se custodiaba, el autor de este doble delito debería ser castigado con el grado máximo de la pena designada al mas grave que es el de falsificación; empero como al juzgador, en su constante afán de inquirir la razón del derecho para aplicarlo rectamente, le fuera preciso comparar unas con otras disposiciones, examinar su analogía y relación entre ellas, y deducir las legítimas consecuencias que de tal estudio se desprenden, á fin de no incurrir en error, siempre funesto y perjudicial irreparablemente muchas veces, ha llegado á convencerse, que cuando no consta acreditada en el proceso la criminalidad del acusado en la forma que requiere la ley 12, título 14 de la Partida 3.ª; sino que aquella la adquiere por convencimiento despues de examinadas las pruebas y graduado su valor, segun las reglas ordinarias de la crítica racional; solamente puede imponer la pena señalada en el Código al hecho justiciable *en el grado mínimo*, conforme á lo dispuesto en la regla 43 de la ley provisional para su aplicación, y este fundamento legal ha originado dos distintas prácticas al aplicar el castigo en el caso dado.

Siempre que no aparece legalmente convicto ó confeso el procesado de autor de un hecho constitutivo de dos delitos, ó en que el uno haya sido medio necesario para cometer el otro de los que resulten perpetrados, le castiga una jurisprudencia con la pena señalada al delito mas grave, aplicándola *en el grado mínimo*, pero en su mayor estension, ó sea en el *máximo del grado mínimo*: en el mismo caso otra jurisprudencia impone al acusado igual pena en el *grado máximo*, fijándola dentro de este en consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurren. Fúndase la última en la literal y terminante disposicion del texto de la ley, segun la cual se ha de aplicar la pena en el *grado máximo*, y en una deducción legal, tan sencilla como fundada en nuestra opinion que consiste, en que si la mente del legislador hubiera sido no imponer mayor penalidad al autor de dos delitos provenientes del mismo hecho, que al que solamente consumara uno, estaba demás y era superflua la prescripcion del párrafo 2.º del citado artículo 77, por cuanto esto mismo ordenaba por punto general la espresada regla 43; observacion que contestan los sostenedores de la jurisprudencia contraria estableciendo la subdivision, tambien en tres grados, de cada uno de los en que se divide toda pena divisible, segun se infiere de lo preceptuado en la regla 7.ª del art. 74 y párrafo 3.º del 83 del mismo Código; y por consecuencia al determinar esta el

grado máximo, ha impuesto á los Tribunales el precepto de aplicarla siempre en aquel dentro del mínimo, sin tomar en cuenta circunstancia alguna agravante, ni atenuante, á diferencia de cuando se aplica la disposición de la ley provisional, en cuyo caso tiene lugar la apreciación de cuantas concurren para fijar la pena en el mínimo, medio, ó máximo del grado mínimo con arreglo á la naturaleza y calidad de dichas circunstancias.

Como nuestro propósito al escribir este artículo se limita á exponer sencillamente una y otra práctica, y los fundamentos en que cada cual se appoya, prescindimos por esta razon de refutar ninguna de ambas, ni de aducir argumentos en corroboración de la que nos parece mas aceptable, y mas conforme á derecho; y en tal concepto indicaremos brevemente los en que estriba la primera de las enunciadas prácticas. De la regla general prescrita en la ley provisional, como ya se ha mencionado, deducen que los tribunales, cuando no existe la prueba taxativa de la ley de Partida, ó sea la llamada general, y técnicamente *prueba plena*, no puedan imponer la pena sino en el grado mínimo, y de admitirse la jurisprudencia que impugnan habria necesariamente de destruirse la razon legal de la diferencia por la misma establecida, anularla en parte, y prescindir de la armonía introducida para la designación de la penalidad, segun los grados de certeza que puedan adquirirse acerca de la criminalidad del acusado, topándose con el gravísimo inconveniente de haber de imponer alguna vez la de muerte sin obtenerse la evidencia moral, ó como nosotros diríamos la *prueba plena*. Sucederia, por ejemplo, si un empleado público revelara los secretos de que tuviere conocimiento por razon de su oficio, y de esta revelacion proviniera grave daño para la causa pública, y al propio tiempo suministrara al enemigo planos de fortalezas, documentos ó noticias que sirviesen directamente para hostilizar á España; en tal caso habria de castigarse este hecho, que constituye dos delitos con la última pena, por ser mas grave el castigado por el número 3.º del art. 142, que la revelacion de secretos determinada en el 282, ambos del Código vigente; y como aceptándose aquella práctica ha de aplicarse en el grado máximo, de aquí el no poderse legalmente prescindir de condenar con tan severo é irreparable castigo, aun cuando no exista la evidencia moral.

Además, continúan, de admitirse esta opinion, se establece marcada desproporcion entre el delito y la pena; desproporcion que

con minucioso cuidado se ha procurado evitar en la tan bien meditada estructura de la ley. Supongamos que uno dispara arma de fuego, intencionalmente con objeto de causar á otro la muerte y así acontece; mas al mismo tiempo infiere lesiones á un tercero; en la hipótesis de no ejecutarse el homicidio con ninguna de las circunstancias expresadas en el número 1.º del artículo 333 se ha de penar conforme á lo prescrito en el número 2.º del mismo con la reclusion temporal, y perteneciendo las lesiones á la clase de leves con el arresto, destierro, ó multa; por manera que á ser hechos distintos, por el primero se impondrían á lo mas al agresor 14 años de reclusion con las accesorias, y por el segundo 2 meses de arresto mayor ó de 7 á 16 de destierro; ó la multa de 20 á 200 duros, segun los casos y circunstancias; pues bien adoptándose la disposición del párrafo 2.º del artículo 77, como expresa su literal sentido, y prevaleciendo ambos delitos mencionados de un solo hecho, ha de condenarse al culpable en 18 á 20 de años de dicha pena de reclusion; y de esta práctica demostracion inferen la desigualdad é injusticia de la opinion que combaten, puesto que por haberse consumado conjuntamente un delito de lesiones con otro de homicidio, penado aquel en el caso de ejecutarse aislado con leves correcciones, por la enunciada circunstancia de provenir de un solo hecho, se aumentan al autor de 4 á 6 años de una pena grave, segun el tipo que se adopte en el fallo; y tan marcada diferencia no arguye nada en favor de la justicia. Otra razon derivada de aquel tan célebre axioma «de estarse en caso de duda por lo mas favorable al reo,» aduce en último en apoyo de la jurisprudencia que consideran mas legal; pero que la intentan destruir los adictos de la contraria sosteniendo «que el precepto de la ley, claro y terminante, no admite la duda.»

Consecuentemente con nuestro propósito omitimos aducir comentario alguno en pró, ni en contra de ninguna de ambas prácticas; las dos nos merecen altísimo respeto, pues cuando menos dan una idea elevada del profundo estudio á que se consagran los encargados de administrar justicia para llenar con acierto su alta mision; pero si concluiremos rogando encarecidamente al gobierno de S. M. tome en consideracion esta divergencia en punto tan importante de jurisprudencia criminal, á fin de que obtenga satisfactoria y equitativa solucion en la ansiada reforma, que se prepara á la ley vigente. — X. B.

DE LA DENUNCIA POR EL MINISTERIO FISCAL.

¿Están obligados los funcionarios de las escalas inferiores que ejercen el Ministerio Fiscal, á denunciar al Superior correspondiente los delitos justiciables en los Tribunales Superiores ó Supremos?

Habremos de empezar este artículo manifestando que era para nosotros doctrina incontrovertible la de que la accion fiscal en nuestro país de tal modo se halla organizada, de tal modo precisada á poner en conocimiento del Tribunal competente los hechos criminosos, de tal modo, en fin, encadenada, que allí donde se cometiera una trasgresion, allí habria un funcionario público que la denunciase al perseguidor legal correspondiente. Mas todavía, opinábamos que no se hallaban deslindadas las esferas de accion judicial y fiscal, preponderando aun en los funcionarios de la primera un carácter investigador, quizá no muy conforme con la elevada, con la augusta, con la imparcial mision de pronunciar sentencias. Tal era nuestro modo de ver, cuando un caso práctico resuelto en contrario sentido nos ha hecho tomar la pluma para tratar este punto, y ver si obtenemos una enseñanza de que nos confesamos sinceramente necesitados. Entremos en materia.

No insistiremos en los diversos medios de entablar una accion criminal. Pero hemos, sí, de notar que cuando los particulares la entablan usan de un derecho, al paso que el Ministerio público cumple con un deber. De aquí es, que al propio tiempo que los primeros pueden impunemente omitir la denuncia y seguimiento de un proceso, el segundo se vé precisado á denunciar é intervenir en las causas de la manera prévia establecida en la ley. Hasta aquí no hay dificultad. La cuestion consiste en averiguar cuál debe ser la intervencion del Ministro Fiscal en los asuntos penales, cuyo conocimiento está reservado á Tribunales de categoría superior á la en que él ejerce sus funciones. La cuestion consiste en averiguar si el funcionario de primera instancia ha de permanecer inerte cuando llegue á su noticia la comision de un hecho reprobado y penado, ó si por el contrario, deberá prevenir al Tribunal competente cuando

este sea un Tribunal Superior ó el Supremo. Para nosotros es indudable lo último. Creemos firmemente que los Promotores y Jueces tienen el estrecho deber de noticiar á sus superiores jerárquicos cuantos delitos por ellos justiciables lleguen á saber. Y para nosotros es obvia la demostracion. Nuestro sistema de procedimiento criminal es misto de inquisicion y de acusacion, presentando, sin embargo, en conjunto un carácter eminentemente inquisitivo. En efecto, ¿no tienen nuestras leyes esplicitamente mandado que de oficio se persigan y castiguen los delitos? Aun en el caso de una denuncia privada, ¿no es verdad que los Jueces son durante el sumario los que le dirigen? ¿No se vé que aun despues de practicadas las pruebas, pueden los Jueces esclarecer sus dudas, desaparecer sus escrúpulos, llenar los vacíos, dictando autos para mejor proveer? ¿No se vé que los funcionarios de orden administrativo son auxiliares de la accion pública, y que aun en las corporaciones de origen popular está representada? Múltiples disposiciones legislativas y numerosas circulares emanadas del Tribunal Supremo y encaminadas á regularizar, vigorizándole, el Ministerio público, ¿no demuestran con toda la claridad apetecible, que el fin de nuestras leyes procesales no es otro sino el de que ni un solo hecho criminoso quede impune? Y ahora bien: ¿no seria un contrasentido, un absurdo inexplicable, que al paso que los últimos funcionarios del orden judicial tienen sus auxiliares, por do quiera atendidos, el primer Tribunal de la nacion, el llamado á conocer de los hechos mas censurables y á juzgar á las personas cuya responsabilidad judicial es la mayor garantía de la sociedad, se encontrará, por decirlo así, desarmado y sin que su accion alcanzase mas allá de su propia observacion? ¿Seria posible que se pudiese castigar á un Procurador Síndico por una omision que puede ser motivada por su debilidad y dependencia, y que hubiera de tolerarse la negligencia de empleados cuya posicion, cuyas relaciones, cuya significacion social les pone al abrigo de ciertas asechanzas que son bien pequeño obstáculo para los hombres dignos y enérgicos al par que mesurados? No, esto no era posible, y la ley ha ocurrido á ello con sus preceptos, que, en nuestro concepto, son bien terminantes, de todo punto ineludibles. Veámoslo.

Está prevenido en numerosas circulares que haya una correspondencia incesante entre los diversos miembros del Ministerio fiscal, á fin de que su accion se ejerza con el celo é interés que el ser

vicio público reclama. Y esta correspondencia no tiene por objeto esclusivo que el superior tenga sobre el inferior una vigilancia continua, antes bien se encamina igualmente á poner á cada uno en situacion de desempeñar sus deberes con la conveniente solicitud. De poco serviria sino que en el Real decreto de 9 de abril de 1858 se encomendase al Ministerio fiscal entre otras cosas (art. 17) velar por la pronta y recta administracion de justicia, reclamando contra los abusos, corruptelas y malas prácticas que notare; promover el castigo de las personas responsables de los delitos y faltas; velar por el exacto cumplimiento de las leyes, ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones cuya observancia corresponde á los Tribunales; ejercer la inspeccion indispensable para que se cumplan las condenas impuestas y las leyes protectoras de los detenidos, presos y sentenciados. De poco servirian las obligaciones impuestas por el art. 13 del reglamento provisional y el núm. 5.º del artículo 296 del Código penal, de poco, en fin, el precepto legal de que todos los delitos se castiguen, si solo el particular contra quien se abusa hubiese de entablar una accion prestando, préviamente una fianza y esponiéndose á los disgustos consiguientes.

Los preceptos legales citados y otros muchos que podrian aducirse, demuestran de una manera incontrastable: 1.º que la ley previsor ha querido tener un representante que cuide de su eficacia; 2.º que este representante está obligado á promover el castigo de los delinquentes.

Y ahora bien ¿cumple con el precepto legal el funcionario público que sabedor de un hecho criminoso, que sabedor de una infraccion evidente, no denuncia al superior correspondiente ese hecho? ¿Vela por la observancia de la ley el que noticioso de que se ha hallado, y estando obligado á reclamar su cumplimiento nada hace? ¿Promueve el castigo de las personas responsables de los delitos y faltas, el que sabiendo que un delito se ha cometido, no suministra los datos necesarios al acusador legalmente competente? Acaso se conteste que el Ministerio fiscal solo se ejerce por medio de la acusacion, y que solo puede denunciar el que tiene el derecho de acusar. Pero de aquí se deduciria: 1.º que el Ministerio fiscal de primer grado es impotente para denunciar los delitos de los aforados y de los que tienen por Jueces á los Tribunales Superiores ó Supremo. 2.º que menos libre que los particulares no puede como estos denunciar todos los delitos y á toda clase de jueces. 3.º que las leyes serán

fantasmágicas cuando los particulares no tienen recursos ó energía para acudir á otro Tribunal que al de su partido. Si á pesar de esto se nos demostrara que estamos equivocados, rogaríamos al Gobierno que remediara tamaños males.

Tomás Martínez González.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.

La ley es en sí misma una palabra muerta: su acción empieza desde el momento en que es ejecutada, desde que se vá aplicando á la vida real. El modo de entenderla, el de reducirla á la práctica, tienen que ejercer necesariamente una grande influencia sobre la sociedad para que se dicta: cuando la ley es mal interpretada, cuando se juzga por ella de modo diferente al que el legislador se propuso, no puede decirse que rige al país; la significacion torcida que se le dá, la anula: hace mas; sustituye de hecho en su lugar otra ley: podrá en apariencia gobernar en el país, pero en realidad no lo gobernará.

Cuando la ley es entendida de diferente manera en las distintas fracciones del territorio de una nacion, no puede decirse que es una misma, sino tantas cuantas son las circunscripciones territoriales en que se le dá diferente inteligencia. Para evitar este gravísimo inconveniente, para que haya verdadera unidad en el derecho de una nacion, para que la ley y la jurisprudencia no estén divorciadas, se ha introducido en los tiempos modernos el recurso de casacion: se ha dicho, no basta la unidad en las leyes, es menester que la haya en el modo de entenderlas y aplicarlas. Ya pues que formando nuevos códigos, ya que destruyendo desigualdades y sacrificando al principio de unidad en la legislacion instituciones, profundamente arraigadas en las costumbres de los pueblos, ya que renegando de precedentes que son la historia de provincias ó localidades determinadas por una larga série de siglos, llevamos con mano atrevida á todo el nivel de la igualdad, no desfiguremos la obra que venciendo tanta resistencia, estamos levantando: al contrario, completemosla haciendo que haya un centro único que sea el custodio de la

ley al mismo tiempo que su único intérprete: ante la interpretación central desaparezcan todas las interpretaciones locales; ante la autoridad doctrinal de los fallos del Tribunal que ocupa el mas eminente lugar en el orden judicial, calle la autoridad doctrinal de todos los demás tribunales.

Estos principios que desde la introduccion de los recursos de nulidad en 1838 empezaron á prevalecer entre nosotros en los negocios civiles, que despues han tenido mayor desenvolvimiento en la Ley de Enjuiciamiento civil y que la opinion pública reclama que se hagan estensivos á las causas criminales, son aun mas importantes en las cuestiones administrativas. Hay muchas razones para ello.

El derecho civil, aun en el estado que tiene en España en donde un Código general comun no ha venido aun á borrar las antiguas legislaciones, como ha sucedido en otros Estados, no presenta las graves dificultades que el derecho administrativo. Calcado sobre el derecho romano, cultivado con grande esmero por los jurisconsultos de todos los países, comentado hasta en sus mas pequeños pormenores, estudiado en nuestras escuelas con predileccion casi exclusiva por espacio de seis siglos, enriquecido con los trabajos de los grandes maestros nacionales y extranjeros, forma un cuerpo ordenado y regular de doctrina, que si bien aparece diseminado en diferentes volúmenes, guarda en todas sus partes enlace, cohesion y armonía. No se alarmen por esto los que miran la codificacion civil como la primera necesidad de la sociedad en que vivimos: prescindiendo de la mayor ó menor urgencia de apresurar la reforma de las leyes meramente civiles, puede tenerse por cierto que si dudas de derecho ocurren hoy en su aplicacion, dudas habrá en el dia en que un nuevo Código civil empiece á ser ley de toda la Monarquía: podrá conseguirse la unidad si se vencen las resistencias que ha de encontrar en su camino; pero al paso que se estingan algunas cuestiones antiguas, nacerán otras nuevas que no tendrán por mucho tiempo el auxilio de una doctrina generalmente admitida, ni el de la jurisprudencia que es obra lenta y sucesiva del tiempo, de los afanes de los jurisconsultos, de la dilucidacion forense y de los fallos judiciales.

Mas no sucede con el derecho administrativo lo que hemos supuesto del civil. Esparcido en muchos mas volúmenes, y aun así incompletamente conocido, puesto que hay importantísimas disposiciones que á él corresponden que no han sido publicadas, compuesto

de leyes, reglamentos y otros actos del Gobierno, producción de tiempos diferentes, amalgama de preceptos heterogéneos, animado en sus diversas partes de diferente espíritu, vario en los objetos á que se estiende, y por las formas de que se reviste, modificándose, destruyéndose, y rehaciéndose sin interrupción, reflejando incesantemente las necesidades temporales de la sociedad, dominado de continuo por ellas, mudable por su índole, tiene actualmente que ser tan oscuro y tan difícil y tan complicado como las fuentes de que se deriva. La multiplicidad cada dia mayor y la variedad infinita de sus prescripciones, la poca estabilidad de muchas, agregan á la dificultad del estudio de las leyes administrativas, la de desconocerse frecuentemente cuáles son las que subsisten en vigor, cuáles son las que se hallan derogadas, cuáles las que solo han sido modificadas parcialmente.

Estas dificultades graves siempre son de mayor importancia en los puntos en que la Administracion está en contacto mas inmediato con el órden judicial, y con los derechos que se desenvuelven bajo la influencia de las leyes civiles en el sentido estrecho de esta frase. Así sucede respecto á las competencias entre las autoridades administrativas y judiciales, en las autorizaciones para procesar á los agentes de la Administracion por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones, y en las cuestiones contencioso-administrativas. Respecto á estos puntos se suscitan á cada paso cuestiones trascendentales: el derecho escrito, escasesimo de suyo, hace acudir á los principios, y el libro en donde estos se encuentran consignados es principalmente la série de decisiones, autorizaciones y fallos que el Consejo Real en su principio, el Tribunal contencioso-administrativo despues, el Consejo Real por segunda vez y hoy el Consejo de Estado han consultado y consultan al Gobierno contribuyendo eficazmente á regularizar la marcha de la Administracion, á contener á los funcionarios públicos dentro del círculo de sus respectivas atribuciones, á mantener las leyes en observancia, á garantir los derechos civiles, á introducir tradiciones de gobierno y á cortar abusos envejecidos. Mucho se ha hecho en este camino: mas podrá hacerse en adelante: la esperiencia nos enseña ya lo que debe conservarse, lo que necesita reforma, y lo que es conveniente proscribir, para que nuestra Administracion llegue al grado de perfeccion posible; pero los cimientos de la obra se hallan terminados, y ellos son la base del edificio que trabajosamente estamos levantando. Bien merece esta

materia que le consagremos algunos artículos, estimulando á esta clase de estudios á que aun hoy por desgracia se dá entre nosotros una importancia muy inferior á la que en realidad tienen, y la que conviene que tengan, para bien del Estado.

Pedro Gomez de la Serna.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

CONSULTA.

Quando el demandado residiere en pueblo distinto al del juez de paz que le emplace, deberá estenderse en papel sellado el oficio que se dirija al del punto en que aquel se halle para que la cita tenga efecto?

Cuestión ha sido esta de dos jueces de paz, sosteniendo el uno la afirmativa y la negativa el otro. Ambos citaron los arts. 208 y 4169 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y últimamente el del lugar en que se hallaba el demandado, se decidió á estender la diligencia de la entrega de la copia y la citacion; pero consiguiendo que lo hacia sin perjuicio de reintegro.

El que suscribe fué consultado sobre este asunto, y contestó que el oficio debja estenderse en papel comun, ó no sellado, por ser muy claro el espíritu de los artículos citados; pues segun el primero, la comunicacion no es mas que un equivalente á la papeleta que se entrega al que reside en el mismo pueblo del juez ante quien se cita, y el conducto legal para que se haga y surta efecto; y segun el otro, es el mismo conducto y para el otro fin, sin mas diferencia que en esta se debe acompañar copia de la papeleta para que su entrega y la citacion se acrediten en la diligencia que se debe poner á seguida de dicha comunicacion ú oficio; de manera que ya se refiera la cita á los actos de paz, ó ya á los juicios verbales, es idéntico el objeto, y en ninguno de los dos casos debe exigirse papel de distinta clase á la de aquel en que la ley permite presentarlo que propiamente llama papeleta, para que no se confunda con la demanda, ni se interprete de un modo contrario á lo que se ordena con respecto á los juzgados de paz. Además apoyé mi opinion en que estas diligencias son exclusivamente preparatorias de juicios y actos en los cuales no hay práctica ni ley que obligue al uso del

papel sellado, hasta que se dá principio al acto ó al juicio escribiendo y autorizando la correspondiente acta.

No bastó lo espuesto; y como el que opina de distinto modo tiene derecho á que su opinion sea respetada, deseo que VV. se sirvan dar ó aumentar las razones que no están á mi alcance, para convencer al que se funde mal.—PASQUAL FRAXNO.

Contestacion.

Estamos de acuerdo con la opinion del ilustrado consultante; pero debemos decir tambien, con la franqueza que nos caracteriza, que el Sr. Fraxno, al tratar la cuestion que propone, ha dado por resuelta otra duda que, en nuestro concepto, está sin decidir, porque la ley de Enjuiciamiento civil guarda silencio acerca de ella, y no existe tampoco otra disposicion que trate sobre este punto.

La consulta, de cuya contestacion nos hemos encargado, versa sobre si debe estenderse en papel sellado ó en papel comun el oficio que un juez de paz dirige á otro juez para citar á un demandado á celebrar acto de conciliacion ó juicio verbal; y al manifestar el consultante su opinion, resuelve la cuestion por analogia, diciendo que no debe exigirse para dicho oficio papel de distinta clase que el que la ley permite usar en las papeletas de citacion, que es el papel comun. En este punto no convenimos; la ley no autoriza en ninguna de sus disposiciones el uso del papel comun; y aunque quiera suponerse, por su silencio mismo, que lo permite en algun caso, no es esto una cuestion resuelta que pueda servir de precedente para decidir otra por analogia. Con esta observacion, que nos hemos permitido hacer, contestarémos, empezando por hablar de las papeletas de citacion, que es, como se dice, un punto análogo al que se pregunta.

Al establecer la ley de Enjuiciamiento civil los trámites que deben observarse en la celebracion de los actos de conciliacion y de los juicios verbales, nada ha prescrito respecto del papel en que han de escribirse sus actuaciones, como tampoco lo ha hecho al tratar de los demás juicios. Pero no ha olvidado esta necesidad ni ha dejado de satisfacerla por medio de una disposicion general que los comprende á todos. Nos referimos al art. 7.º, en el cual se dispone que «todas las actuaciones judiciales deben escribirse en el papel sellado que prevengan las leyes y reglamentos.» Ni era necesario hacer mas; la ley ha tenido presente que el uso del papel sellado estaba ya arreglado por medio de otras disposiciones recientes; y

aceptando este arreglo, lo ha recomendado con una prescripcion tan lacónica como la que acabamos de transcribir, sin perjuicio de las reformas que acaso convenga hacer en lo sucesivo, cuya prevision se deja comprender en la palabra que hemos subrayado. Segun esto, para saber en qué clase de papel deben escribirse las diferentes actuaciones de los juicios, es preciso acudir al Real decreto de 8 de agosto é Instruccion de 1.º de octubre de 1851, que, con otras disposiciones posteriores, forman la legislación que hoy rige sobre esta materia.

Mas desde luego se nota que ninguna de estas disposiciones señala la clase de papel que debe usarse en las papeletas que se presentan en los juzgados de paz, con el objeto de que se cite á un demandado para celebrar un acto de conciliacion ó un juicio verbal; y la razon de ello es, que cuando se publicó el decreto citado, no se conocian todavía las papeletas de que hablamos, ó á lo menos, no estaban establecidas como parte de los procedimientos civiles. En este estado, en el silencio de la ley y de las prescripciones anteriores, cuya observancia previene, ha venido la jurisprudencia á llenar el vacío resolviendo que dichas papeletas se escriban en papel comun, y tambien la providencia en que se manda la citacion, y la notificacion que de ella se hace al demandado, puesto que, segun la ley, han de estenderse en la misma papeleta.

Y esta práctica, generalmente admitida, tiene su razon en la ley misma, cuyo espíritu, relativamente á esta clase de negocios, es bien conocido. Queriendo conservar la institucion de los actos que antes se llamaron juicios de conciliacion, y teniendo necesidad de los juicios verbales, la ley ha fijado sus trámites, pero tan sencillos como correspondia á su índole, y con tanta economía como exigia la escasa importancia de su objeto y la pequeña trascendencia que de ellos puede esperarse. Parece, pues, conforme con este espíritu de la ley, que las diligencias preparatorias para la celebracion de los actos y juicios de que tratamos, se practiquen con el menor coste posible, escribiéndose en papel comun, toda vez que no lo prohíbe la legislación que rige en la materia. Además, ya hemos dicho que las papeletas de citacion son diligencias preparatorias; ellas tienen por objeto facilitar el juicio, disponer las cosas para que tenga efecto su celebracion; mas en rigor, no son actuaciones del juicio. Será conveniente, necesario, que conste la citacion del demandado; pero el juicio no empieza hasta que el actor entable su

demandada de palabra en presencia del juez, y entonces es cuando el negocio principia á tener importancia, y cuando propiamente se practican actuaciones judiciales.

Por estas razones, opinamos que las papeletas y demás diligencias preliminares para celebrar actos de conciliacion y juicios verbales deben escribirse en papel comun. Vengamos ahora á la consulta, concreta al oficio que un juez dirige á otro para la citacion.

Cuando el demandado se encuentra en pueblo distinto del de la residencia del Juzgado que ha de conocer del acto de conciliacion ó del juicio, se dirige un oficio al juez de paz de su residencia para que disponga su citacion, segun lo prescribe la ley en los arts. 208 y 4169. En el primer caso, esto es, cuando se trata de un acto de conciliacion, debe insertarse en el oficio el contenido de la papeleta que presentó el demandante, para hacerla saber al demandado; y en el segundo, ó sea, cuando se haya de celebrar juicio verbal, debe acompañarse la copia de dicha papeleta, para su entrega. En uno y otro, el oficio de que hablamos no es mas que un medio para facilitar la notificacion que se hace al demandado cuando reside en el lugar del juicio; y si esta diligencia debe escribirse en papel comun á continuacion de la papeleta, como ya hemos dicho y como se practica, lo mismo corresponde hacer respecto del oficio por razon de analogía. De este modo se cumple el doble objeto de la ley conciliando las formalidades con la economía.

Hermenegildo María Ruiz.

DE LOS CONTADORES PARA LAS PARTICIONES.

CONSULTA.

La disposición legal que obligaba á los vecinos de Madrid á nombrar contadores letrados para todas las particiones está derogada por el art. 468 de la ley de Enjuiciamiento civil?

La derogacion general del artículo 1415 de dicha ley ¿se considera bastante para anular una disposicion especial como la citada?

DICTÁMEN.

No nos parece dudoso que el auto del Consejo de Castilla de 14 de abril de 1768 que ordenó que en Madrid los abogados solamente

podieran hacer las particiones, está derogado por la ley de Enjuiciamiento civil. El art. 1413 declara derogadas todas las leyes, Reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hubieran dictado reglas para el enjuiciamiento civil, y el auto citado del Consejo no puede considerarse mas que como una disposicion local, un fuero municipal de Madrid. Procuró la ley de Enjuiciamiento civil uniformar todas las disposiciones relativas á los procedimientos, y ante su nivel desaparecieron todos los privilegios de localidad: lo que rige hoy por regla general, es estensivo á todos los pueblos de la Monarquía sin escepcion.

Y esto tiene aun mayor fuerza en el caso actual, si se atiende á que el auto acordado de 1768 no fué siempre limitado á Madrid sino estensivo á todo el Reino, como se demuestra con la ley 9.^a del título XXI, lib. X de la Nov. Recop. Al formarse la ley de Enjuiciamiento civil en que tuvieron parte tan principal algunos abogados del Ilustre Colegio de la corte, no podia pasar desapercibido lo que estaba en observancia, lo que todos los dias se veía y practicaba, y sin embargo se propuso que el nombramiento de contadores pudiera recaer en cualquiera persona de la confianza de los que la eligieran, y solo se exigió la circunstancia de letrados en los contadores que se nombraran para dirimir las discordias entre los elegidos por los interesados. Por hacer esta diferencia hubo el motivo de que la confianza de las partes es suficiente garantía de acierto mientras no se suscitan dificultades y desavenencias, porque no es de creer que se busque al imperito: pero cuando hay divergencia de opiniones en un punto para que con mayor ó menor estension se necesitan conocimientos jurídicos, la prudencia y la conveniencia de los interesados reclaman que se busque á quien por su profesion tenga la capacidad necesaria para resolver la discordia.

Los Directores de la Revista.

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

CONSULTA.

Supuestos los daños causados por distracción de aguas verificada en lugar distinto al en que los daños han resultado, ¿qué juez será el competente para conocer del delito, el del lugar de la distracción, ó el del lugar del daño?

Ciertamente que no carece de interés la cuestion, y mas para nosotros, que, estando siempre de parte de la jurisdiccion del lugar de la distraccion, hemos visto recientemente decidida la competencia á favor del juez del lugar en donde los daños resultaron.

Varias son las opiniones en este punto, que cada cual sostiene con convicciones al parecer profundas.

El principal argumento en que descansa la opinion de los que se pronuncian abiertamente en favor del juez del lugar en donde los daños aparecen, se reduce á que mientras los daños no son resultantes, el delito no se determina, creyendo aun que el mismo literal contesto del art. 489 del Código penal resuelve de su parte la cuestion, al colocar los daños al lado de la distraccion de las aguas.

Vamos á ver si, como creemos, y en oposicion á aquellos que ven de su parte á la ley para resolver la competencia objeto de la presente consulta en favor de la jurisdiccion del lugar del daño, esa misma ley se pronuncia abierta y derechoamente por el lugar en donde la distraccion se verificó.

No es solamente el art. 489 el que vamos á llamar en nuestro apoyo. Hemos de tomar las cosas desde muy atrás para concretar nuestros raciocinios. Retrocedemos al art. 1.º del Código penal, para recordar y tener siempre presente que todo delito consista necesariamente en una accion ó en una omision. Para que haya responsabilidad es de todo punto preciso que se ejecute un hecho que la ley prohíbe determinada y previamente á su ejecucion, ó que se omita hacer aquello que con igual puntualidad y antelación tiene dispuesto que se haga. Sin una de esas dos circunstancias el delito no puede proclamarse; y nunca jamás fuera de ellas. Tenemos esto por una evidencia, y la evidencia no necesita demostracion.

Lo que cumple despues de ese antecedente, es hacer la debida aplicacion relativamente al art. 489, de donde sacan su principal argumento nuestros antagonistas en la cuestion que nos ocupa. Para ellos, nada es y nada significa la material y simple distraccion de las aguas: en concepto suyo, todo se resuelve por el daño. Para nosotros, la distraccion es realmente un hecho, y no como quiera, sino principal, base y origen de todo, del cual depende todo como el accidente de la esencia, lo accesorio de lo principal, la consecuencia de su principio. Y con efecto, lo que realmente determina la intencion del agente es la material distraccion de las aguas: la ejecucion propiamente dicha está en la misma distraccion: los daños son, y no mas, una consecuencia de la accion de distraer; y en esa misma accion, es donde vemos la responsabilidad del que con ella ha inferido un daño cualquiera de aquellos que suben á la esfera de delitos por su cuantía. Los daños, rígorosamente hablando, y en el lenguaje de la ley, no son ejecutados de

una manera derecha; y por esto concretamos la accion punible á la material distraccion.

Y cuando, bajo otro concepto, el hecho de distraer es un hecho real, positivo, concreto, exacto y determinado, no hallamos motivo para que el conocimiento de la causa salga del lugar en donde la distraccion se verificó, para ir á buscar el lugar del daño, que es la consecuencia de la accion misma de distraer. Pero la distraccion nada es, se repite hasta la sociedad; y nosotros replicamos que tampoco es nada, siguiendo esas doctrinas, el arma con que se ejecutó un homicidio, y sin embargo, todos los criminalistas están conformes en atribuir fuero al lugar del disparo á una con el lugar del homicidio, cuando este viene á resultar en territorio de diversa jurisdiccion de la de aquel lugar.

Pero vamos al análisis del precepto legal dentro del cual á nuestro juicio, se halla resuelta la cuestion. El art. 489 del Código penal ha venido á equiparar y confundir en uno los dos casos del aprovechamiento y de la simple distraccion de las aguas. No hay mas que pasar la vista por su texto literal y nos convenceremos de esa identidad: *El que aprovechando aguas de otro ó distrayéndolas de su curso causare daño*, etc. Luego si es igual la responsabilidad de la simple distraccion que la del aprovechamiento de las aguas, y en el caso último, el delito se ha cometido por completo en el lugar del aprovechamiento, porque allí se ha verificado la utilizacion del objeto por la cual ha provenido el daño, viénese á parar naturalmente en la identidad del caso de la distraccion con el del aprovechamiento y en la necesidad indeclinable, por lo tanto, de que el procedimiento se instruya allí donde la distraccion se verificó.

No dejan de fijarse tambien los sostenedores de la competencia del lugar del daño en el caso particular de ser varios los autores de la distraccion y de jurisdicciones distintas. Pero sobre que esté caso no parece que debe ser frecuente, en todo evento un caso particular no puede entrar por mucho en la adopcion de principios, y por lo espuesto resultan en favor del lugar del daño así los preceptos de la ley penal, como los principios mas triviales de la ciencia jurídica, y aun las doctrinas de los publicistas. Persistimos, pues, en creer como única jurisdiccion competente, en el caso consultado, la del lugar en donde se distrajeron las aguas, sin perjuicio de la prevenccion que alguna vez puede existir á virtud de la complicacion de los hechos.

—MANUEL BRUALLA.

Contestacion.

Al emitir nuestra opinion sobre el punto que se consulta, debemos suponer que se trata del caso en que se cause un daño que esceda de 25 duros, cuyo hecho se reputa como delito en el Código penal; así lo indican las palabras *juez* y *delito* que usa repetidamente el consultante. En otro caso, el hecho constituiría una falta, y conocería de ella un Alcalde en juicio verbal, al tenor de lo dispuesto en la regla primera de la ley provisional para la ejecucion del Código. Debe entenderse, sin embargo, que cuanto se diga respecto del primer caso, tiene aplicacion al segundo, porque uno y otro son materia del procedimiento criminal.

Mas antes de presentarse esta cuestion, no hubiéramos creído que podia seriamente dudarse si el castigo de un usurpador de aguas competia al juez del lugar donde se cometió la usurpacion, ó al del en que se sintió el daño, efecto de ella; porque las leyes, de acuerdo con la razon, tienen establecido

el fuere que debe seguirse, con disposiciones tan claras y terminantes que no permitan interpretacion.

Para evitar los conflictos á que podria dar lugar el celo de los jueces en la persecucion y castigo de los delitos, era preciso fijar la competencia, esto es, determinar cuál de ellos debia prevenir el juicio, averiguar el hecho, y aplicar al culpable la pena establecida por la ley. Este es uno de los puntos principales en la administracion de justicia, porque de otro modo, seria posible que sobre un mismo delito y contra un mismo delincuente, se instruyeran simultáneamente dos ó mas procesos, y se pronunciaran tal vez otras tantas sentencias, ó á lo menos, se suscitaran graves dificultades sobre cuál de aquellos habia de atraer á los demás. Era, pues, una necesidad, y una necesidad de primer orden, terminar las atribuciones de los funcionarios del poder judicial, fijando reglas para que cada uno obrase independientemente.

Con este objeto, y estableciendo estas reglas, las leyes han prescrito que sea juez competente en primer lugar para conocer de un delito y castigarlo el del distrito ó partido á que pertenezca el pueblo donde se haya cometido; de modo que si otro juez previniera el juicio, instruyendo las primeras diligencias del proceso, deberia inhibirse de su conocimiento, y remitirlas con el procesado al de aquel pueblo. Entre varias disposiciones que pudiéramos citar, recordamos la ley 13, tít. 1.º de la Partida 7.ª, que dice así: «Por todo yerro, ó mal fecho, que algund ome faga, deue ser apremiado por el Judgador del logar do lo fizo, que cumpla de derecho á los que lo acusan dello, maguer sea el mallechor de otra tierra»; y confirmando esta disposicion la ley 3.ª, título 15 de la misma Partida, dice, hablando de daños: «E la demanda del daño, dezimos, que deue ser fecha ante el Judgador del logar do fue fecho.» Está, por lo tanto, fuera de duda que en el lugar donde se comete un delito, debe ser juzgado y castigado su autor. Así lo ha resuelto además el Tribunal Supremo de Justicia que, decidiendo una competencia, calificó de indisimulable el error cometido en este punto, y dijo en sentencia de 31 de octubre de 1837, «que, por regla general, el conocimiento de los delitos, corresponde de pleno derecho, y con preferencia al juez del territorio en que se cometen.»

Y aunque nos bastaria alegar como fundamento de nuestra opinion las disposiciones legales, queremos tambien examinar los fundamentos de estas mismas leyes, ó sea tratar de la filosofia de sus disposiciones.

La designacion del lugar donde se han de sustanciar las causas criminales no debia ni podia ser arbitraria, sino que, para hacerla era necesario consultar la conveniencia pública, prefiriendo aquel que fuera el mas á propósito para conseguir los dos fines principales de la penalidad, á saber: la espacion y la intimidacion.

El hombre que comete un delito, causa un mal, y su conducta, le hace merecedor de sufrir otro mal que la ley tiene establecido de antemano; este padecimiento del delincuente es la espacion, primer fin de la penalidad, y este fin se consigue en el punto en que se ejecuta el hecho criminal con mayor facilidad que en otro alguno. Donde se comete el delito quedan por lo comun vestigios de él que pueden utilizarse con buenos resultados: un homicidio, un robo, un daño, dejan señales de su perpetracion que contribuyen á la calificacion del hecho y al conocimiento de sus circunstancias, datos esenciales para la conveniente graduacion de la pena. En ese mismo lugar puede descubrirse al culpable, porque allí se encuentran los testigos que acaso presenciaron la ejecucion del delito y que pueden suministrar al Juez noticias acerca de su autor.

El segundo fin de la penalidad es la intimidacion, esto es, la prevencion

ó creyese que se hace á quien no ha cometido delito para que se abstenga de cometerlo. La ley, en su justicia, se propone hacer sentir al delincuente la pena á que se le ha hecho acreedor; pero, en su prevision, tiene además otro objeto; se propone intimidar para que no se repita por otros el delito, lo cual consigue con el terror saludable que infunde la ejecucion del castigo. Pues bien; en ningun punto es, ni puede ser, mas fecundo ese terror que en el lugar mismo en que se cometió el delito. Allí donde se produjo el escándalo con la infraccion de la ley, debe tener lugar la reparacion con la aplicacion de la pena. De este modo se imprime la idea de la justicia con toda su severidad, y se ofrece la ocasion de comparar la satisfaccion que proporciona el delito con el sufrimiento que viene detrás de él.

En estos principios, no solamente convendrá con nosotros el autor de la consulta, sino que tambien deben convenir los que resuelven la cuestion en otro sentido; pero á pesar de ello, opinan de distinto modo en el caso que se propone, y es que concurre en él algo especial que debe examinarse.

Supuesta la competencia legitima del juez del lugar donde se comete un delito para conocer de él y castigar á su autor, se duda, tratándose de un daño causado por usurpacion de aguas, si el lugar del delito es aquel en que se ejecutó la usurpacion ó el en que se sintió el daño; es decir, si debe entenderse que el delito se cometió donde se distrajo el curso de las aguas, ó donde se perjudicaron los intereses de su dueño. A este punto viene á quedar reducida la cuestion, que vamos á resolver con una sencilla reflexion.

El delito consiste en un acto voluntario del delincuente por el cual practica un hecho que la ley prohíbe. Esta es la definicion que hace del delito el Código penal, y así lo comprende perfectamente nuestra razon. El hecho intencional que quebranta un precepto de la ley es el delito. Luego el lugar donde este hecho se ejecute será, propiamente hablando, el lugar del delito. Nada importa que sus efectos se sientan en otro punto distinto, porque cuando esto sucede, el delito estaba ya cometido. Esto mismo diriamos si se ejecutara un envenenamiento de las aguas de una fuente en el lugar de su nacimiento, y aquel hecho produjera victimas en un punto distante donde se habiesen las aguas envenenadas. El delito consistiria indudablemente en la accion de echar en la fuente la sustancia venenosa con la intencion de dañar; por este hecho quedaria el delito consumado, y los resultados no serian mas que un efecto del delito ya existente. ¿Cuál sería entonces el Juez competente para castigar á su autor? Ciertamente, el del partido á que perteneciese el lugar donde se hizo uso del veneno, que es donde obró el delincuente, sin que obatare la circunstancia de haberse sentido el daño en otro distinto.

Es, pues, indudable para nosotros que el que, aprovechando aguas de otro, ó distrayéndolas de su curso, causare un daño, debe ser juzgado por el juez del lugar donde ejecutó la usurpacion ó distraccion, con preferencia á cualquier otro.

Hermenegildo María Ruiz.

SECCION DOCTRINAL.

LA IGLESIA Y EL ESTADO

6

EL GOBIERNO Y EL PAPA.

Observaciones sobre el convenio celebrado con la Santa Sede.

Sin pretension alguna de dar consejo al partido progresista ni al moderado, habia pensado muchas veces escribir alguna cosa sobre la desamortizacion de los bienes eclesiásticos; pero me retraje de hacerlo al ver por una parte que se habian ocupado de esta difícil é importante materia publicistas de primer orden, así políticos como canonistas, y por otra mis muchas ocupaciones, que apenas me dejan el tiempo necesario para descansar.

No pretendo sostener la inmunidad de los bienes de la Iglesia, apoyado en el anatema que se fulminó en el famoso Concilio de Trento y en los sagrados cánones contra los que los espilan ó se apoderan de ellos, ni tampoco las ideas avanzadas de los que sostienen que el Estado puede aplicarlos á sus necesidades.

Mucho habria que decir en pró y en contra de estas ideas, si bien en último resultado la opinion mas favorable seria la de la inmunidad de estos bienes, apoyada no solo en las leyes canónicas, sí que tambien en las de la Novísima Recopilacion y en las de las Cortes de España, que nos presentan pocos ejemplos de haber dispuesto la potestad civil de los bienes de la Iglesia sin la autorizacion del jefe de la misma; y aun en los pocos casos en que esto se ha hecho, ha tenido que recurrirse á la Santa Sede para la expedición de un Breve, ó para la celebracion de un Concordato para legitimar las enajenaciones.

Los grandes regalistas, como Campomanes, Macanaz, Jovellanos y hasta el mismo Consejo de Castilla, tan ilustrado como celoso de los derechos de la nacion, no han proclamado jamás en ninguna de sus obras, ni en sus escritos, que el poder temporal pudiese dis-

poner por sí solo de aquellos bienes, si bien han declamado fuertemente contra las multiplicadas adquisiciones del clero.

El mismo Campomanes en su célebre *Tratado de la Regalía de Amortizacion*, Jovellanos, en su *Informe sobre la ley agraria*, y cuantos han escrito sobre esta importante materia durante el reinado del ilustrado y justiciero D. Carlos III, precisamente en una época en que descollaron grandes escritores y en que habia toda la libertad para emitir y publicar sus pensamientos por medio de la prensa; no escribieron ni aconsejaron una cosa semejante; al paso que no cesaban de encarecer la necesidad de la desamortizacion civil y eclesiástica, y de poner coto á las adquisiciones de bienes raíces por las manos muertas.

El respeto á las citadas leyes, aunque se quisiese prescindir del derecho de propiedad, sagrado é inviolable, que tienen las corporaciones eclesiásticas; lo mismo que los demás particulares, según las leyes del reino y la Constitución política de la Monarquía española, se opondrian siempre á la espropiciacion forzosa de los tales bienes sin la aprobacion ó consentimiento de la Iglesia; como igualmente se opuso este mismo derecho de propiedad á las ideas y á los proyectos de la Asamblea nacional de Francia del año de 1789; cuando aun no se habia desbordado y conservaba el respeto á la religion.

Se disputó fuertemente sobre la naturaleza de tales bienes; si podian llamarse nacionales; si los monasterios obtenian una verdadera propiedad, y si esta, estinguidos los monasterios, pasaba á la nacion. Muchos desecharon el pensamiento de propiedad; y en medio de la diversidad de pareceres; por fin se adoptó la proposicion de Mr. Arche, declarando la Asamblea en 8 de noviembre de dicho año, que *eran de la disposicion de la nacion.*

El reinado del virtuoso D. Carlos III, nos presenta tambien un ejemplo de haber ocupado los bienes de los regulares de la Compañia sin la aprobacion de la Santa Sede. Solo años despues de la espulsion de los jesuitas y de la ocupacion de sus bienes el Papa Clemente XIV espulso al Brève.

Sin embargo de que no tenga jamás la consideracion y el respeto con que la España venera á la cabeza visible de la Iglesia, fueron muy terminantes las exortaciones que el Gobierno tuvo con Roma. La última fue la que dio en 1767 el Señor D. Carlos III con motivo de otra que le habia dirigido el Papa Ganganelli cuando le notificó la espulsion de los jesuitas. S. S. le hizo varias repeticiones,

y aquel rey sumamente piadoso y detenido en estos puntos, pasó aquella carta al Consejo pleno, consultándole la respuesta que debía dar, y la contestación fué, que la carta se le había enviado para su noticia, no para su aprobación.

En todas las naciones católicas y en todas épocas ha habido cuestiones sobre los casos en que la potestad civil puede echar mano de los bienes eclesiásticos: las obras publicadas sobre esta materia por los Covarrubias, Campomanes, Moñinos, Macanaces y otros españoles de una parte, y por otra las de los Mammichis, Mazarellis, Zacarias Chumbeiros y otros italianos son harto comunes y conocidas de todos. Por esto me bastará decir solamente que en todas las disputas sobre materias mistas sobran hechos en la historia en que apoyarse, según las grandes vicisitudes y variedad de los gobiernos en el transcurso de los siglos; logrando el ascendiente, ora la potestad eclesiástica, ora la civil; pero que también sobran las pasiones, las que no dejan ver la verdad como es en sí; pues retirando estas no permiten obrar á la razón; como decía San Ambrosio: *non videt oculus, sed affectus*.

Respto; pues, que no es mi ánimo tratar esta cuestión bajo el aspecto canónico ó eclesiástico, sino el político y económico, ó mas bien demostrar las ventajas ó desventajas que ha reportado la nación del convenio que acaba de celebrar con la Santa Sede.

Este convenio, á mi modo de ver, es muy favorable á los derechos é intereses de la Iglesia y muy perjudicial á las regalías é intereses de la nación española.

Pero antes de engolfarme en esta discusión debo protestar una y mil veces, que este escrito no tiene por objeto hacer la oposición al Gobierno.)

Ningun español puede crear obstáculos y dificultades al Ministerio que tan dignamente preside el Conde de Lucena, que no ha hecho un solo confinamiento, que ha levantado los estales de sitio en toda la Monarquía, que en medio de la guerra que nos aquejaba ha sabido reusar con el orgullo y la dignidad española, el plazo con que nos brindaba la Gran Bretaña para el pago de una suma cuantiosa que ha venido á exigirnos en tan difíciles como apremiantes circunstancias.

¿Cómo habla de contrariar la marcha de un Gobierno, que es el único, que en estos últimos tiempos ha sabido gobernar sin terror ni aparato de fuerza, y solo con el prestigio que le han dado su nom-

bre, su moralidad y el respeto á las leyes y á la Constitucion de la Monarquía?.....

Queda pues, consignado, que este escrito no es de oposicion, y si solo el pensamiento, la expresion del jurisconsulto, que haciendo abstraccion de partidos y de ideas politicas, sola desea la felicidad de su patria.

Para convencerse de las ventajas que lleva la Iglesia sobre el Estado con dicho convenio, por lo que respecta á los bienes que ofrece cederle, bastará hacer un análisis de sus principales artículos y de los derechos, seguridades y garantías que por esta cesion se conceden á la Iglesia.

Por el primero de los artículos del citado convenio, el Gobierno de S. M. C., deseando asegurar á la Iglesia *perpétuamente la pacífica posesion de sus bienes y derechos*, y prevenir todo motivo de que sea violado el solemne Concordato de 16 de marzo de 1851, promete á la Santa Sede que en adelante no se hará ninguna venta, conmutacion, ni otra especie de enajenacion de dichos bienes sin la necesaria autorizacion de la misma Santa Sede.

Por este artículo se devuelven sus bienes á la Iglesia, se ratifica lo solemnemente estipulado en el Concordato, y en su consecuencia queda derogada la ley de 1.º de mayo de 1855, en cuanto ordena la venta de dichos bienes, y demás disposiciones que se han publicado para llevarla á cabo.

En este artículo, con el que, no solo se devuelven á la Iglesia todos sus bienes, sino que se le dá la mas absoluta seguridad de que no volverá la nacion jamás á disponer de ellos por ningun título, sin la necesaria autorizacion de la Santa Sede, se echa de menos la aprobacion ó asentimiento espreso del jefe de la Iglesia á las enajenaciones que hasta el dia se han hecho de parte de estos bienes con arreglo á la citada ley. Este era sin duda el lugar mas oportuno para hacer esta declaracion.

Por el artículo 2.º manifiestan las altas partes contratantes sus deseos de llevar definitivamente á efecto de un modo seguro, estable é independiente el plan de dotacion del culto y clero prescrito por el mismo Concordato.

Nada mas justo, nada mas conforme á las leyes del reino, á la Constitucion política de la Monarquía y á las buenas máximas de la religion cristiana, porque justo y muy justo es, que una nacion católica dote competentemente á sus fieles servidores, á los mi-

nistros del altar de un modo decoroso, estable y conveniente.

La nacion y el clero ganan sin duda en que esta dotacion consista en una renta líquida y permanente no dimanada de bienes raices. El clero se evita de esta suerte los gastos y dispendios que lleva consigo una vasta y complicada administracion; las malas cosechas, que se suceden con harta frecuencia, y la odiosidad que en ciertos casos y con cierta clase de deudores es inherente, por tener que apremiarles al pago de las rentas; y sobre todo ese vaiven continuo de ser desposeido de sus bienes raices, porque, como dice el célebre Montesquieu, el clero ha adquirido siempre, ha restituido siempre, y adquirirá siempre.

En los primeros siglos de la Iglesia, los bienes dados á la misma se vendian para cubrir las necesidades de sus ministros y de los pobres. Este medio era el mas conforme á la perfeccion evangélica, que para seguir á Cristo en la vida comun manda vender los bienes y dar de limosna su importe á los pobres. San Pablo estima por opuesta á ella distraerse en el cuidado de bienes y negocios temporales (1). Por esto se establecieron los Diáconos y despues los Ecnómos, para evitar que los sacerdotes se mezclasen en tales administraciones temporales.

«Art. 3.º Primeramente el Gobierno de S. M. reconoce de nuevo formalmente el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y *sin limitacion ni reserva* toda especie de bienes y valores; quedando en consecuencia derogada por este Convenio cualquiera disposicion que le sea contraria, y señaladamente y en cuanto se le oponga la ley de 1.º de mayo de 1855.»

«Los bienes que en virtud de este derecho adquiere y posea en adelante la Iglesia no se computarán en la dotacion que le está asignada por el Concordato.»

Si por el art. 2.º se reconoce la necesidad de dotar al clero de un modo seguro, estable é independiente; si esta dotacion ya le ha sido asignada por el Concordato; y si por el art. 4.º se admite el principio de la dificultad de administrar sus bienes, lo que necesariamente ha de distraerle de las funciones de su sagrado ministerio, y ha de producir todos los males que se han enumerado, ¿por qué concederle de nuevo con este convenio la facultad de adquirir, re-

(1) S. Pablo, *epist. á Timot.*

tener y usufructuar en propiedad y sin limitacion ni reserva, toda especie de bienes? ¿Por qué sus productos y rentas no se han de computar en la dotacion que le está asignada por el Concordato? No, lo comprendemos; pues para nosotros es un contrasentido, el que se reconozca la necesidad de dotar al clero con una renta fija y permanente, que se admita la conveniencia de computar sus bienes por esta misma renta, por los inconvenientes que lleva consigo la administracion, y que á renglón seguido se le autorice para adquirir de un modo ilimitado toda clase de bienes, con derogacion de cuantas disposiciones se opongan á esta omnimoda facultad. Y es inconcebible, por demás, que despues de estar dotado el clero competentemente por el Concordato, despues de pagar la nacion, como es justo, su manutencion en el modo y forma que ha sido fijada por el mismo Concordato, y en una palabra, despues de tener el clero todo cuanto se ha conceptuado necesario para su decorosa, estable y permanente subsistencia, se le conceda la facultad de adquirir ilimitadamente y sin que las rentas de sus adquisiciones deban imputarse á cuenta de su dotacion.

Este artículo es altamente favorable á los intereses de la Iglesia y muy depresivo de los derechos, de las regalías y de los intereses de la nacion. Para demostrarlo bastará dar una rápida ojeada por la historia y la legislacion antigua.

Siempre ha sido disputada al clero la facultad de adquirir, y generalmente se han considerado perjudiciales sus adquisiciones de bienes raices á los intereses de la nacion. Los Emperadores romanos, concedieron á las Iglesias licencia de adquirir lo que les dejasen por testamento (1).

Las leyes civiles hacen mencion de los abusos de algunos eclesiásticos y monjes para captarse con sugerencias las herencias de las viudas y pupilos en los testamentos (2). Se calificaba con el dictado de heredipetas ó corredores de herencias, á los que abusaban de la piedad de las viudas y otras personas devotas. De aquí dimanó el revocar á los eclesiásticos y monges, y despues á la Iglesia la capacidad de adquirir. No fueron los Emperadores paganos é impíos los que promulgaron tales leyes, sino religiosísimos y católicos.

No se ofreció jamás, poner en duda, la potestad imperial para es-

(1) Leg. 4, Cód. de Sacros. Eccl. -

(2) Leg. 20, 22 et 27, Cod. Theodos. de Ep. et Clero.

tablecen esta ley á los Santos Padres que dan noticia de ella (1), por que sabian muy bien, que la facultad de adquirir era un privilegio civil ó temporal, concedido á las iglesias, por mera liberalidad de los emperadores, y que en su mano estaba continuarla, moderarla, ó suprimirla, cuando de su ejecucion total ó parcial resultase daño á la República ó al Imperio.

Valentiniano, Teodosio y Arcadio revocaron la anterior prohibicion en beneficio ó gratificacion de las Iglesias, (2). El mismo San Jerónimo, distó tanto de creer que esta revocacion fuese medio de hacer beneficio considerable á la Iglesia, que antes se persuade, que fué nociva la restitucion del privilegio de adquirir en sus efectos, (3).

Mas en el dia, que ha sido dotado el culto, y clero por el Concilio de un modo deceroto y permanente, las adquisiciones no eran necesarias á la Iglesia, ó cuando menos debia habérsele otorgado esta facultad ó privilegio con ciertas restricciones, imputándose siempre la renta proveniente de dichos bienes á quantia de su dotacion y durante el beneplacito del Gobierno de S. M.

Para que se vean cuales han sido las tendencias del clero en todas épocas sobre esta importante materia y hasta donde llegó la energia del gran Rey D. Carlos III para refrenar sus omnímodas adquisiciones, copiaremos aquí algunos fragmentos de la famosa Real cédula que dió en San Ildefonso en 18 de agosto de 1771.

«La ambicion humana (dice) ha llegado á corromper aun lo mas sagrado, pues muchos confesores olvidados de su conciencia, con varias sugestiones, inducen á los penitentes, y lo que es mas á los que están en el artículo de la muerte, á que les dejen sus herencias con título de fideicomiso, ó con el de distribuir las en obras pias, ó aplicarlas á las Iglesias y conventos de su instituto, fundar capellanías y otras disposiciones piadosas; de donde proviene que los legitimos herederos, la jurisdiccion real y derechos de la Real Hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y ejecutan hastantemente enredadas, y sobre todo el daño es grandisimo»

(1) D. Hieron. in *Epist. ad Nepotianum*. D. Ambros. in *Epist.* 31. *Nonnis etiam privata successione emolumenta recentibus legibus denegantur, et nemo conqueritur.*

(2) *Leg.* 28, *Cod. Theodos. eod. tit.* *Leg. unic. Cod. de Test. Clericor.*

(3) D. Hieronim. in *vit. Malchi*: *Sicque Ecclesia potentia quidem, et divitiis major, sed virtutibus minor facta est.*

mo y mucho mayor el escándalo... Comprende el Consejo que las mandas que hacen los fieles á sus confesores, parientes, religiosos y conventos en la enfermedad de que mueren, por la mayor parte no son libres ni con las calidades necesarias, antes bien muy violentas y dispuestas con persuaciones y engaños, sin algun consuelo del enfermo que las deja en perjuicio de otros parientes suyos y obras mas pías: y así acordó que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere á su confesor, sea clérigo ó religioso, ni á deudo de ellos, ni á su Iglesia ó religion, para escusar los fraudes referidos... Pero habiendo notado el mi Consejo, que en los repetidos espedientes seguidos en él, el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este auto acordado, dejando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en un todo á su literal sentido, en grande daño y perjuicio del Estado; de mi Real Hacienda y de los particulares interesados: con el fin de evitarlos en lo sucesivo, me consultó mi Consejo lo preciso y conveniente que era tomar providencia para que esta saludable ley se guardase en los Tribunales; y conformándome con su dictámen, se acordó espedir esta mi Real cédula, por la cual con el fin de evitar descuidos é interpretaciones en la observancia del citado auto acordado, mando á los Tribunales y justicias, que todo lo cumplan segun su literal tenor, arreglándose á él en cualesquiera determinaciones que diesen sobre los casos de que se trata, bajo las penas que contienen; imponiendo como impongo, la de *privacion de oficio* á los escribanos que otorgasen cualesquiera instrumentos en su contravencion, pues desde luego declaro nulos los que se ejecutaren en contrario.»

Hasta aquí la Real ódula. Mas esplicita y conveniente era á los derechos é intereses de la nacion y conforme al espíritu de esta Real cédula el artículo 41 del Concordato de 16 de marzo de 1851, que al conceder á la Iglesia la facultad ó privilegio de adquirir pone la certapisa ó condicion indispensable, de que sea *por título legítimo*.

Es cierto que toda adquisicion presupone necesariamente esta circunstancia para que sea válida; pero estando ya concedida á la Iglesia esta facultad por el Concordato, ¿cómo se esplica la nueva concesion que se le ha hecho con el artículo 3.º del convenio en que se declara vigente el mismo Concordato? ¿Porqué se ha omitido aquí la espresion ó circunstancia de título legítimo que por el Concordato se juzgó indispensable?

Esto naturalmente revela que puede llevarse otra idea, y que por la generalidad con que se establece en el citado artículo la derogacion de cuantas disposiciones se opongan á la facultad de adquirir, se ponga algun dia en tela de juicio si ha sido tambien derogada la Real cédula que hemos copiado.

Artículo 4.º En virtud del mismo derecho, el Gobierno de S. M. reconoce á la Iglesia como propietaria absoluta de todos y cada uno de los bienes que le fueren devueltos por el Concordato. Pero habida consideracion al Estado de deterioro de la mayor parte de los que aun no han sido enajenados, á su difícil administracion y á los varios, contradictorios é inexactos cómputos de su valor en renta, circunstancias todas que han hecho hasta ahora la detencion del clero incierta y aun incóngrua, el Gobierno de S. M. ha propuesto á la Santa Sede una permutacion, *dándose á los Obispos la facultad de determinar, de acuerdo con sus cabildos, el precio de los bienes de la Iglesia situados en sus respectivas diócesis, y ofreciendo aquel, en cambio de todos ellos, y mediante su cesion hecha al Estado, tantas inscripciones intransferibles del papel del 3 por 100 de la deuda pública consolidada de España, cuantas sean necesarias para cubrir el total valor de dichos bienes.*»

Es sumamente perjudicial la adquisicion que se propone hacer el Estado de los bienes de la Iglesia, por medio de condiciones tan onerosas y que tanto pueden llegar á perjudicar los intereses de la nacion, que es la que al fin y al cabo tendrá que pagar los intereses de las inscripciones del papel de la deuda pública consolidada, que se entreguen en cambio de dichos bienes.

Es ciertamente inconcebible que para adquirir unos bienes que luego tienen que venderse para sacar de ellos algun lucro, aplicando sus capitales á la estincion de la deuda de España, se esponga el Gobierno de S. M. á tener que pagar mucho mas de lo que pueda sacarse en pública subasta, y á aumentar todaví mucho mas el importe de la deuda que se pretende disminuir.

Mil veces mas preferibles eran las disposiciones de los arts. 35 y 38 del Concordato, por medio de los cuales se obligaba á los Prelados á proceder *inmediatamente y sin demora* á la venta de los espresados bienes, por medio de subastas públicas hechas en la forma canónica, y con la intervencion de persona nombrada por el Gobierno de S. M. El producto de estas ventas debia convertirse en inscripciones intransferibles de la deuda del Estado del 3 por 100

para la dotacion del culto y clero, y en sustitucion de los expresados bienes.

Por medio de la publica subasta en que debian venderse, con la intervencion del Gobierno, tenia este un tipo positiva, una regla cierta é invariable de lo que valian los bienes del clero, y no se esponia á dar inscripciones ó títulos de la tienda por mayor valor del que real y efectivamente recibiera.

No comprendamos, pues, la necesidad de variar las disposiciones de unos artículos tan convenientes á los intereses de las altas partes contratantes, y tan justos y conformes á los principios del derecho, ya que por este medio se precavia todo perjuicio, toda equivocacion, y señaladamente el daño ó la lesion que puede resultar á la nacion de lo dispuesto en el art. 4.º del Convenio, que ha venido á sustituir á los 35 y 36 del Concordato.

No creemos capaces á los RR. Obispos de abusar de la omnimoda facultad que el citado artículo les concede para determinar, de acuerdo con los cabildos, y no con el Gobierno, el precio de los bienes de la Iglesia situados en sus respectivas diócesis; pero es contrario á los principios mas triviales del derecho que el precio de la cosa, objeto de la venta ó de la traslacion de dominio, se deje al arbitrio del vendedor ó poseedor de la misma. El precio debe fijarse de comun acuerdo de ambas partes contratantes, pues es sabido que se perfecciona este contrato desde el momento en que los contratantes convienen en la cosa que se ha de vender, en su precio y demás circunstancias, segun la ley 6, tit. 5, Part. 5. Es verdad que puede dejarse al arbitrio de un tercero; pero jamás debe dejarse al del mismo vendedor.

Podrá suceder, y es muy fácil que suceda, que por circunstancias locales ó de mera apreciacion, algunos de los Obispos fijen el precio de los bienes en mucho mas valor del que materialmente tengan, ó del que pueda sacarse en pública subasta. De modo que es muy fácil que haya finca por la que pague el Gobierno medio millon de reales y que solo saque en venta doscientos mil, pues á esto y á mucho mas se esponen los que tienen la candidez de dejar al arbitrio del vendedor el fijar el precio de la venta. Esto es demasiado patente, demasiado trascendental para que no se eche de ver que no ha andado muy atinado el representante del Gobierno de S. M. en la redaccion de tal convenio.

«Art. 3.º La Santa Sede, desea que se lleve inmediatamente.

te á efecto una dotacion cierta, segura é independiente para el culto y para el clero; oidos los Obispos de España y reconocida en el caso actual, y en el conjunto de todas las circunstancias, la mayor utilidad de la Iglesia, no ha encontrado dificultad en que dicha permutacion se realice en la forma siguiente.»

Ciertamente que S. S. no habia de hallar inconveniente en que se realizara un cambio de valores tan ventajoso para la Iglesia, puesto que no solo se obliga la nacion española á pagar la dotacion de los ministros y del culto de la misma, de un modo cierto, seguro é independiente; y no solo le concede la omnimoda facultad de adquirir, que es de grande importancia, sin que los bienes que adquiera se imputen á cuenta de esta dotacion, sino que le autoriza para fijar el valor de sus bienes. Sin duda que á este precio serian muchos, y yo el primero, que se prestarian gustosos á la permutacion de sus bienes.

El art. 6.º es una reproduccion de lo que se dice en los artículos 31 y 33 del Concordato, con alguna mayor latitud, tal como el poder la Iglesia retener alguna finca, si en alguna Diócesis estimare el Obispo que por particulares circunstancias debe exceptuarse de la permutacion, imputándose el importe de su renta en la dotacion del clero. Este artículo podrá dar lugar á que los bienes exceptuados de la permutacion ó que retenga la Iglesia, sin embargo de ser quizás los mejores ó de mas estima, sean tasados á un bajo precio, ya que se deja esta facultad á la misma Iglesia, y que el importe de su renta ha de imputarse á cuenta de la dotacion del culto y clero.

«Art. 7.º Hecha por los Obispos la estimacion de los bienes sujetos á la permutacion, se entregarán inmediatamente á aquellos, títulos ó inscripciones intrasferibles, asi por el completo valor de los mismos bienes, como por el valor venal de los que han sido enajenados despues del Concordato. Verificada la entrega, los Obispos, competentemente autorizados por la Sede Apostólica, harán al Es- do formal cesion de todos los bienes que con arreglo á este convenio están sujetos á la permutacion.»

«Las inscripciones se imputarán al Clero como parte integrante de su dotacion, y los respectivos diocesanos aplicarán sus réditos á cubrirla en el modo prescrito en el Concordato.»

Pueda considerarse como depresiva de la dignidad de la nacion española la desconfianza que se aparenta en este artículo de no querer entregar los bienes objeto de la llamada permutacion, sino hasta

despues de haber recibido los títulos ó inscripciones de la deuda representativos, no de su valor real y efectivo, sino del que le habrán dado los Obispos.

Con este mismo artículo se obliga tambien el Gobierno de S. M. á entregar á los Obispos los títulos ó inscripciones intrasferibles, que sean necesarios para cubrir el valor venal de los bienes que han sido enajenados despues del Concordato.

Si la Iglesia recibe, como es justo, esta indemnizacion, ¿ en qué se la ha perjudicado? ¿ Por qué abusar de su posicion hasta el punto de haber exigido condiciones tan duras y onerosas para la cesion de unos bienes, que debia ya haber vendido segun el Concordato, para convertir su capital *inmediatamente y sin demora* en inscripciones intrasferibles de la deuda del Estado del 3 por 100? Ciertamente que S. S. podia haber sido mas indulgente y generoso con una Reina tan piadosa y magnánima como Doña Isabel II, que tantas pruebas le ha dado de su acendrado amor, de su veneracion y respeto. De esa segunda Isabel, que tanto ha mirado por el bien de los españoles, como por la religion y la felicidad de la Iglesia.

Si se habia faltado al Concordato con la venta de algunos de los bienes de la Iglesia, por causas independientes de la voluntad de S. M. C.; subsanada ya esta falta, é indemnizada la Iglesia de la pérdida de estos bienes en la forma prescrita por el citado artículo 7, no parecia regular que el Santo Padre pretendiese todavía mayores indemnizaciones, mayores seguridades y garantías de las que se habian consignado á la Iglesia por el Concordato, hasta el punto de hacer representar á la nacion española un papel poco conveniente.

Sin duda que no habia necesidad de celebrar este Convenio, sino que bastaba que se hubiese indemnizado á la Iglesia de los bienes vendidos despues del Concordato, como se hace por el artículo sétimo, y que se hubiese mandado llevar á su debido efecto lo resuelto y convenido en el mismo Concordato.

«Art. 8.º Atendida la perentoriedad de las necesidades del clero, el Gobierno de S. M. se obliga á pagar mensualmente la renta consolidada correspondiente á cada Diócesis.»

Esta es otra prueba de desconfianza hácia el Gobierno de S. M., puesto que las necesidades del clero no son tales que le obliguen á cobrar mensualmente la renta. Creo que podia haber cobrado muy bien por semestres, y á lo mas por trimestres, sin ningun inconveniente.

«Art. 9.º. En el caso de que por disposicion de la autoridad temporal la renta del 3 por 100 de la deuda pública del Estado llegue á sufrir cualquiera disminucion ó reduccion, el Gobierno de S. M. se obliga desde ahora á dar á la Iglesia tantas inscripciones intrasferibles de la renta que se sustituya á la del 3 por 100, cuantas sean necesarias para cubrir íntegramente el importe anual de la que vá á emitirse en favor de la Iglesia; de modo que esta renta no se ha de disminuir ni reducir en ninguna eventualidad ni en ningun tiempo.»

Esta doble garantía que ha exigido la Santa Sede de que tenga que suplir el Gobierno de S. M. cualquier déficit que experimentaré la espresada renta, hace un vivo contraste con no querer la misma Santa Sede que se imputen á cuenta de la dotacion del culto y clero la renta de las adquisiciones de bienes raices que haga la Iglesia, y que bien pronto serán de mucha consideracion. Si hay justicia para una cosa, tambien debiera haberla para la otra. La condicion de las partes contratantes debe ser igual, y la una no debe abusar de su posicion en perjuicio de la otra.

«Art. 10. Los bienes pertenecientes á capellanías colativas y á otras semejantes fundaciones piadosas familiares, que á cuausa de su peculiar índole y destino, y de los diferentes derechos que en ellos radican, no pueden comprenderse en la permutacion y cesion de que aquí se trata, serán objeto de un convenio particular celebradero entre la Santa Sede y S. M. C.»

Ciertamente que los bienes pertenecientes á dichas capellanías y otras semejantes fundaciones piadosas *familiares*, no podian comprenderse en la permutacion ó cesion de que se trata, porque sus rentas están destinadas á los objetos peculiares de las fundaciones; y si llegasen á abolirse estas fundaciones, como se hizo por la ley de 19 de agosto de 1844, pertenecerian no á la Iglesia, sino á las personas llamadas en la fundacion y que tuvieren la calidad de preferente parentesco hácia los fundadores.

«Art. 11. El Gobierno de S. M. confirmando lo estipulado en el artículo 39 del Concordato, se obliga de nuevo á satisfacer á la Iglesia, en la forma que de comun acuerdo se convenga, por razon de cargas impuestas, ya sobre los bienes vendidos como libres por el Estado, ya sobre los que ahora se le ceden, una cantidad alzada que guarde la posible proporcion con las mismas cargas. Tambien se comprometo á cumplir por su parte, en términos hábiles, las obli-

gaciones que contrae el Estado por los párrafos primero y segundo de dicho artículo.»

«Se instituirá una comisión mixta con el carácter de consultiva, que en el término de un año reconozca las cargas que pesan sobre los bienes mencionados en el párrafo primero de este artículo, y proponga la cantidad alzada que en razón de ellos ha de satisfacer el Estado.»

Cada uno de los artículos de este Convenio nos presenta nuevas seguridades y garantías en favor de la Iglesia y pocas ó ninguna en favor del Estado. No vemos la necesidad de estipular de nuevo con este artículo lo que estaba ya estipulado y solemnemente convenido por el Concordato. Ni hallamos tampoco justa, conveniente ni equitativa esta disposición, porque si la Iglesia cede al Estado todos sus bienes por el precio que tenga á bien fijarles, naturalmente tiene la obligación de cumplir con las celebraciones y demás pías fundaciones á que están afectos dichos bienes, ya que se hace la cesión sin deducción de cargas.

Los demás artículos que siguen tratan de la distribución de las inscripciones intransferibles de la deuda, de completar la dotación del culto y clero y de llevar á efecto algunas disposiciones del Concordato, hasta el art. 19, que dice así:

«El Gobierno de S. M., correspondiendo á los deseos de la Santa Sede, y queriendo dar un nuevo testimonio de su firme disposición á promover no solo los intereses materiales, sino también los espirituales de la Iglesia, declara que no pondrá óbice á la celebración de Sinodos diocesanos cuando los respectivos prelados estimen conveniente convocarlos. Asimismo declara, que sobre la celebración de Sinodos provinciales y sobre otros varios puntos arduos é importantes, se propone ponerse de acuerdo con la Santa Sede, consultando al mayor bien y esplendor de la Iglesia.»

«Por último, declara que cooperará por su parte con toda eficacia á fin de que se lleven á efecto sin demora las disposiciones del Concordato que aun se hallan pendientes de ejecución.»

¿Se quieren mas declaraciones? ¿Pueden apetecerse mayores seguridades y pruebas mas ciertas é inequívocas del mayor bien y esplendor de la Iglesia? En una palabra, ¿puede haber mas benevolencia y mas docilidad de parte de la potestad civil? Sin duda que no, no.

Pero en cambio de esto, ¿qué es lo que ha hecho la Santa Sede á

favor del Gobierno de S. M. Nada, absolutamente nada; le ha concedido la permutacion de sus bienes por el valor que los Obispos tengan á bien fijar, y por el art. 30. ha acordado estender de hecho el benigno saneamiento contenido en el art. 42 del Concordato, á los bienes eclesiásticos enajenados á consecuencia de la referida ley de 1.º de mayo de 1855. Esto es todo cuanto ha hecho S. S. en premio de tantos ruegos y súplicas, de tantas seguridades, de tantas promesas, de tantas garantías y concesiones como ha exigido de S. M. C. La docilidad y sumision del Gobierno de la misma, ó de su representante, ha hecho sin duda que la Santa Sede fuese mas exigente en la permutacion de unos bienes que con tanto empeño se solicitara y que tan perjudicial podrá ser á la nacion aumentando quizás su deuda en vez de disminuirla, como se ha manifestado en este escrito con la debida estension.

Dios, de quien dimana todo poder, creó las potestades eclesiástica y civil ó temporal, como dice un célebre canonista, y marcó la línea dentro de la cual cada una de ellas debiese, sin traspasarla, ejercer los derechos y funciones respectivas á ambas. Las dos son perfectas y soberanas en su clase, y por consiguiente nada les falta para el pleno é independiente ejercicio de las atribuciones augustas con que Dios quiso se gobernasen el santuario y el trono. Objetos espirituales de primer orden, administracion de sacramentos, disciplina interior y otros que los sagrados cánones y leyes tienen reconocidos por de esa clase, son esclusivamente de la competencia del primero; y los bienes temporales, orden civil, tranquilidad pública, gobierno de los pueblos, su economia y cuanto de esa esfera se halle dentro del estado temporal pertenece al segundo.

Dad á Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César, dijo Jesucristo; y yo me valgo solo de este ejemplo para manifestar con franqueza que no puedo salir de ese divino precepto, y que tan culpable seria á su divina presencia aplicando al César lo que es de Dios, como dando á la Iglesia derechos que el mismo Dios quiso reservar al César, esto es á la suprema potestad temporal.

Bajo este concepto es como he entrado á discutir esta cuestion, emitiendo mi opinion con la franqueza é independencia que lo hago en todos mis escritos y negocios de mayor importancia.

Lo he hecho con moderacion y complacencia sin ánimo de ofender al Gobierno de S. M. ni á la Santa Sede, pues estoy convencido que en todas las cuestiones, y mayormente en la que se ventila, debea

evitarse' retriminaciones y expresiones irritantes, puesto que con ellas no se consigue convencer á nadie. Tal ha sido mi lenguaje, así en los periódicos, como en las obras que he publicado; de modo que tengo un particular orgullo en que durante mi larga carrera de periodista y escritor jurídico ninguno de mis escritos haya sido denunciado. Pero en medio de mi comedimiento y de mi templanza he sabido sostener mi opinion en las materias mas difíciles del derecho con la firmeza necesaria. Cumple á mi deber consignar aquí que escribo por convencimiento y no por espíritu de partido.

En obsequio de la claridad y en utilidad de la patria, no he tenido reparo en sacrificar el amor propio de la gloria de escribir bien, que es la pasion que con mas fuerza suele dominar á los autores.

Francisco de Pou.

DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN MATERIA CIVIL.

Su origen, vicisitudes y estado actual, segun lo dispuesto por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento.

La investigacion de la verdad es el objeto de los debates judiciales; la discusion que sostienen los litigantes es la reunion de los medios con que aspiran á arribar á ella; uno de estos y muy importante, es el testimonio humano. Quédese para el escepticismo, quédese para los ilusos, aquella estraña teoria que al negar la verdad de todo testimonio, niega la verdadera naturaleza moral del hombre; la maldad siempre, la virtud nunca; hé aquí el principio destructor del órden social en que aquella descansa. ¿Puede el individuo tener evidencia interna ó esterna de todo lo que existe? Cuando piensa y quiere, ¿sale de la limitada esfera de su personalidad? No. Cuando ejercita sus sentidos, ¿puede con ellos abarcar el mundo? No. Pues hasta aquí, y no más, llega el poder de la evidencia. Ahora bien, ¿cómo se investigará la verdad de aquellos hechos, cuya evidencia es imposible para nosotros, que desgraciadamente son los mas en el órden moral y material? ¿Habrémos de negarlos todos? Esta negacion seria tan horrible como la negacion de la justicia misma.

Es preciso acostumbrarse á no ver en el hombre un mundo, sino una pequeña fracción del mundo; un ser de relación, cuya vida es imposible, ó cuando menos raquítica y mezquina sin el contacto de los otros seres racionales. Impotente por sí solo para la investigación de la verdad, necesita el auxilio de los demás hombres, necesita el testimonio de ellos. Suprimáse, y entonces el hombre no tiene más mundo que el mesquino que puede recorrer con su inteligencia y con sus sentidos. Pero demos al olvido una teoría que ni ha encontrado ni encontrará eco en la mente de los hombres ilustrados, ni en la conciencia de los pueblos. Negar yo que existe Roma, porque no la he visto, equivale á afirmar que los ámbitos del mundo son los de la casa en que vivo, ó cuando más, los del pueblo en que estoy domiciliado, y de aquí ir de negación en negación á destruirlo todo. El testimonio, pues, es una necesidad de la naturaleza moral del hombre y un resultado preciso de su personal impotencia, á la vez que el camino que puede conducirle á descubrir el misterio de la verdad en el orden moral y material.

Esto no obstante; estamos bien lejos de sostener que sea un medio infalible de prueba. Si no tenemos evidencia de un hecho, ¿podremos asegurar por otro medio su realidad? La verdad del testimonio depende de la virtud de los hombres y de su honradez, y un medio de prueba que tiene tal punto de apoyo, bien merece que se le rodee de precauciones. Así lo han hecho siempre los legisladores, estableciendo todos aquellos medios para dar solemnidad y garantías de verdad al testimonio, que por sí solo se presenta siempre lánguido y pobre. De aquí las diversas formas establecidas para hacer constar esa prueba; de aquí los instrumentos públicos y auténticos, los privados y el testimonio simple de aquellas personas que, extrañas á un juicio, son llamadas á declarar como testigos, sobre los hechos en él alegados y negados; de aquí el juramento, la edad y algunas circunstancias negativas exigidas á los testigos, y de aquí, en fin, las penas establecidas para los falsarios. Este gran cúmulo de precauciones con que se ha rodeado en todos los tiempos y países el testimonio, es la prueba más concluyente de su falibilidad y de su inmensa necesidad. Así como el hombre, que no puede vivir sin respirar, cuando se halla rodeado de una atmósfera infestada, embalsama el aire para que no le mate, así el legislador, que vé en el testimonio una triste necesidad, le vigila constantemente, le rodea de precauciones para evitar que se convierta en una arma con que

se anulen los derechos del individuo. Es esta la lucha del hombre con el hombre mismo, hija de la desconfianza y de la imperiosa necesidad.

Pero la falibilidad, pesadilla constante del escepticismo, que es condicion natural del testimonio, cualquiera que sea la forma bajo que se presente, es mucho mas temible, es por lo mismo mucho mas imponente, cuando este se ofrece aislado, sin mas garantías de verdad que las que tiene una persona cualquiera, estraña á un juicio, y que por el precepto judicial, acude á deponer sobre la verdad ó falsedad de los hechos que han de servir de base para la aplicacion de la ley, para la aplicacion del derecho en favor de uno de los litigantes. Entonces la desconfianza se acrecienta, se multiplican los temores, se dificulta mas la investigacion de la verdad y se ofrece la gran cuestion de saber cuáles son los mejores medios para apreciar la verdad del dicho de los testigos; cuáles de estos son dignos de mas crédito; como se salvarán las contradicciones en que puedan incurrir al declarar; cuál será la fuerza de sus dichos en cada caso; si son muchos, pocos ó uno solo; si declaran *ex visu* ó *ex auditu*; si deponen sobre hechos mas ó menos pertinentes, posibles, verosímiles ó imposibles; si sus declaraciones van contra una prueba preconstituida ó contra una prueba simple; y en fin, si la oscuridad que de ellas resulte, llega á tal extremo que sea verdaderamente perpleja. Hé aquí el objeto constante de las meditaciones del legislador al ocuparse de la prueba testifical. Materia es esta digna de profunda reflexion y de un escrupuloso estudio, porque afecta íntimamente á los derechos individuales; materia es esta muy discutida, pero no completamente discutida, pues que en nuestros dias, en el siglo en que vivimos, está siendo objeto de acaloradas disputas entre los legisladores y los jurisconsultos. Es en mi concepto tan grande esta cuestion y su resolucion tan difícil, que casi casi se aproxima á lo que en las matemáticas se disputa sobre la cuadratura del círculo. Arquímedes se atrevia á levantar el mundo con su palanca si se le daba un punto de apoyo, pero como este era imposible, no pudo resolver la dificultad. Nosotros, por el contrario, tenemos punto de apoyo; pero nos falta la palanca segura y fuerte para levantar y revelar la verdad do quiera se encuentre; no hay mas palanca segura que la evidencia, toda otra es muy frágil y puede romperse al menor esfuerzo. Pero sin embargo el hombre no debe retroceder ante las dificultades, mientras no sean tales que hagan moral ó materialmente

imposible la empresa; para eso es un sér que piensa y quiere por el designio de Dios; y mientras pueda realizar lo que su inteligencia concibe y lo que determina su voluntad, adelante, que esa es la mision de los séres racionales.

Dos escuelas se vienen disputando hace algun tiempo, el imperio de la verdad, acerca del medio mas conducente para la apreciacion de la prueba testifical en materia civil. La una, que somete el criterio del Juez, el criterio del hombre, al criterio del legislador, al criterio de la ley, á las reglas por esta determinadas, segun las que ha de graduarse el valor de la prueba, y de las que no se puede separar sin incurrir en una infraccion del derecho. Esta es la que se ha llamado *escuela del criterio legal*, porque en efecto, el medio de hallar la verdad del hecho debatido, está tasado en la ley, y fuera de este, no puede emplearse otro medio; por eso, segun los principios que sostiene esta escuela, no es el juez el que investiga la verdad de los hechos, sino la ley misma por medio del juez. La otra escuela que recibe el nombre de *criterio racional* abandona al magistrado, á su razon, á su sana crítica, la apreciacion de la fuerza que pueden tener las declaraciones de los testigos en el juicio, sin fijar reglas á que deba atenerse, sin sujetar su criterio al criterio de la ley, reconociendo, por el contrario, la libertad de su razon, para que con ella pueda, segun las circunstancias, segun la fisonomía de cada caso, hacer esa prudente y delicada apreciacion. No entraremos ahora á examinar cuál de las dos escuelas es la preferible ó aceptable; no es esa la mision que nos hemos propuesto. Ahora nos concretaremos, á ver cómo y por qué causas se han desarrollado en el campo de la historia.

En el derecho primitivo de los romanos, en el derecho decemviral, indígena segun unos, importado segun otros, pero bárbaro y repugnante en concepto de todos, apenas hay disposiciones relativas á la prueba testifical que puedan servirnos para saber la fuerza, el valor que allí tenia esa prueba, ni tampoco si era la ley ó solo el juez el que habia de apreciarla. El fragmento tercero de la Tabla octava, dice: *cui testimonium defuerit, iis tertiis diebus ob portum obagulatam ito*; el que no hallare testigos con que probar su intencion, podrá publicarla en alta voz y por tres dias consecutivos á la puerta de su adversario. Nada se vé en este precepto mas que la importancia de la prueba testifical; nada que determine su fuerza, ni el medio que se daba para apreciarla; sin embargo, en esta primera

época del derecho romano y aun después hasta la ley Ebuca, á fines del siglo VI de Roma; regía el sistema de las acciones de la ley, sistema esencialmente simbólico y en el que predominaba constantemente la jurisdicción delegada; el magistrado nombraba el juez para cada negocio; y á veces juzgaba por sí mismo. En semejante sistema de procedimientos, no era posible esperar que ni el magistrado ni el juez tuvieran una regla segura prescrita en la ley, que les sirviera para apreciar la fuerza de los testigos; por tanto, puede casi asegurarse que el criterio racional sería el único norte que guiara á aquéllos en esta delicada tarea.

Más tarde, en el siglo III de la Iglesia, en tiempo de Diocleciano, época en que espiraba el sistema formulario después de haber reinado mas de tres siglos y sustituido al de las acciones de la ley, era menos concebible todavía la aplicación del criterio legal en la prueba de testigos. Según este sistema, mas liberal que el anterior, en una de las partes de la fórmula daba el magistrado al juez la orden de condenar ó de absolver, según el resultado de la prueba: al efecto le decía:*condemnato; si non patet; absolvito*. De aquí se infiere, que al juez no se le fijaba el medio de apreciar la prueba, sino que se encomendaba á su criterio racional.

Bajo el tercer sistema, el de los procedimientos extraordinarios, que empieza en Diocleciano, comiézanse á ver reglas importantísimas para la apreciación de la prueba testifical, sin que de ellas pueda inferirse, sin embargo, que el pensamiento seguido hasta aquí, que la teoría del criterio racional, fuese modificada. En efecto: del examen de algunas disposiciones de los códigos de Justiniano, resultará esto evidentemente demostrado. «*Ubi numerus testium non addicitur, etiam duo sufficiente pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est,*» decía una ley del Digesto (1). La importancia de este texto es incuestionable, puesto que de él resulta una idea que tiene una relación inmediata con la teoría de que nos venimos ocupando: donde la ley no exige mayor número de testigos, basta el testimonio de dos. Exigiase mayor número para probar la solución de un crédito de mas de 50 libras de oro, contenido en un quirógrafo (2), y cuando había que acreditar el pago de una deuda consignada *in scriptis*, en el primer caso eran necesarios tres testi-

(1) Ley 21, tit V, lib. XXII.

(2) L. *ab. O. si cert. potat.*

gos, y cinco en el segundo; si alguno hubiere testado, y trascurrido diez años manifestase su voluntad contraria, tendría que probar, por tres testigos al menos, que el testamento había sido írrito (1). Es notable también otra ley del Código (2), que dice: «*Unius omnino testis responsio non audiatur*. En las sentencias de Paulo (lib. V, tit. XV; §. 4.º) se lee: *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt*. La autoridad de este texto estaría bien confirmada, si como pretende Cujas, estuviese apoyada en una Constitución del emperador Caracalla, que atribuye á este príncipe la ley *De Testib.* del Código de Justiniano, que dice: «*Contra Scriptum testimonium non Scriptum testimonium non confertur*;» pero esta Constitución es de fecha posterior, si bien á esto se oponen dos textos de la de Constantino, que forman la ley 15 *De fide instrumentorum*, y dice: «*In exercitiis libris, eandem vim obtinent, tan fides instrumentorum quam depositione testium*.» A pesar de que la antinomia es indudable entre algunos de los textos que acabamos de reproducir, antinomia que es muy frecuente encontrar, al poner en armonía dos preceptos de los Códigos del siglo VI; á pesar de esto decimos, se presenta la legislación romana á primera vista tasando al juez el criterio, fijando un número de testigos que le ha de servir para fallar, coartando en fin al magistrado la libertad de juzgar de los hechos, anulando su criterio. Sin embargo, las mismas disposiciones que, según hemos dicho; ofrecen aparentemente un criterio legal, bien examinadas, concienzudamente estudiadas, dan á conocer que hacia las orillas del Bósforo se respiraba la misma atmósfera que en las márgenes del Tiber: y eso que la forma del gobierno tendía á absorberlo todo, y á aniquilar todo lo que fuera derecho individual. En efecto, vemos proclamarse en primer lugar el principio del número: cuando la ley no exige mayor número de testigos, basta el de dos; y después de fijar en diversos textos citados los casos en que se requiere mayor número, que es siempre que se trata de hacer prueba contra testimonio escrito, se dice á la vez en otros, que no puede interrogarse á los testigos contra las escrituras cuando á estas nada se ha opuesto; que contra el testimonio escrito no se confiere el testimonio no escrito; y por otra parte, que en los pleitos, la misma fé tienen

(1) *D. sanction. — 27. O. de testam.*

(2) 9.º, tit. XX, lib. IV.

los instrumentos que las deposiciones de los testigos. Sin embargo de estas disposiciones, contradictorias á primer golpe de vista, lo que se deduce positivamente no es otra cosa sino que la prueba de testigos no escrita podia presentarse contra la escrita cuando esta habia sido impugnada, y que el valor de aquella podia ser tanto como el de esta, segun los casos y circunstancias. Pero no se vé nada que tienda á anular el criterio racional del juez: este queda subsistente, si bien ha de tener por punto de apoyo esas reglas que se dictan en las leyes.

Esta conviccion se arraiga profundamente al leer otras disposiciones de suma importancia. La ley 21, §. 3, D. *De Testib.*, dice: *Non ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit.* Es tambien notable la ley 21, tit. 5.º, lib. 22 del Digesto, que dice: *Si testes omnes ejusdem honestitatis et estimationis sint et negotii cualitas ac judicis natus cum is concurrat, sequenda sunt omnia testimonia.* Merecen tambien llamar la atencion las siguientes palabras de un rescripto del emperador Adriano dirigido á Vivio Garo, que refiere Calistrato (5): *Tu magis, scire potes quanta fides habenda sit testibus: qui et cujus dignitatis et cujus estimationis: et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint, an ad ea que interrogaveras ex tempore verosimilia responderit.* Vése por estas importantísimas reglas, que no era el número de los testigos precisamente al que habia que atender para formar el criterio de la verdad de los hechos sobre que recaian sus declaraciones, sino á la *sincera fé del testimonio*, á aquellos testimonios, *quibus potius lux veritatis adsistit*, á la *dignidad*, á la *reputacion ó fama* de los mismos, y á la *razon* de sus dichos. Este es el principio que preside en el derecho romano de esta época: la libertad del criterio del juez para apreciar la fuerza de la prueba testifical; principio fecundo en consecuencias, principio salvador de la injusticia en muchos casos, y de una elasticidad tal, que podia acomodarse muy bien á todas las circunstancias; y aunque menos conforme con el sistema de enjuiciar vigente en tiempo de Justiniano, el de los *juicios extraordinarios*, que son los anteriores, el de las *acciones de la ley* y el *formulario*; sin embargo continuaba por no haber una incompatibilidad real y positiva, y porque los romanos

(1) D., l. 3, §. 1, Cod.

tendian siempre á rendir culto á las obras de su historia, aun los emperadores, que tenian naturalmente menos interés en conservarlas.]

Parece que cuando los jurisconsultos de la edad media asistian con tanto placer al solemne espectáculo de la restauracion del derecho romano, debieron si tanto le amaban, no bastardearle y calumniarle como lo hicieron; aquí se vió, como en otros muchos puntos del derecho, que una mala inteligencia de los jurisconsultos, una doctrina errónea, entronizó sistemas perniciosos que no eran los de las leyes, sino los de la torcida y cabilosa inteligencia de los escritores. De aquí es que los jurisconsultos en esta época asentaron las reglas mas anómalas, segun las que podia existir la conviccion legal de la verdad del hecho, aun cuando la verdad positiva nó existiese. De aquí dimanó el siguiente error: «yo estoy convencido como hombre; pero no lo estoy como juez.» «Este hecho es verdad, y no lo es al mismo tiempo.» «Ha existido y no ha existido á la vez.» ¡Oh! ¡y á qué extremos tan absurdos conducen ciertos principios! ¿No es la verdad la que se busca en el juicio? ¿La verdad no es una? ¿No se dice que es verdadero aquello que existe? ¿Pues cómo admitir una falsa teoría que en algunos casos convierte á los jueces en otro Pilatos, que sin conviccion abandonan la víctima á sus verdugos, porque estos lo piden ciega y desalentadamente?

Esta estraña teoría, tan fecunda en fatales consecuencias, tan irracional, halló su confirmacion en las Decretales, que partiendo tambien de un principio falso, é incurriendo en gravísimas contradicciones, negaban la fuerza del testimonio único (1), estableciendo que no pudiera condenarse á nadie sin el testimonio de dos ó tres varones *probate vitæ et fidelis conversationis*, fundándose en que, segun la Sagrada Escritura, *in ore duorum vel trium testium stat omne verbum* (2). Era consiguiente que despues de consignar este principio, viniera la contradiccion que se encuentra bien manifiesta en otras muchas disposiciones y en los escritores de derecho canónico; así vemos decir á Lancelot: *testes considerantur conditione, natura et vita*.

Mas la teoría del criterio legal iba tomando cada vez mayores proporciones, protegida por los errores de los jurisconsultos y san-

(1) Cap. 10, tit. 20, lib. 2.

(2) Cap. 23 del mismo tit. y lib.

cionada, como hemos visto, por las Decretales. Tocaba á España en esta época recibir una legislación extranjera, olvidando que había fuentes abundantísimas donde beber el derecho indígena. D.^h Alonso X, cuyo renombre de sabio aun no se ha demostrado, hizo una amalgama del derecho romano y canónico respecto á la apreciación de la prueba testifical, que dió el resultado que se debía de esperar. En efecto, las leyes 32, 40 y 41 del tit. 16 de la Partida 3 son una elocuente prueba que puede ofrecerse de la irreflexión de D. Alonso X como legislador. Estas leyes, sin escúpulo lo decimos, suprimieron el criterio de los magistrados, como tendremos ocasion de probar. Tal es su importancia, que nos creemos en el deber de insertarlas literalmente.

La ley 32 dice así: «Cuántos testigos há menester para probar en cada pleito.» «Dos testigos que sean de buena fama, ó que sean tales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes de este nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juicio: fueras ende en razon de quitamiento de deuda sobre que fuere fecha carta de escribano. Ca si el deudor quisiere probar que había pagada tal deuda, ó que gela había quitado aquel á quien la debía, désvelo averiguar por carta valedera, ó por cinco testigos que digan que ellos eran presentes cuando aquella paga é quitamiento fué fecho, é que fueron llamados é rogados que fueren ende testigos. Otrosí decimos, que pleito de testamento en que alguno fuere establecido por heredero, que se ha de probar por siete testigos rogados. E si aquel que fizo el testamento fuere ome ciego, há menester que se pruebe el pleito por ocho testigos. E si otro pleito fuere en razon de manda en que non fuere establecido heredero, abondarian cinco testigos para probarlo. Mas por un testigo decimos que ningun pleito non se puede probar, quanto quier que sea ome bueno é honrado, como quier que faria gran permission al fecho sobre que atestiguar se. Pero si el emperador ó rey diere testimonio sobre alguna cosa decimos que abonda para probar todo pleyto. Ca debe ome uillar que aquel que puesto para mantener la tierra en justicia, é en derecho, que non diria en su testimonio si non verdad, nin querria en tal caso ayudar al uno por estorvar al otro.....»

La ley 40 del mismo título y Partida dice: «Qué fuerza han dos testigos en los pleitos sobre que entienden los omes en juicio.» «La fuerza que han los testigos en los pleitos sobre que contienden los omes en juicio es esta; que cuando alguna de las partes, los aduere por

si, é prueba por ellos cumplidamente su intencion, si son tales que por ninguna de las razones que decimos este título non pueden ser desechados, debe el juzgador seguir su testimonio é dar el juicio por la parte que los trajo, más quando ambas partes aduxeren testigos en juicio é cada uno de ellos probare su intencion por ellos de manera que los dichos de la una parte fueren contrario á la otra; entonces debe catar el juzgador é creer los dichos de aquellos testigos que entendiere que dice la verdad, é que se acercan mas á ella, é que son omes de mayor fama é de mayor derecho, debe creer á estos antes é seguirse por lo que testiguasen; maguer que los otros que dixeren el contrario fueren mal. E si por ventura fuere igualdad en los testigos, en razon de sus personas é de sus dichos, porque tambien los unos como los otros fueren buenos, é cada uno de ellos semejare que dicen cosa que podria ser, entonces deben creer los testigos, que se acordaron é fueren mas é juzgar por la parte que los aduxo. E si la prueba fuere aducha en juicio de manera que fueren tantos de la una parte como de la otra, é fueren iguales en sus dichos é en su fama, entonces decimos que debe el juzgador dar por quitto al demandado, de la demanda que le facen, é non le deben empesar los testigos que fueren aduchos contra él, porque los juzgadores siempre deben ser aparejados mas para quitar al demandado que para condenarlo, quando fallaren derechos razonables para facerlo.»

La ley 41 dice así: «Ligeramente podria acontecer, que los testigos que la una parte aduxere, que des acordarian en sus dichos, de manera que los unos diesen el contrario de los otros. E por ende decimos que quando así acabesiese, que el juzgador debe creer aquellos que semejare que se acostan mas á la verdad, é que acuerdan mas con el fecho; maguer que los otros fueren mas, é non debe empesar á la parte el testimonio contrario que los otros ovieren dicho. Ca como quier que quando aduxesse en juicio para probar su intencion, dos cartas que fueren contrarias, la una de la otra, que non debe valer ninguna de ellas, así como adelante mostraremos. Pero non debe esto, así ser juzgado en los testigos, porque aquel que aduce las cartas en juicio, puede ante que las muestre ser en aviso para ver ó saber si la una es contraria á la otra ó non dude por esto se debe tornar á su culpa, si muestra carta en juicio que sea contraria. Mas en los testigos non podria ninguno poner esta guarda, porque muchas veces dicen ellos á la parte que los trae que dican

una cosa, é cuando son delante, é Juzgador, dicen el contrario en poridad de aquello que saben. E por ende non es en culpa la parte que los trae nin le deben empecer, maguer ellos desacuerden solamente que por alguno de ellos querian omes buenos, pueda probar su intencion, é los otros que dicen en contrario no sean mas ó mejores. Mas cuando algun testigo fuere contrario así mismo en su dicho, non debe valer su testimonio.»

Es notable tambien la ley 29 del mismo título y Partida, cuya epígrafe dice: «En cuales pleytos debe valer el testimonio que dixere de oida.» «Contiendas hacen entre los omes á las veces en razon de las voces antiguas, querellándose algunos de lavores altas que fueron fechas por manos de omes, é correr aguas que les hacen daño en las heredades, é en sus casas, é piden al juzgador que las mande toller ó abajar. Por que acaece muchas veces que tales lavores como estas son antiguas, que non ome ninguno vivo que las viesse facer, por ende tobieron por bien los sábios antiguos que ficieron las leyes, que en tal pleyto como este, que valiese el testimonio de oida, seyendo dicho en esta manera, digo que el agua que corre de tal lugar á tal que face daño, é de aquel lugar de que corre que fué fecho por mano, é si fuere preguntado como lo sabe é respondiere que oyó decir á otros que vieron facer, é que de esto era fama entre los omes que así fuera, provándole esto abundale al demandador. Otrosí decimos que si el demandado provare por los testigos, que non vieron nin oyeron decir, que aquella obra fué fecha por mano, nin oviese ome que oyese decir, mas que comunalmente era entre los omes, que aquí aquella obra era segund natura, é non fuera fecha por mano de ome, que tal testimonio como este cumple al demandado. Mas en otro pleyto non debe ser cabido testimonio de vida, si non como de suso diximos. Otro sí decimos que el testigo que non diere razon de como sabe lo que testiguan, si non dice que lo cree, que non debe valer aquello que testiguare.»

Hemos copiado íntegramente estas cuatro leyes de Partida para presentar en conjunto, toda la doctrina que sobre el valor de la prueba testifical admitió el rey D. Alonso el sábio. De su lectura se infiere, que arrastrado ese monarca por las malas teorías de los juriconsultos de su tiempo, y por el espíritu de imitacion servil, sancionó el criterio legal dejando reducidos á los magistrados á un mero instrumento de los preceptos del derecho. Despues de estas leyes no era extraño ya que los juriconsultos y los jueces se creyeran en

el imperioso deber de admitir la ya citada máxima: *yo estoy convencido como juez, aunque no estoy convencido como hombre*; la verdad puede existir y no existir al mismo tiempo. ¡Un imposible moral servir de base para la decision sobre los derechos del individuo! Pero el mal estaba hecho, las circunstancias le favorecian y solo una revolucion profunda en las ideas, podia condenar al absurdo á un silencio perpétuo. ¿Se estrañará que despues de canonizada tal doctrina, se vea definir la prueba plena, *quæ fit duobus testibus*? Llegó, porque no podia menos de suceder, la época en que hombres de un eminente talento, españoles y extranjeros, se levantaron contra la doctrina del criterio legal, como aniquiladora de la sana razon del juez; cundió esta idea en todas las naciones, y en España no tuvimos la dicha de verla realizada hasta que se promulgó la ley de 5 de octubre de 1855 sobre el enjuiciamiento civil, si bien antes se habia ya visto aceptada en cuanto á los procedimientos criminales de diversa índole; lo que prueba cuando menos, que el pensamiento de la reforma búllia en las cabezas de los legisladores.

La ley de 13 de mayo de 1855 que autorizó al gobierno para ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil, sujetó esta reforma á varias bases, entre las que es muy notable, la primera que exige se restablezcan en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, *introduciendo las reformas que la ciencia y la esperiencia aconsejan y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica*. Los autores de la Ley de Enjuiciamiento civil, cumplieron sin duda con esta base, al consignar en el artículo 317 de la misma: que *los jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*. Al llegar al exámen de este precepto, los mas distinguidos jurisconsultos han tenido necesariamente que fijar su atencion, pues aun para los menos aficionados á la reforma, el lenguaje de la ley era completamente nuevo y se debia fijar su verdadero sentido. ¿Es un nuevo sistema el que aquí se plantea, el del criterio racional? ¿Es el sistema de las leyes de Partida, el del criterio legal? ¿Es un sistema misto que deja libertad al criterio judicial, pero sujetándole á las reglas establecidas en las leyes alfonsinas para la apreciacion de la fuerza y valor de la prueba de testigos? Para resolver esta cuestion con el debido acierto, es preciso fijar previamente el sentido filosófico, verdadero de

las palabras del artículo; de otro modo no nos parece posible llegar á la investigacion de la verdad sobre este punto.

Segun las reglas de la sana crítica apreciarán los jueces y tribunales la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Hé aqui la disposicion terminante de la ley. ¿Qué es lo que significa á primera vista? Que las reglas de la sana crítica han de ser el medio de que se valgan necesariamente los jueces y tribunales para apreciar la fuerza de las declaraciones de los testigos.

La verdad es una cosa, y el que llega á conocerla, ó pone en juego los medios conducentes para ello, es el que piensa bien. La verdad de un hecho puede existir y existe independientemente del criterio humano. Antes de que Newton sorprendiera al mundo con su invento, la gravedad era una ley positiva de los cuerpos; así como Dios existe, á pesar de ser ignorado por los ateos; así como la electricidad y el vapor tenían sus propiedades positivas, antes de ser conocidas por los hombres. De aquí la necesidad de distinguir la verdad del objeto, de la verdad del sujeto, la realidad ó existencia de la cosa, del conocimiento de esa realidad por el hombre, ó en fin lo que los lógicos llaman *verdad objetiva* y *verdad subjetiva*. La primera puede existir sin la segunda, porque las cosas no dejarán de ser lo que son aunque el hombre las desconozca; la segunda no podrá existir sin la primera, porque el hombre no puede conocer lo que realmente no existe, y cuando pretende hacerlo forma un juicio falso que se llama error.

El hombre, pues, es el llamado á la investigacion de las verdades ó de la realidad de las cosas. El trabajo de la investigacion es puramente personal, no porque pueda hacerla sin auxilio extraño, sino porque su mision es aprovecharse de su auxilio y por medio de la inteligencia darle el aprecio y la estimacion debida. El hombre no puede tener evidencia mas que cuando piensa, quiere ó siente por sí mismo y en lo que hace relacion á sí. En los demás casos, cuando tiene que valerse de auxilios extraños, ya no es evidencia la que tiene; podrá ser probabilidad; podrá ser cuando más certeza, pero no podrá ser nunca evidencia. Cuando yo aplico la mancha al fuego, adquiero la evidencia del calórico. Cuando oigo decir que se ha cometido un robo, necesito emprender la laboriosa tarea de la investigacion de la verdad del hecho, y como no presencio su ejecucion, tengo que oír el testimonio de los demás para formar el juicio sobre su certeza ó falsedad, y no me bastará oír su testimonio, sino que tendré necesidad

de examinar con detención los antecedentes de los testigos, su fama y reputación, el interés que podían tener en el hecho, la razón de sus dichos, las circunstancias especiales de cada uno, y en fin todo cuanto conduce á averiguar la verdad del robo. Cuando sujeto mi inteligencia á este trabajo de investigación, ejercito mi criterio ó mi crítica; y si este trabajo le forma una renaiion de los medios conducentes para hallar la verdad, se dice que he apreciado según las reglas del *bono criterio*, ó según las reglas de la *sana crítica*. El juez que en la apreciación de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos se conduce de este modo, es el que obra según las reglas de la *sana crítica* y cumple con el precepto del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Interpretar de otro modo sus palabras, es trastornar completamente el pensamiento del legislador, las reglas de la lógica y el buen sentido. El criterio racional del juez, está sancionado indubitablemente en el artículo 317 citado.

En efecto, el criterio de la ley es independiente en un todo del criterio judicial. Si el legislador fuera infalible, podríamos suponer que no existía esta independencia, porque entonces al dictar las reglas para apreciar la fuerza de la prueba de testigos, haría una manifestación, no de su propio criterio, sino del criterio universal; y sus reglas como infalibles deberían ser adoptadas por todos, y lo serían efectivamente mientras no quisiera separarse de la verdad. Pero por desgracia no sucede así; el criterio del legislador es falible y débil como el del juez, y aunque sea mas ilustrado que éste, al dictar reglas generales no puede preveer todos los casos y se espone á sancionar la arbitrariedad y la injusticia. Por eso se dice, con sobrada razón, que el sistema del criterio legal suprime el criterio judicial, porque sustituye en efecto la crítica del legislador á la crítica del juez, y el criterio humano es puramente personalísimo en tales términos, que cuando tenemos que pasar forzosamente y sin razón por el criterio de otro, se dice que nuestro criterio no funciona, ó que está dormido. Por eso el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, al hablar de las reglas de la sana crítica escluye absolutamente el criterio legal, de suerte que para nosotros es indudable que ese sistema ha pasado á la historia y ha sido sustituido por el del criterio racional. No es de este momento descender á la crítica de la ley, á saber, si ha hecho bien ó ha hecho mal; baste solo asentar esta doctrina.

Al llegar aquí, parece que deberíamos dar por terminado este

trabajo; pero sin embargo tenemos mucho camino que andar todavía si hemos de rebatir una opinión peligrosa, que en nuestro humilde concepto se ha sostenido por algunos de nuestros juriscónsultos.

Si el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil sanciona como hemos demostrado el sistema del criterio racional, verdadera antítesis del de las leyes de Partida, que es el criterio legal, parece indudable, y lo es efectivamente, que las leyes 29, 32, 40 y 41 del título 16 y 117 del tít. 13 de la Partida tercera, han quedado derogadas. Sin embargo, en los comentarios á dicha ley de Enjuiciamiento por los Sres. Manresa, Miquel y Reus, se sostiene una opinión hasta cierto punto contraria, pero sin el fundamento necesario en mi concepto para que sea aceptada.

Su doctrina sobre este punto, puede resumirse en los extremos siguientes:

1.º El art. 317, ha derogado la ley 32, si se la considera como regla general y absoluta para todos los casos, pero esto no obsta para que los jueces deban dar entera fé y crédito al dicho conteste de dos testigos, libres de toda escepcion, cuando sean personas de buena fama, imparciales, de buen criterio, y con las dotes necesarias para poder apreciar los hechos cuales son en sí.

2.º El artículo 317 no ha derogado igualmente las leyes 40 y 41 del título y Partida citada.

3.º Ha derogado, sin embargo, la ley 52 en cuanto exige un número de testigos determinado, para destruir la fuerza de instrumentos públicos, y la 117 del tít. 18 de la Partida tercera que exige cuatro testigos para justificar la falsedad de un documento público, y dos para la de cualquier documento privado.

4.º Un solo testigo, por mas favorables que sean sus condiciones, no hará nunca prueba plena, si bien el juez podrá darle mas ó menos valor, segun las circunstancias que en él concurren.

Hé aquí en resumen la opinión de los citados comentaristas, acerca del artículo 317. Nosotros no podemos admitirla en todas sus partes, por mas que la respetamos cuanto sus autores merecen.

Antes de entrar en el exámen detenido de cada uno de esos puntos, conviene dejar asentados ciertos precedentes que empiezan por destruir la fuerza del pensamiento capital que en ellos domina. En efecto, el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, sino es el más importante de todos, le falta muy poco para serlo, como que en él

se consigna todo un nuevo sistema para la apreciacion de la prueba de testigos. Esto hace suponer, que al escribirle los legisladores no tuvieron ánimo de dejar vigentes antiguos sistemas, mas ó menos desacreditados.

Si respecto de cualquier precepto de la ley, es aplicable el artículo 1415 de la misma, derogatorio de todas las *leyes, reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil*; ¿con cuánta mas razon, no lo será el artículo 317, que establece un sistema de apreciacion de la prueba de testigos, completamente opuesto al de las leyes de Partida? ¿Cómo puede hablarse de esas leyes despues del artículo 317? Podrán ser mas que un monumento histórico?

De este empeño de dejar vida á las leyes antiguas, aun despues de hechas las reformas, proviene el caos que presenta la legislacion nuestra en su desarrollo histórico; caos en que desgraciadamente aun se encuentra. ¿Tanta veneracion á lo pasado, y tan poco amor á la obra de nuestros dias amoldada á las necesidades y circunstancias de los pueblos! ¿Qué extraño es que todavía veamos interponer un recurso de casacion por haberse infringido, no ya un principio de derecho, sino una ley romana? ¿Cuánto espíritu de extranjería, y qué poco amor al derecho nacional indígena? Este apego al derecho importado que tiene su origen en el siglo XIII, hace que todos los dias veamos cuestiones de interpretacion de ley, por querer citar las antiguas que murieron por haber sido reformadas, pero que en concepto de algunos, deberian vivir eternamente. Así se embrollan los negocios, y la ley mas clara y mas previsora, es impotente para resolver las mas sencillas cuestiones.

Se distingue además entre unas leyes de Partida y otras, manifestando hallarse unas vigentes y otras no, despues del artículo 317 de la de Enjuiciamiento civil. Esta distincion hace todavía mas inadmisable su doctrina, por que dá lugar á que suscitada en los tribunales una cuestion sobre la apreciacion de la prueba testifical, se ventile la duda de si todas han sido derogadas, ó solo lo han sido algunas, y con franqueza lo decimos, una reforma que hubiera dejado en tal estado de vacilacion el valor de la prueba de testigos, no seria reforma, seria un motivo mas para que se aumentase la confusion y el caos. Ni ¿quién puede creerse autorizado para hacer esas distinciones, cuando el artículo 317 ni por incidencia menciona las leyes de Partida?

Aun cuando en algunas de esas leyes se hallen consignadas *las reglas de la sana crítica*, no podrán tener otra autoridad que la que tiene una ley muerta; la opinión de un notable jurista, que se observarán por los jueces como reglas de la sana crítica, en cuanto estén conformes con su recta conciencia y con su sana razón, pero nunca porque se hallen escritas en las leyes.

Este será cuando más un título de respeto de atención del juez hacia aquella, pero no el cumplimiento de una ley que dejó de existir por otra mas sabia, por otra mas conforme con los principios de la ciencia; con el buen sentido y las lecciones de la experiencia.

Después de estas consideraciones generales, entremos ya en el detenido examen de las doctrinas, examinando punto por punto todos los que se tocan en la citada obra de procedimiento civil (1).

Como saben nuestros lectores, la ley 52, tit. 16 de la Part. 3.^a contiene los preceptos siguientes:

1.º Dos testigos de buena fama é intachables y contestes en sus dichos, hacen prueba plena en todo pleito.

2.º Para probar la solución de un crédito contenido en escritura pública, se requieren cinco testigos presenciales del acto de pago ó remisión de la deuda, llamados y rogados.

3.º Siete testigos, si se litiga sobre la validez de un testamento; ocho, si el pleito versa sobre el de un ciego, y cinco, si sobre la de una manda.

4.º Ningun pleito se puede probar por un solo testigo, aunque sea bueno y honrado.

5.º Hace sin embargo prueba plena el testimonio del *emperador* ó *rey*.

Difícil será hallar un jurista que se atreva á sostener como vigente esta ley después del art. 317 de la de Enjuiciamiento civil. Como se vé por todos los preceptos que contiene, es la sanción del criterio legal y la *supresión del criterio humano*; como muy elegantemente, y en una ocasión tan oportuna como solemne, dijo el venerable y eminente jurista Sr. Lazuriaga. Esta ley encadenaba, en verdad; la razón y la conciencia del juez al número de los testigos, por mas que sus declaraciones fueran evidentemente falsas. ¡Cuántas veces han tenido que lamentarse los tribunales de tener que cumplir con ellas! Recordamos con este motivo un pleito:

(1) Comentario al art. 317, tomo 2.º

fallado por la Sala primera de la Audiencia de Valladolid, sobre reclamacion de un crédito de cuarenta mil reales. El deudor, persona honrada y de toda probidad, habia satisfecho á su debido tiempo el crédito que se le reclamó despues en virtud de escritura pública, cuya cancelacion se habia abstenido de exigir por razones de delicadeza, fundadas en una antigua é íntima amistad con el acreedor. No tuvo tampoco la prevision de hacer constar la entrega de los cuarenta mil reales delante de cinco testigos, segun exige esta ley; pero en el término probatorio, declararon, no cinco, sino treinta testigos, en tales términos y con tales circunstancias, que hicieron al tribunal adquirir la profunda conviccion de que el deudor habia pagado ya, y de que se abusaba inicuamente de su buena fé. En vano su abogado defensor, en un brillante discurso invocó los principios de equidad y de justicia en favor de aquella víctima de la ley. La Sala, como no podia menos, cumpliendo rigurosamente con esta, le sentenció al pago de los cuarenta mil reales, como si no los hubiera satisfecho, y contra toda razon y contra toda justicia, el infeliz deudor fué víctima de la dichosa ley 32, tit. 16 de la Partida 3.ª, contra los mas sanos deseos del tribunal. ¡Habrá quien desee todavia la conservacion de una ley que consagra un sistema tan absurdo! ¡Habrá quien diga que no se *suprimia el criterio humano!*

Los citados comentadores, al hablar del primer precepto de la ley 32, dicen: «si se considera dicho principio (el de los dos testigos contestes y libres de toda escepcion) como una regla general y absoluta para todos los casos, cual solia entenderse en la práctica, indudablemente ha sido modificado por el artículo que estamos comentando. Dos testigos, aunque estén contestes, y sin tacha legal, no pueden hacer prueba plena, cuando sus declaraciones han sido desvirtuadas por algun otro medio de prueba, ó cuando los hechos sobre que declaran son inverosímiles en el orden material de las cosas, ó cuando no concurren en ellos las condiciones necesarias para poder apreciar los hechos debidamente sin temor de que puedan haber sido engañados. Pero fuera de estos casos, los jueces y tribunales no podrán menos de dar entera fé y crédito al dicho conteste de dos testigos libres de toda escepcion, cuando sean personas de buena fama, imparciales, de buen criterio y con las dotes necesarias para poder apreciar los hechos cuales son en sí..... Sostener lo contrario, seria proceder arbitrariamente, y contra las reglas de la sana crítica, y de consiguiente contra el precepto terminante al artículo

que estamos comentando.» Admitimos sin obstáculo de ningún género la idea de que no se acepte como plena la prueba de los dos testigos, cuando por las circunstancias que se indican ó por otras semejantes se halla desvirtuada, advirtiendo sin embargo, que esto mismo sucedería con la prueba, no de dos, sino de cuatro ó de mas testigos, porque en el sistema de la crítica racional, las declaraciones se pesan y no se cuentan. Pero no admitimos del mismo modo, que deba darse entero crédito al dicho conteste de los dos testigos, cuando no se halle desvirtuado por las circunstancias anteriores; porque la buena fama, la imparcialidad y el buen criterio, no son cosas que en la mayoría de los casos, ni con mucho, se revelen por las circunstancias puramente externas que la ley exige á los testigos. Un parentesco de quinto grado, por ejemplo, suele ser muchas veces motivo de mayor parcialidad que un parentesco de segundo ó de tercero, y sin embargo no es tacha legal. Una amistad íntima, completamente ignorada é improbable, suele ser tambien motivo de parcialidad, y sin embargo no estar al alcance del juez por el resultado de los autos. Mas fuerte que la amistad todavía, puede ser un beneficio del momento y al que para corresponder tenga el testigo que declarar en favor del que se le hizo. Nada mas frecuente que ver en las informaciones de pobreza el dicho de tres testigos contestes y libres de toda escepcion, y sin embargo, puede declararse pobre y se declara en efecto á la persona que esté mas distante de serlo. Las garantías que la ley exige á los testigos, ni son ni podrán ser nunca bastantes para que el juez pueda conocer por ellas la verdad de las declaraciones. La buena fama se supone mientras no se prueba la mala, que existe muchas veces sin que se intente siguiara su prueba por ser imposible. La imparcialidad se supone mientras no hay tacha legal, y aun sin haberla pueden ser infinitos los motivos de parcialidad que impulsen al testigo á faltar á la verdad. El buen criterio habrá algun caso en que el juez no pueda apreciarle, y apreciélé ó no, es mas posible la falsedad en testigos de buen criterio que en personas torpes; aquellos suelen tener malicia para preveer y librarse de toda contradiccion, á la vez que estas incurren en ella lastimosamente; en fin, es necesario convencerse de que sobre esta materia no hay regla general posible, cada testigo es un misterio y el juez es el llamado á descubrirle por los medios que le sugieran las circunstancias; dictarle reglas para que lo haga, es esclavizar su inteligencia y su corazon y esponerse á sacrificar la jus-

tiña en aras de la desconfianza hácia él. Ahora bien, despues de tantas circunstancias y de tantas restricciones, ¿qué significa el número de dos testigos de que habla la ley de Partida? ¿Qué fuerza ha de tener el requisito puramente estérno del número, si pueden ser infinitos los motivos internos para dudar de la verdad de sus declaraciones? Oigamos sino, lo que sobre este punto dice un eminente juriconsulto que con su acreditada laboriosidad y talento contribuyó á la formación de la ley de Enjuiciamiento civil. «El número de testigos es la única circunstancia que nuestras leyes anteriores á la del Enjuiciamiento civil quisieron que sirviera de norte para el fallo del juzgador: dos testigos contestes, se decia, no deben hacer plena prueba; el juez debe someter á semejante testimonio su conciencia: en nada se apreciaban las circunstancias especiales de los testigos mientras no eran motivo de tacha legal: el número, no la calidad debía considerarse; en una palabra, los testigos no se pesaban, sino que se contaban. Esto pareció á la Comision, absurdo, insostenible; el derecho romano lo rechazó; quiso y con razon dejar en este punto á la ciencia y conciencia de los jueces la apreciación de los medios que debian formar su conviccion: la sujetó inflexiblemente á lo que digieran dos testigos, desautorizados tal vez, y cuyo testimonio á fuerza de demasiado conteste, daba lugar á que se creyese que era enseñado y estudiado hasta en las palabras, y que estaba bien aprendido. Queda al juez libertad prudente y racional para formar su conviccion, no se le sujete á condiciones repugnantes, fiese mas en su buen juicio y en su responsabilidad y no se le convierta en un autó-mata degradando su alto ministerio. Quanto mas se ensalcen las instituciones judiciales, mas ganará la justicia, mas ganará el país. Por esto la comision, separándose del derecho anterior, proclamó un principio mas antiguo, mas racional, mas filósófico, á saber: que los jueces y tribunales, apreciarán segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.» Estas autorizadas palabras del Sr. Gomez de la Serna (1), pueden considerarse como una interpretacion auténtica del art. 317, interpretacion que corrobora nuestra opinion antes manifestada.

Preséntase, sin embargo, como argumento contra esta doctrina, el art. 319 y siguientes de la ley que hablan de la prueba de tachas. Si el dicho conteste de dos ó mas testigos, se dice no hiciera

(1) Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil.

prueba plena, ¿de qué serviría la alegacion de tachas? ¿Para qué desvirtuar sus declaraciones? ¿Para qué admitir la prueba de testigos? Bien sencillo es contestar á estas preguntas. La alegacion de las tachas no serviría para nada si no se probasen; pero como se alegan para ser probadas; como con hechos puramente esternos de que el juez ha de adquirir conviccion por medio de la prueba; como que sin esta el juez no podría ejercer su sana crítica é investigar la verdad de aquellos hechos, por eso se exige la alegacion y la prueba de las tachas, como uno de los medios de investigar la verdad y por consiguiente una de las reglas de la sana crítica que el juez apreciará debidamente segun las circunstancias. No hablaremos ahora del sentido en que debe tomarse la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de octubre de 1836, porque nos reservamos examinar separadamente estas y otras sentencias que no son por cierto un argumento poco fuerte en contra de las doctrinas que nos tomamos la libertad de combatir.

Pero la ley 32 contiene además otros preceptos de no menos importancia que el anterior. Tales son, el exigir cierto número de testigos para determinar la fuerza ó validez de los instrumentos públicos cuando esta se disputa, y el manifestar que el dicho de un solo testigo, cualesquiera que sean sus circunstancias, á escepcion del Emperador ó Rey, no hace prueba en juicio.

En cuanto á lo primero, se indica que las disposiciones de la Ley no dejan de estar fundadas en las reglas de la sana crítica, pues parece muy racional que concorra un mayor número de testigos para desvirtuar el testimonio del escribano y de los testigos instrumentales. Esto parece racional, en efecto; pero no lo parecerá nunca que la Ley exija el número determinado de dos, cuatro, cinco ó siete testigos contestes y presenciales del hecho; porque esto es lo que condena el buen sentido, el art. 317, y lo que nos conduciría á absurdos tan lamentables como el que tuvo que sancionar la Sala primera de la Audiencia de Valladolid en el caso que hemos mencionado. Respecto de lo segundo, es decir, de la fuerza del testimonio de un solo testigo, se presenta la doctrina corriente y conforme con los principios de la ciencia; pero que está muy lejos de ser la doctrina de la ley 32 que dichos comentadores citan y que se contiene en estas palabras:..... «Mas por un testigo decimos que ningund pleyto, non se puede provar, quanto quier que sea ome bueno é honrado, como quier que faria gran pre-

suncion al fecho sobre que atestiguase. Pero si el *emperador ó rey* diese testimonio sobre alguna cosa, decimos que abunda para probar todo pleyto.» No hay duda de que por estas palabras se rechaza absolutamente el testimonio de un solo testigo por mucha que sea su buena fama y honradez. De aquí se dedujo por los jurisconsultos un principio falso en el terreno científico: *vox unius, vox nullius est; unius omnino testis responsio non audiatur*; como si no fuera posible que esa única declaracion estuviera corroborada con otros adminiculos resultantes de los autos, en cuyo caso el juez no podria impunemente negar el valor á ese único testimonio, que sin embargo rechaza de un modo absoluto, la tantas veces citada ley 32. Hacemos esta advertencia, para que se comprenda que en esa ley no está la regla de sana crítica respecto del testimonio único, sino en la doctrina de los jurisconsultos, que nosotros tambien no podemos menos de admitir. Mucho pudiera decirse sobre la fuerza que la ley de Partida dá al testimonio del emperador ó rey; pero nos concretaremos á indicar, que si ese precepto estaba entonces conforme con las circunstancias, hoy seria un verdadero anacronismo, cuyos efectos llegarían en algun caso á atacar la independencia del poder judicial, sin la que dejaria de ser poder.

Habiendo demostrado evidentemente que la ley 32, tít. 16 de la Partida 3.^a ha sido derogada por el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, vamos á ocuparnos ahora del exámen de las otras leyes que en concepto de los citados autores consignan las reglas de la sana crítica que los jueces deben seguir en virtud del art. 317. Tales son las leyes 40 y 41 del título y Partida citados. En la ley 40 se dice: que cuando los testigos presentados por una parte fueren contrarios á los presentados por la otra, debe creer el juez á aquellos que *entendiere que dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella, ó que son omes de mejor fama é de mejor derecho*, aunque los otros que digesen lo contrario *fuesen mas*: que si hubiese igualdad absoluta en los testigos en razon de sus personas y de sus dichos, *porque tambien los unos como los otros fueren buenos, é cada uno de ellos semejase que dicen cosa que podria ser, debe creer á los testigos que se acordaren y fueren mas*, y juzgar en favor de la parte que los presentó: y en fin, que si los testigos presentados fueren tantos de una parte como de otra é iguales en sus dichos y en su forma, debe el juez absolver al demandado. Estas tres reglas merecen un delicado exámen para conocer si son de recta ó de torcida crítica.

La primera no es digna de semejante nombre: es uno de tantos períodos como hay en las leyes de Partida en que D. Alonso el Sabio tuvo pretensiones de decir mucho y realmente no dijo nada. En efecto, ¿cuál es la regla de crítica que aquí consigna; cuál la duda de que á los jueces saca? Ninguna; porque decir que cuando los testigos de ambas partes sean contrarios en sus dichos, debe el juez creer á los que entendiere que dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella, ó que són de mejor fama, aunque los que digan lo contrario sean mas, es dejarle completamente abandonado á su propio criterio para la apreciacion de esas contradicciones, pues que no dice ni mas ni menos, que crea á aquellos que *entiende que dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella; ó que son de mejor fama, aunque los contrarios fuesen mas.* ¿Pero se dice aquí á los jueces cómo han de hacer para entender si los testigos dicen la verdad ó se acercan mas á ella? ¿Se dice si la apreciacion de su buena fama podrá hacerse por el juez fuera de aquellos casos en que se hayan alegado y probado tachas legales? ¿Una regla de sana crítica que todo lo deja al criterio del juez, es regla verdadera, ni se aproxima siquiera á serlo?

Menos importante es todavía la segunda, que como ya hemos visto declara: que habiendo igualdad en las declaraciones de los testigos por razon de sus personas y de sus dichos, *porque tambien los unos como los otros fuesen buenos, é cada uno de ellos semejasen que dicen cosa que podria ser debe creer á los que se acordaren y fueren mas y juzgar en favor de la parte que los presentó.* Esta regla deja de serlo, no solo por su vaguedad, sino principalmente por una grave contradicción que contiene, pues al suponerse en ella el caso de la igualdad de los testigos por razon de sus personas como de sus dichos, porque son buenos los unos como los otros, porque todos dicen cosa que podria ser, dice á continuacion que se crea á los que se acordaren y fueren mas. A primera vista se comprende que si unos testigos se acuerdan y otros no, ó se acuerdan mas unos que otros, no hay *igualdad*, como dice la ley, en sus dichos, y por consiguiente esta regla carece de base, ó favoreciéndola algo mas, es bastante confusa.

La tercera y última que supone el caso de ser iguales los testigos de ambas partes, por razon del número, de sus dichos y de su fama, debiéndose absolver entonces al demandado, mas que regla, es *excepcion*, porque en raros casos se verificará, y mas que regla

de sana crítica para investigar la verdad de los hechos, es la antiquísima regla de procedimiento, *actore non probante reus est absolvendus*; pero en ella no se presenta medio alguno á los jueces para hallar la realidad de los hechos, sino que partiendo de la hipótesis de que es imposible encontrarla, se manda absolver al demandado. De suerte, que en nuestra opinion las tres reglas de la ley 40, que acabamos de analizar, nada dicen á los jueces que pueda guiarles en el difícil sendero de la investigacion de la verdad, dejan su criterio tan libre como si la ley no hubiera hablado. Veamos lo que se dice, en la ley 41.

Esta, que habla del caso de ser contrarios los dichos de los testigos presentados por una de las partes, se limita á manifestar lo mismo que la anterior; que el *juzgador debe creer aquellos que semejase que se acuestan mas á la verdad, maguer que los otros fueron mas*, lo que claramente hablando no significa otra cosa que advertir al Juez: *tu tienes obligacion de buscar la verdad, cumple con ella.* ¿Y es esta por ventura alguna regla de sana crítica? ¿y esto ofrece á los jueces algun medio de conocer la verdad? No podemos pues concebir como se ha dado tanta importancia á las reglas consignadas en estas leyes, cuando no son mas que vagas indicaciones confusas, contradictorias, ó impertinentes.

Pero oigamos lo que dice la 29 del título 16, Partida citada. Ocupase esta ley, de los casos en que es admisible el testimonio *ex auditu* y dispone que cuando se litigue sobre labores antiguas *querrellándose algunos de labores altas que fueran fechas por manos de omes, ó corren aguas que les facen daño en sus heredades é en sus casas, é piden al juzgador que las mande toller ó ábajar, que en estos casos vale el testimonio de oida, seyendo dicho de esta manera, dijo que el agua que corre de tal lugar á tal que face daño, é de aquel lugar de que corre que fué fecho por mano y si fuese preguntada porque lo sabe, y respondiére que lo oyó decir á otros que lo vieron hacer, y que así era fama entre los hombres, basta para el demandante; pero si los testigos dixeran que ni vieron ni oyeron decir que aquella obra fuese hecha por mano de hombre, sino que se creia comunmente entre los hombres que era obra de la naturaleza, que tal testimonio cumple al demandado. Mas en otro pleito, continúa, non debe ser cabido testimonio de oida.* Párecenos que las reglas que esta ley dicta, no podrán aceptarse por nadie en estos tiempos, como reglas de sana crítica. Cuando se trata de probar si

una obra procede de la mano del hombre ó de la naturaleza, por muy antigua que esta obra sea, la prueba que procede, la prueba que ilustra al Juez, es la prueba pericial, con preferencia á todas; por lo demás, la comun de testigos, no *ex visu* sino *ex auditu*, es una prueba supletoria, que solo podria aceptarse como recurso extremo, á falta de toda otra, y aun así y todo y acompañada de la *vista ocular* sería peligrosísimo fallar, sin ver el dictámen razonado de los mismos testigos competentes, los peritos.

Demostrado cumplidamente que en las anteriores leyes no se contienen reglas de sana crítica, sino indicaciones vagas, confusas, contradictorias alguna vez, y algunas erróneas, como sucede en la ley 29, no podemos aceptarlas con el calificativo de *reguladoras* del criterio judicial. Si el criterio de los jueces no tuviera otro regulador que esas leyes, bien pudiera decirse que estaba abandonado al acaso. Una vez consignado en la ley el principio que reconoce el artículo 317 de la de Enjuiciamiento civil, es forzoso admitirle con todas sus consecuencias, es necesario dejar á los jueces la libertad de la inteligencia sin otra restriccion que la que las reglas de la buena lógica establecen para llegar á la investigacion de la verdad. Si los autores de la nueva ley hubiesen pensado en dejar vigentes los preceptos de las de Partida, no hay que dudarlo, hubieran hecho mencion espresa de ellas, como se hizo en la regla 43 de la ley provisional para la aplicacion del Código penal, y puesto que no lo hicieron, no nos es lícito á nosotros considerar como vigente, aquello que no es ya mas que un monumento histórico. Y no se diga, que con esta interpretacion se exime á los jueces y tribunales de fallar *secundum allegata et probata*, no; el juez ha de formar su conviccion con arreglo al resultado de los autos dirigiendo su juicio, por medio de las reglas que le sugiere la sana crítica en el momento en que juzga, y no por reglas establecidas en otras leyes, que de admitirse, vendrian en último resultado á anular poco á poco su criterio. Si fuera posible que el legislador examinára caso por caso, todos los que se presentan en los tribunales, seguros estamos de que no se atrevería á dictar reglas de ningun género, sino que se vencería de que cada caso es un misterio que solo puede profundizar el juez cuando se le deja libre y se le guardan las consideraciones de hombre responsable. Límpiase de errores la inteligencia de los jueces; hágaseles entender que están fuera de la presion de algunos ridículos principios, como por ejemplo el de *magis creditur*

virgini quam vidit, y se les verá marchar con desembarazo en el camino de la investigacion de la verdad. No opinaré yo, sin embargo, porque se adopte en este punto el *testimonímetro* de Benthan; por mucho que el espíritu humano avance hácia el progreso, no será posible sujetarle á grados y medidas, como se ha llegado á sujetar el calórico, la humedad, etc.; es sin embargo este un error, aunque condenado al olvido, digno de inmenso respeto porque procede del talento gigante del inmortal jurisconsulto inglés, á quien la ciencia debe grandes progresos. Bastan, á pesar de esto, las reglas sencillas de la lógica para que el juez pueda averiguar la verdad hasta donde sea posible.

Si no temiéramos rebasar los límites de la cuestion, nos ocuparíamos estensamente del artículo 42 de la ley de 11 de mayo de 1849 que reguló el sistema de procedimientos del Senado; del art. 82 del Real decreto de 20 de junio de 1852 sobre delitos de Hacienda; y en fin de la regla 45 de la ley provisional dictada para la aplicacion del Código penal; pero no queremos que se nos arguya con la diversidad de la materia, el carácter especial del procedimiento y la diferencia de Tribunales. Bastan, sin embargo, estas citas para conocer cuál es el espíritu de la época.

Mas importante es todavía el detenido exámen de algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en las que se ha interpretado el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil. Todas ellas, cuya mente es absolutamente la misma, harán comprender á los que tengan alguna duda, que en el sistema contenido en ese artículo, no cabe de ninguna manera ni bajo de ningun aspecto, el sistema de las leyes de Partida. Este exámen será mas detenido de lo que comunmente se acostumbra, porque la materia es demasiado importante.

En la sentencia de 13 de octubre de 1856 pronunciada en el recurso de casacion interpuesto por el Marqués de Rianzuela contra la dictada por la Sala primera de la Audiencia de Cáceres, en pleito sobre abono de mejoras hechas en bienes que fueron vinculados, alegando, entre otros fundamentos del recurso, la infraccion de las leyes 32 y 33 del tít. 16 de la Part. 3.^a, dice el Tribunal Supremo: «Considerando que, además de que las leyes 32 y 33, título 16 de la Part. 3.^a, cuya infraccion se invoca tambien, han sido radicalmente modificadas por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.....» Los citados comentadores, queriendo interpretar este con-

siderando en favor de su opinion, entienden que las palabras *radicalmente modificadas*, de que sea el Tribunal Supremo, no suponen que haya sido derogada, sino en la parte que toca al número de testigos, segun los casos. No rechazamos este argumento porque es contraproducente. La ley 52 es toda ella taxativa desde la rúbrica hasta la última palabra; de suerte que se nos concede cuanto pudiéramos apetecer.

El mismo espíritu se vé en la sentencia de 26 de octubre de 1857, dictada en el recurso de casacion interpuesto por D. Manuel Tablas, contra la pronunciada por la Sala primera de la Audiencia de la Coruña, sobre rescision de un contrato por lesion enorme y enormísima, fundado en la infraccion de la ley 32 citada, en la que el Tribunal Supremo dice en el primero de los considerandos: «Considerando que segun la apreciacion de las pruebas, *legalmente hechas, con arreglo al art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil*, por la Sala primera de la Audiencia de la Coruña.....» «Considerando que al hacer aquella apreciacion la Sala, no ha cometido ninguna infraccion legal.....» «Considerando que no tiene aplicacion despues de publicada la ley de Enjuiciamiento civil, la 32, tít. 16, Part. 3.ª.....» Como se vé, se reconoce por esta sentencia la libérrima facultad de la Sala primera de la Audiencia de la Coruña, de apreciar la prueba segun lo dispuesto por el art. 317, y se declara además, terminantemente derogada, y no solo *radicalmente modificada* la ley 32, tít. 16 de la Part. 3.ª

Es digna tambien de atencion la sentencia de 2 de octubre de 1859, dictada en el recurso de casacion interpuesto por D. Bernardo Conde, contra la de la Sala segunda de la Audiencia de Valladolid, sobre usufructo y posesion de bienes de una capellanía colativa familiar, en cuyo primer fundamento de derecho se dice: «Considerando que la prueba practicada en estos autos es la testifical, la cual ha sido apreciada por la Sala sentenciadora de conformidad con lo dispuesto en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, no procediendo por tanto contra esta apreciacion el actual recurso:» la misma doctrina exactamente que en las sentencias anteriores.

En 2 de marzo de 1857 recayó otra en recurso de casacion interpuesto por D. Ildefonso Vicente de Urvutia, contra la sentencia definitiva de la Sala primera de la Audiencia de Madrid, en pleito sobre pago de una pension, en cuyo segundo considerando se dice: «Considerando que para probar su intencion, y en pago de la de-

menda, hizo uso el actor como único medio de prueba de la de testigos; la que ha sido apreciada por la Sala sentenciadora, al decidir la cuestión de hecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.»

Es muy notable también por el explícito lenguaje que en ella se usa, la dictada en 23 de diciembre de 1887 en recurso de casación interpuesto por D. Antonio Fiol y Rulland contra la sentencia de la Sala segunda de la Audiencia de Mallorca, en pleito sobre donación, en cuyo primer considerando se dice: «Considerando que los tribunales deben apreciar, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, con arreglo á lo dispuesto en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que en la apreciación que ha hecho la segunda de la Audiencia de Mallorca, con sujeción al artículo citado, no ha infringido las leyes que se citan en el recurso, y que solo pueden considerarse vigentes en cuanto no se opongan á la última.»

Por sentencia de 8 de febrero de 1888, dictada en el recurso de casación interpuesto por D. Vicente Puiggali, contra la de la Sala primera de la Audiencia de Barcelona, en pleito sobre pago de una cantidad, tiene tres notables considerandos que copiamos á continuación: «Considerando que la Sala primera de la Audiencia de Barcelona, apreciando del modo que lo ha hecho en los fundamentos de su sentencia, las pruebas presentadas por las partes en este pleito, obró en uso de las facultades que le concede el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.» «Considerando que promulgada dicha ley, carece de aplicación, en casos como el presente, la 32, título 16, Part. 3.ª, que es una de las que se suponen infringidas por el recurrente.»

«Considerando que la ley 114 y 119 del tít. 18 de la indicada Partida igualmente citada como infringida, en su referencia á documentos privados exigen para su validez y eficacia en juicio la posterior disposición de testigos, aun la de aquellos presenciales del acto, cuyos nombres aparezcan en el documento, que son por lo mismo, con arreglo á lo prescrito en el citado artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento, tan inaplicable como la primera al presente recurso, y que ninguna de ellas por consiguiente ha sido infringida en la sentencia de cuya casación se trata.»

En 27 de febrero de 1888, se dió otra en recurso de casación interpuesto por doña Benita Peñas, contra la sentencia pronuncia-

da por la Sala primera de la Audiencia de la Coruña, en pleito sobre lesion enorme en la venta de un prado, en que se dice: «Considerando que al calificar la referida Sala el mérito de la prueba testifical, en uso de las facultades que le concede el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, no ha infringido ninguna disposicion legal.»

En fin, es digno de especial mencion, por el contraste que forma, con los anteriores, la sentencia de 26 de marzo de 1858 *en recurso de nulidad* interpuesto por D. Manuel Iturralde, contra la dictada en revista por la Sala tercera de la Audiencia de Búrgos en pleito sobre entrega de cantidad procedente de premio de lotería, en cuyo 7.º considerando se dice: «Considerando que es jurisprudencia inconcusa de este Tribunal Supremo que en las cuestiones de puro hecho la simple apreciacion de las pruebas, mientras se encierra en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio del Tribunal sentenciador, no son objeto del recurso de nulidad.»

De las ocho sentencias cuyos considerandos relativos á la cuestion que nos ocupa, hemos transcripto, resultan consideraciones importantes sobre la apreciacion de la prueba testifical. El artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha recibido con las decisiones del Supremo Tribunal, el carácter de jurisprudencia práctica, y no acertamos á comprender cómo despues de dictada la primera, se ha seguido alegando, sin embargo, repetidas veces como fundamento de casacion, la infraccion de las leyes de Partida en esos recursos citadas. Esta es una de tantas pruebas como tenemos de que la ley de Enjuiciamiento ha abierto de par en par las puertas del recurso de casacion, por donde pueden entrar todos los litigantes, aun á despecho de los tribunales. Es este un mal hijo de la ley, cuya reforma se hace necesaria por momentos. De otra manera, repetimos, no se comprende cómo despues de haber manifestado terminantemente su opinion el Supremo Tribunal de Justicia, se ha insistido por las partes sin haber motivo de duda.

Como se deduce á primera vista de la lectura de los considerandos de las sentencias de 13 de octubre de 1856, 26 de octubre, 9 de marzo, 2 de octubre de 1857 y 27 de febrero de 1858, el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, *ha modificado radicalmente* las leyes 32 y 33, tít. 16 de la Partida 3.ª, segun se dice en la primera sentencia; que no tienen aplicacion posible despues del artículo 317, segun se afirma en la segunda; que la única norma

para apreciar la prueba testifical, es dicho artículo 317, segun se dá á conocer en la 3.ª, y en fin, que al calificar los tribunales el mérito de la prueba de testigos de conformidad con ese artículo, no infringen ninguna disposicion legal, segun se manifiesta en la 4.ª No creemos posible que hasta aquí se pueda suscitar ninguna duda sobre la inteligencia del artículo 317. El Tribunal Supremo de Justicia en estas cuatro sentencias dá á conocer de un modo bien terminante que la disposicion del artículo 317 lleva envuelta la derogacion, no solo de las leyes 32 y 33 del tít. y Part. citado, sino la de todas las demás que hablan del valor de la prueba de testigos, pues que si bien en esas sentencias no se hace mencion de todas las leyes de Partida referentes al asunto, al declararse el valor del artículo 317 citado, no se dice que quede vigente bajo ningun concepto algunas de esas mencionadas leyes, sino que al contrario, se sienta el principio de que los tribunales de justicia al apreciar el valor de los testigos, segun el artículo 317, están dentro de su terreno y no infringen ninguna disposicion legal.

Necesario es, sin embargo, examinar con imparcialidad las otras sentencias, que á primera vista no parecen tan claras como las anteriores, y como la cuestion es vital para el procedimiento civil, no economizaremos ninguna consideracion que pueda ser necesaria, aun á riesgo de que se nos califique de prolijos.

La sentencia de 23 de diciembre de 1857, despues de sentar el principio de las anteriores, de que los tribunales deben apreciar segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, dice, que la Sala segunda de la Audiencia de Mallorca no ha infringido las leyes que se citan en el recurso, y que solo pueden considerarse vigentes en cuanto no se opongan á la última, es decir, al art. 317. Parece que por las últimas palabras de este considerando se dá todavía algun valor á las leyes de la Partida 3.ª, 32 y 40 del tít. 16, puesto que se dice que solo se podrán considerar vigentes, en cuanto no se opongan al art. 317. Antes de ahora hemos examinado estas leyes y hemos visto, que la 32 es taxativa en todas sus partes é incompatible absolutamente con el art. 317; y que la 40, si alguna regla de sana crítica contiene es vaga, confusa y contradictoria, y mas bien que regla de esa índole, es un principio de procedimiento mal espresado, por consiguiente no hay siquiera posibilidad de que estas leyes dejen de oponerse al art. 317.

Por la sentencia de 8 de febrero de 1859, se supone en la Sala sentenciadora la facultad de apreciar la prueba según el art. 317 citado, y á continuación se dice que es inaplicable en casos como el presente la ley 32, tít. 16 de la Part. 3.ª, que se supone infringida; de cuyas palabras parece inferirse que en otros casos diferentes del que es objeto de la sentencia, podrá aplicarse esa ley, á pesar de lo dispuesto en el art. 317. Sin embargo no creemos que tal haya sido la mente del Tribunal Supremo de Justicia, pues hasta leer la ley 32 y ver que en ella la fuerza de los testigos se hace depender del número determinado de 2, 5 ó 7, según los casos, y se comprenderá que la tal ley no pueda ser aplicable nunca, por oponerse al artículo 317.

Si alguna duda nos pudiera caber respecto á la doctrina que venimos sosteniendo, quedará completamente desvanecida con solo observar el contraste notable que forma el lenguaje del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias dictadas sobre recurso de nulidad, según las antiguas leyes, y las que ha pronunciado en los recursos de casación, con arreglo á la de Enjuiciamiento civil. Para conocer ese contraste, bastará fijarse en un considerando de la sentencia de 26 de marzo de 1858, ya citada, en el que se dice en jurisprudencia inconcusa del Tribunal Supremo, que en las cuestiones de puro hecho, la simple apreciación de las pruebas, *mientras se aprieta en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio del tribunal sentenciador, no son objeto del recurso de nulidad*. Esta sentencia recayó en un recurso de nulidad, sustentado por supuesto según la práctica antigua, y en el que la apreciación de las pruebas, se hizo con arreglo á las leyes de Partida; por eso se explica que el Supremo Tribunal hable de *límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio*; palabras que no se han vuelto á usar, ni por incidencia, en decisiones sobre recursos de casación sustentados, según la ley de Enjuiciamiento civil; lo que prueba terminantemente, que si antes de esta el criterio judicial se hallaba limitado por las leyes, hoy no tiene más límites que *las reglas de la sana crítica* de que habla el artículo 317, y que los juicios de hallarse consignadas en ninguna ley anterior, son para los jueces y tribunales, las de la lógica, que conducen á la investigación de la verdad.

Al llegar aquí, después de haber demostrado evidentemente en nuestro humilde concepto, que el art. 317 de la ley de Enjuicia-

amiento civil ha derogado todas las leyes de Partida que establecían reglas acerca del modo de apreciar la prueba de testigos, ha sustituido al antiguo *criterio legal*, el *racional criterio de los jueces y tribunales*, parece que deberíamos concluir con un juicio comparativo entre el antiguo y el nuevo sistema para optar por alguno de ellos; pero esto sería dar demasiada estension al artículo, en el que por otra parte, nuestro principal objeto no ha sido otro que ventilar una cuestion práctica de inmensa importancia para nuestro procedimiento civil.

Cayetano Poblacion y Fernandez.

DE LA ADVERACION DE LOS TESTAMENTOS EN ARAGON.

En Aragon se puede hacer el testamento nuncupativo ó abierto ante el párroco y dos testigos, observando las mismas solemnidades que en el testificado por notario. Así se otorgan en donde no hay tal funcionario público, ó cuando no puede aguardarse su llegada por hallarse el testador en grave riesgo de morir. Para que el testamento hecho ante el párroco surta su efecto, es además, indispensable, que se eleve á acto público por medio de la adveracion, y esta se ejecuta del modo siguiente: á solicitud de los albaceas ó de cualquiera que tenga interés en el testamento, lo presentan al párroco y testigos que intervinieron en él, delante de las puertas de la iglesia parroquial, ante el juez ordinario de la poblacion, que debe estar acompañado de un notario y dos testigos. El juez, entonces, abierto el libro de los Evangelios, mandá que se lea la cédula ó papel que contiene la disposicion testamentaria, y despues de jurar el párroco y testigos que aquella es la verdadera disposicion del testador, y que éste les rogó que dieran testimonio de ello, el notario forma acta de todo, insertando la referida disposicion. Sin ejemplar en contrario se ha observado lo dicho con arreglo á los fueros 1.º de *tutoribus* y 1, 2 y 3 de *testamentis*, hasta que D. Serapio Rubio suplicó á la Audiencia de Zaragoza, por conducto del juez del partido, que se sirviera declarar la práctica que debia observarse en la adveracion de testamentos; y con fecha 7 de noviembre de 1837, co-

manicó la providencia que á la letra copio.—«Contéstese al juez de primera instancia de Daroca *que las adverbaciones de testamentos deben hacerse como acto de jurisdiccion voluntaria* y en el modo y forma ordenado en la Ley de Enjuiciamiento civil, y que una vez practicadas en el juzgado las diligencias necesarias para acreditar la verdad del testamento de palabra, debe remitirlas á un escribano numerario, conforme á lo dispuesto en los artículos 1388 y 1389, para que lo eleve á escritura pública, y el escribano remitir al juzgado un testimonio del dia en que hubiere tenido lugar tal acto, y del número y fóllo que ocupe en su protocolo.»

Al contestar á una consulta relativa á la fijacion del dia desde el cual debe empezar á correr el término para retraer, dijeron muy oportunamente los ilustrados Señores Directores de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, que la Ley de Enjuiciamiento debió salir y salió al encuentro de opiniones diametralmente opuestas. Allí se comprende que pudo hacerse sin destruir la base, pero no sucede lo mismo en el caso de que me ocupo, porque el procedimiento es consecuencia precisa de los fueros, á los cuales se arregla la testamentacion. Voy á demostrarlo. Todo el título 41 de la segunda parte de la nueva ley, se refiere al modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra. ¿Y puede calificarse de tal, el que por legislacion especial se otorga en Aragon ante el párroco y dos testigos, escrito y firmado con las mismas solemnidades que el que se recibe por notario? Y si el que así se hace se considera escrito, ¿qué dirémos del que segun costumbre otorgan los enfermos del hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, ante cualquiera capellan del establecimiento y dos testigos, surtiendo así todos sus efectos? Uno y otro distan mucho del propiamente llamado testamento de palabra. Este debe hacerse ante cinco, y si no pudieren ser habidos, ante tres testigos vecinos del lugar en que se hace la disposicion, ó ante siete que no lo sean; y aquellos ante el párroco y dos testigos, ó ante el capellan del establecimiento y dos testigos; de manera que para estar en su lugar lo dispuesto por la Audiencia, es precisa la abolicion de costumbre y fueros regnicolas, porque si al párroco ó capellan no se consideran, en sus respectivos casos, como personas autorizadas, tampoco debe considerarse bastante el número de testigos, ni la diferencia de hallarse escritas y firmadas las últimas disposiciones.

Si lo espuesto no fuera suficiente para convencer de que el in-

dicado título 11 no ha podido referirse á la adveracion, ni alterar ó modificar los fueros aragoneses, será la prueba mas concluyente que se puede ofrecer: la de la incompatibilidad. Segun el art. 1387 de la citada ley, ha de resultar de las declaraciones clara y terminantemente: 1.º El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposicion: 2.º La institucion de heredero, ó el destino que el mismo diera á todos sus bienes ó parte de ellos: 3.º Que los testigos y el escribano en su caso han oido de boca del testador; y en un sólo acto, su disposicion: 4.º Que los testigos son los que exige la Ley, y reúnen las cualidades que la misma establece. Y segun los fueros es inoficioso é improcedente lo dispuesto en el caso 1.º, porque consta el propósito del testador, no solo deliberado, sino tambien llevado á efecto en todas sus partes: lo propio sucede con lo ordenado en el segundo, porque del mismo testamento resulta la institucion de heredero, ó el destino dado á los bienes: es igualmente supérfluo el contenido del 3.º, porque el párroco y testigos suscriben lo mismo que el testador dictó y firmó; y es tambien incompatible lo prevenido en el 4.º porque si los fueros son bastantes para que los testamentos se otorguen ante el párroco y dos testigos deben serlo tambien para que se adveren en el modo y forma que los mismos disponen.

A pesar de mi conviccion no niego que podrán ser de mas ó menos valor las razones que motivaron la providencia en sentido contrario, pero hay que concederme el interesante servicio que presto á mi país, poniendo los medios que están á mi alcance para conseguir la uniformidad; porque en unos partidos judiciales se elevan á escritura pública los testamentos recibidos por los párrocos, con arreglo á lo dispuesto por la Audiencia, en tanto que en otros se adveren segun previenen los fueros, y seria muy triste que se suscitaran cuestiones sobre la validez de los últimos, cuando ya no hubiera remedio para reparar los daños, por haber fallecido todas ó cualesquiera de las personas que en cada acto debieron intervenir.

Pascual Fraxno.

SOBRE EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN ESPAÑA

POR LETRADOS ESTRANJEROS.

Dictámen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia.

El Fiscal dice: Que la Real Audiencia de..... eleva á S. M. por conducto de este Supremo Tribunal una reverente espedicion con motivo de haberse concedido á D. N....., abogado venezolano, permiso para ejercer su profesion en los Tribunales y Juzgados de la Isla. Consulta la Audiencia á S. M.:

1.º Si el permiso para abogar se entiende prévia naturalizacion del interesado. 2.º Si igualmente se ha de entender prévia la incorporacion en la Audiencia que practican todos los abogados no recibidos en ella.

El Fiscal cree que debe hacer algunas indicaciones del derecho constituido, respecto á todos los que siendo extranjeros pueden ser habilitados para el ejercicio de una profesion científica.

Dos medios hay para que puedan ejercer los procedentes de establecimientos literarios extranjeros, una profesion científica en España. Consiste el primero en la incorporacion de sus títulos en las Universidades españolas; el plan vigente de Estudios de 28 de agosto de 1850, señala en su artículo 54 el modo de autorizarse esta incorporacion. No es del caso examinarlo aquí, porque reemplazando los títulos españoles en este caso á los títulos extranjeros, se acomodan en todo á las mismas reglas los que los han obtenido.

El otro medio es la habilitacion temporal ó perpétua que con arreglo al mismo plan y su art. 56, puede conceder S. M. precedido el dictámen del Real Consejo de Instruccion pública á los profesores extranjeros que lo soliciten, siempre que acrediten la validez de sus títulos, el ejercicio de su profesion en el extranjero por espacio al menos de ~~seis~~ años, y el pago de la cantidad que en cada caso se señale. No sabe este Ministerio público si se habrán cumplido estos requisitos con respecto á D. N.....: lo supone, porque no es de creer que de otro modo se le hubiera concedido una habilitacion, que casi siempre conduce á hacer de mejor condicion á los extranjeros que á los súbditos de S. M. Y en prueba de ello, baste observar que en

Francia son suficientes tres años de jurisprudencia para obtener el título de licenciado en derecho al mismo tiempo que se requieren siete en España, que es una de las naciones en que es más larga esta carrera.

Pero suponiendo llenas estas circunstancias, nacerán todavía las dificultades que para el ejercicio de la abogacía suscita oportunamente la Audiencia de..... En efecto, no es lo mismo el ejercicio, por ejemplo, de la farmacia, ó de la medicina, que el de la abogacía. El abogado no ejerce un oficio privado, sino un cargo esencialmente necesario para la administracion de justicia; no se limita á postular, frecuentemente se asocia como asesor á las funciones del juez, y hasta es erigido en juez por la voluntad de las partes. De aquí nace la primera dificultad; ¿pueden abogar los extranjeros en los dominios españoles?

Difícil es conciliar el juramento que tienen que prestar los abogados en el primer año de su ejercicio con la sumision que deben, si son extranjeros, al gobierno de su país. Difícil es también conciliar el fuero de extranjería de que gozan los no naturalizados con la dependencia en que están respecto á la jurisdiccion ordinaria, cuantos como letrados intervienen en los juicios del fuero comun por lo que al ejercicio de sus funciones se refiere.

Estas consideraciones hacen que el Fiscal se incline á que solo debe permitirse á los naturalizados el ejercicio de la abogacía; pero si el Tribunal no lo creyese así, deberian por lo menos limitarse las funciones de los abogados extranjeros á la postulacion, y consulta, y de ningun modo al desempeño de funciones de asesor, de cargos fiscales, y de árbitros de derecho. Debería además declararse que en cuanto concernía al ejercicio de su profesion no gozaran del fuero de extranjería.

Si de estas consideraciones generales, aplicables á todos los abogados extranjeros, nos fijamos en el caso particular que ha promovido este espediente, no encontraremos motivo para separarnos de la regla general. El único tratado que hay con la república de Venezuela es el de 22 de junio de 1846, y de seguro nadie comprenderá en la libertad de ejercer toda clase de industria el ejercicio de la noble y distinguida profesion de la abogacía.

El segundo punto que consulta la Audiencia es de manifestar resolución en el sentir del Fiscal. No puede hacerse al abogado extranjero de mejor condicion que al abogado español; no puede por lo

tanto dispensársele con justicia de lo que á este se le exige, y mucho menos de cuanto conduce á acreditar que es abogado.

Al finalizar este informe debe el Fiscal llamar la atención de V. A. hácia lo que al concluir la esposicion á S. M. dice el Tribunal esponente, que en su lealtad presagia males de trascendencia con semejantes concesiones, especialmente en las provincias de Ultramar. Y que estos presagios tienen fundamento, no puede ponerse en duda. Desde el dia en que los abogados extranjeros vengan á España á ejercer su profesion, está andado gran parte del camino para que los españoles vayan á aprender la jurisprudencia en el extranjero, y esto es mas fácil aun en donde, como en....., no hay universidad literaria. Cuán dañoso puede ser esto á la conservacion de las provincias ultramarinas, cuán perjudicial á la buena administracion de justicia, cuán funesto para nuestras escuelas es por demás encarecerlo. Si es conveniente que la juventud española se eduque en España, esto sube mas de punto cuando se trata de las provincias ultramarinas y de la ciencia del derecho, que bajo el punto de vista práctico y nacional solo en los dominios de España será bien entendida y estudiada.

En este sentido cree el Fiscal que debe informar V. A. al elevar al Gobierno la esposicion de la Audiencia, ó como estime mejor.
—Madrid 11 de febrero de 1856.

Gomez de la Serna.

DERECHO PENAL.

El que no devuelve una cantidad recibida á calidad de depósito sin otra formalidad, y lo confiesa en escritura pública, ¿puede ser procesado criminalmente por no devolverla?

Tal es la cuestion iniciada por Vds. en su apreciable REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, y en sentido negativo resuelta en la entrega del último mes de noviembre, pero á la cual me permitirá su bondad hacer observaciones, indicadas por Vds. anticipadamente, y cual todas las mias, sometidas á su ilustrado criterio.

Dejando aparte los exagerados pactos y garantías excesivas á que Vds. se contraen, que justamente reprueban y considero ajenas de las buenas conciencias y de la ley de 14 de marzo de 1856, disposicion méramente permisiva, reduciendo el contrato dentro de los verdaderos límites, entiendo que debe tener lugar el procedimiento criminal en el caso de insolvencia indicada, bien se considere como mútuo ó préstamo, bien como depósito ú otro contrato análogo, ya se crea que tuvo lugar por él la traslacion de dominio, ora se niegue que haya habido concesion dominical; porque dos clases de valores se hallan en todo numerario comprendidos, uno el valor concreto con las formas, modificaciones, etc.; otro el valor abstracto, ideal, estrínseco á la moneda, valores fijo é intransitivo éste, movable y traslativo aquel, á disposicion del deudor el primero, como lo es del acreedor el segundo.

Bajo este concepto, pues, es que el Código penal castiga toda distraccion de cantidades y valores, ora se verifique con violencia (art. 431), ora sea con solo ánimo de lucrar (art. 437), bien usurpando (art. 440), bien alzándose con sus bienes en perjuicio de sus acreedores (art. 443,) ya sea constituyéndose alguno en insolvencia por ocultacion ó enajenacion maliciosa (art. 448), como defraudando las sustancias, cantidades ó calidades de las cosas debidas (art. 449), ó, por último, apropiándose dinero ú otros efectos recibidos en depósito, comision, administracion ú otro título obligatorio, segun el art. 452.

Así que, no pudiendo los particulares, como Vds. dicen muy bien, alterar ni cambiar el derecho público, no estando á su arbitrio tampoco modificar al menos sustancialmente el uso y concepto de los expresados valores, es forzoso convenir en que, si no por un artículo, por otro, deben reputarse penadas las omisiones referidas que caen precisamente bajo la accion criminal y sus defensores y guardadores legales, al parecer sin la menor duda, aunque se halle abolida la prision por deudas, con razon ya pedida por Vds., mediando hechos vituperables.

Y no podia ser de otra manera, atendido el espíritu que presidió á la redaccion del Código citado, si la propiedad y derechos privados han de quedar á salvo por completo: en mal hora saldria á luz el capital, palanca del comercio y auxilio eficaz de la industria y agricultura, si hubiera de sumergirse entre los amaños de un deudor, ó bajo las aparentes y criminales necesidades de un in-

solvente; así lo ha sancionado la moral pública, y más que todo, las prescripciones religiosas que traducen en robo y defraudación la dilación misma.

Sírvanse Vds. ahora añadir lo que gusten en vista de esto á su afectísimo atento S. S. Q. B. SS. MM.—JOAQUIN MANUEL DE MORA.

Contestacion.

Recordarán nuestros lectores que en las páginas de LA REVISTA ni directa ni indirectamente hemos sostenido que no fueran penables los actos comprendidos en los artículos del Código penal á que se refiere nuestro ilustrado suscriptor en las observaciones que preceden. Lo que hemos sostenido es que el mutuario que no está obligado á restituir la cosa que recibió porque la hizo suya, cuando no devuelve otro tanto del mismo género, no puede ser criminalmente perseguido por esta falta de cumplimiento del contrato: lo que hemos sostenido también es que cuando se dan cosas fungibles por cuenta, aunque se diga que es en depósito, no hay verdadero depósito sino un simple mútuo, lo que creemos haber demostrado con las leyes de una manera concluyente á nuestro juicio.

A estas cuestiones son absolutamente ajenos los artículos del Código penal que se refieren al robo, al hurto, á la usurpación, al alzamiento de bienes con perjuicio de los acreedores, á las quiebras é insolvencias punibles, y á las estafas y á los demás engaños que con la estafa tienen semejanza. Si por parte del mutuario que ha recibido como depósito lo que en rigor solo y exclusivamente es préstamo mútuo según el precepto terminante de nuestras leyes hay alguno de los engaños penados en la sección segunda, capítulo IV, título XIV, libro II del Código penal, no hay duda que deberá ser juzgado y castigado con arreglo á sus prescripciones; pero esto será por la estafa ó por el engaño que comete y concurriendo todas las circunstancias que requiere el mismo Código para que su acción sea reputada como criminal: pero mientras ninguno de los hechos expresamente señalados en el Código puedan imputarse al mutuario y solo se pretenda aplicarle lo que del depositario que no restituye dice la ley, nosotros continuaremos sosteniendo con esta que no hay semejante depósito; que lo que el Código dice del depositario que indebidamente retiene la cosa depositada no es aplicable al mutuario; por más que los usureros quieran dando á las palabras una significación anti-legal, convertir á la ley en instrumento de sus me-

quitas arterias; que lo que se hace en fraude de la ley no puede aprovechar al que así la quebranta; que no está en arbitrio de los particulares erigir en delitos los actos á que el legislador no señala pena; que ninguna pena establece contra el mutuario que no restituya otro tanto de lo recibido, tal vez porque cree que esto está bastantemente prevenido ó reprimido por la ley civil, y por último que fundándose en razones de analogía no puede la ley penal llevarse de un caso espreso á otro por inducciones.

No se crea por esto que somos partidarios de la lenidad de nuestro derecho actual respecto á los deudores insolventes: hemos indicado ya nuestra opinion respecto á este punto en el número de LA REVISTA á que alude nuestro distinguido suscriptor: creemos que no podrá dejarse de tomar en consideracion la necesidad moral que tiene el país de evitar los escándalos repetidos que todos los dias presenciarnos de hombres que sobre la ruina de sus acreedores levantan su fortuna: creemos por último que no basta en el estado actual de nuestra sociedad castigar la insolvencia fraudulenta, sino que es necesario que el legislador busque por otros medios que los penales y sin salir del órden civil reprimir á los insolventes á quienes no puede echarse en cara un hecho eriminal, en el sentido riguroso de la frase, pero sí actos que desdican de la probidad, buena fé, circunspeccion y virtudes á que todos tienen la obligacion moral de arreglar su conducta.

Los Directores de la Revista.

¿Qué pena debe imponerse por la simple entrada de ganado lanar en silio vedado ó heredad ajena, cuyo dueño no lo permita; lo mismo que referida la suposicion á ganado cabrío y heredad no arbolada?

El punto respectivo al ganado lanar y cabrío, bajo el aspecto de la penalidad en el caso indicado, adolece en el Código de un defecto que muchos habrán notado sin duda, y sobre el cual voy á escribir unas cuantas líneas, proponiendo la solucion que me ha parecido mas lógica, y que he dado siempre en las varias consultas que se me han hecho por diferentes alcaldes.

Consiste el defecto en que siendo respectiva á otro caso la penalidad establecida para el que ahora se trata, el legislador padeció un involuntario extravío, viniendo á señalar como término de la re-

ferencia un artículo ó precepto penal de aplicacion imposible al hecho ó falta de que se estaba ocupando.

En efecto, habiendo penado con multa, y bajo tipos absolutos, los daños de mas de dos duros, causados en heredades ajenas por el ganado vacuno, caballar, mular, asnal y cabrío (teniendo en el último caso la heredad arbolado) determina en seguida bajo un tipo relativo, que es el importe del daño, la multa correspondiente al que causare el ganado lanar en cualquiera heredad, como al procedente así bien del cabrío, careciendo de árboles la heredad invadida por él (art. 487). Pasando de aquí á ocuparse (488) de la simple entrada de veinte ó mas cabezas de ganado en sitio vedado ó heredad ajena, establece que siendo aquel lanar ó cabrío (con igual suposicion de sitio sin árboles por lo que hace al segundo), se esté á lo dispuesto en el art. 496, cualquiera que sea el número de cabezas ó reses. Pues bien: prescribiendo este último artículo que «el dueño de ganados que entraren en heredad ajena, y causaren daño que no pasase de dos duros, será castigado con una multa con arreglo á la escala del art. 487 en su grado mínimo» ¿qué multa se impone en su respectivo caso por la simple entrada del ganado lanar y cabrío, cuando el art. 487, término de la referencia en el punto en cuestion, señala como base para la multa el importe de un daño que no se dá en la hipótesis en que estamos? ¿Cuál es el *mínimum* de esa multa, cuyo tipo no existe?

Resultando por consecuencia no estar castigado el hecho de que se trata, en el rigor del derecho escrito y de la ciencia penal podria muy bien sostenerse que no constituyendo aquel una falta, serán otros tantos casos de absolucion cuantos quiera que de la especie indicada se propongan en su respectivo juicio verbal criminal.

El derecho escrito no puede estar mas explícito sobre este particular: «Es delito ó falta (dice el Código en su primer artículo) toda accion ú omision voluntaria *penada* por la ley.» Donde no hay pena, no hay, pues, delito ni falta.

La ciencia jurídica proclama á su vez que no cabe por vía de interpretacion establecer una penalidad no marcada en las leyes, ni llevar mas allá de sus casos la ya prefijada. La absolucion es por tanto el término preciso á que hay que venir á parar en las mencionadas hipótesis.

Yo, sin embargo, acatando esa disposicion y esa máxima que la humanidad y la filosofia consagran, no quiero exajerarlas tanto,

que se llegue con ellas á un extremo ridículo; porque ridículo es todo lo que traspasa cierto límite racional y prudente, á que se subordinan tambien muchos axiomas jurídicos, por universales y absolutos que nos parezcan.

Cuando yo tengo la conviccion íntima de que no voy á crear una penalidad arbitraria, sino á descubrir la que tiene fijada el Código, oculta tras una errata de escritura ó imprenta, no me detengo ante ese augusto principio que veda la interpretacion extensiva en el sentido manifestado, porque creo que el invocarlo en un caso como este, no seria enaltecerlo, sino degradarlo y ponerlo á nivel de una argucia ó tranquila escolástica. Si en defensa particular podria admitirse, la ciencia debe rechazarlo, tratado el caso en abstracto.

¿Mas cuál es, en fin, esa responsabilidad pecuniaria que por vía de pena corresponde en el caso en cuestion? La que tiene prescrita el art. 497, que es la verdadera referencia del 488. Hé ahí, pues, la equivocacion del Código, como de ello convencen dos poderosos motivos: 1.º, que refiriéndose aquel á un artículo posterior, que debe hablar de ganados, y no habiendo en este caso mas que el 496 y el 497, necesariamente ha de ser este último, por no hallarse la debida congruencia en el otro: 2.º, que la primitiva edicion oficial establecia la referencia á esa propia disposicion, contenida entonces con las mismas palabras en el art. 484, así como la del hoy 488 era en aquella edicion el precepto testual del 475; correspondencia que se advierte tambien en la inversion de artículos que ocasionó la reforma de 21 de setiembre de 1848, segun la cual el hoy 488 se hizo 478, pasando á ser hoy 487 el actual 497.

Con cuyas observaciones me persuado de que sin temor alguno, sin sobresalto ni remordimientos, podrá aplicarse el art. 497 como referencia legítima del 488, siempre que se trate de la simple entrada de ganado lanar en heredades ajenas cuando no es permitido, lo mismo que respectando el caso á ganado cabrio, pero no teniendo la heredad arbolado. Yo por lo menos quedo muy tranquilo con la solucion que acabo de proponer: ni la ciencia debe darse por ofendida, ni habrá nunca otra calamidad que la de medio á cuatro duros de multa.

Sean como esa todas las vejaciones é injusticias que sufran los hombres.

José Arias Brime.

CUESTION DE JURISPRUDENCIA CIVIL.

¿Puede obligarse á un litigante ausente á que comparezca á jurar posiciones en el juzgado del juicio?

La historia de nuestras leyes y los principios que dominan en la de Enjuiciamiento civil, manifiestan de una manera indudable que no puede obligarse á un litigante ausente á que comparezca á jurar posiciones en el juzgado del juicio, sino únicamente á declarar en cualquier estado de éste y ante el juez del lugar en que se encuentre.

El párrafo 4.º de la ley 22, tit. 1.º, libro 4.º del Código romano, decia que el litigante ausente que tuviere procurador en autos, podia jurar fuera de la provincia del juicio, ó en el lugar donde se encontrase, si el juez lo estimaba conveniente.

Las leyes de Partida aceptaron tambien, aunque de una manera mas general, este principio, y en la 22, tit. 11 de la 3.ª al designar las personas que no están obligadas á prestar la *jura ante el juez del pleito*, señalan entre otras al litigante que, por no querer venir por sí á él, tiene procurador.

Pero donde esta cuestion se resuelve de una manera mas explícita y mas terminante es en la ley 22, tit. 5.º, Partida 3.ª, cuando dice: «Que si el principal del pleito fuere en el lugar, mandamos que el juzgador lo apremie, é le faga venir á responder á las preguntas ante sí. O si fuere á otra parte, do haya otro juzgador, debe mandar escribir las preguntas que hicieron antél, é embiarlas selladas con su sello al otro juzgador en cuya tierra es aquel que quieren preguntar, rogándole que constinga al señor del pleito, é le faga venir ante sí é desque hubiere recibido la jura dél, que le faga responder á las preguntas, é que le embie las respuestas escritas, cerradas, selladas de su sello. E el juzgador que recibiere la carta del otro, mandamos que sea tenuto de lo facer así como uno es dicho.»

En esta ley, pues, no solo se resuelve de una manera negativa la cuestion que nos ocupa, sino que se establece el principio de que el litigante ausente no pueda ser apremiado á jurar posiciones mas que ante el juez del lugar en que se encuentre.

Las leyes recopiladas no obligaron tampoco al litigante ausente á personarse ante el juez del juicio para evacuar las posiciones, sino que dejaron á la voluntad del contrario que el procurador con poder especial las contestase, ó que lo hiciera el mismo reo ante las justicias del lugar donde estuviese, como resulta de las leyes 2.^a y 3.^a, tit. 9.^o, lib. 11 de la Novísima Recopilación.

La Ley de Enjuiciamiento civil, compilación en parte de nuestras antiguas leyes, aceptó implícitamente la doctrina de las Partidas cuando en el art. 292 dijo: «Que todo litigante estaba obligado á declarar bajo juramento en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda hasta la citación para definitiva, si así lo exigiere el contrario.»

La ley no dijo que todo litigante estaba obligado á comparecer personalmente en el lugar del juicio, sino á declarar en cualquier estado del pleito; y esto, lo mismo lo puede verificar ante el Juez que conoce de él, que ante el del lugar donde se halle, puesto que el juicio está en suspenso hasta que se evacua las posiciones.

Si la ley hubiera querido que la jura ó las posiciones solo se pudieran tomar ante el Juez del pleito, no habría dicho tan solamente que todo litigante estaba obligado á declarar en cualquier estado del juicio, sino á comparecer personalmente ante el Juez de él, porque pudiendo tener lugar lo uno sin lo otro, habría tenido cuidado en ser mas precisa en sus términos, y en no dar motivo á una interpretación contraria á lo que quería establecer.

El artículo 293 dice el que ha de ser interrogado será citado con un día de antelación tan solamente, y por lo tanto, esto quiere dar á entender tambien, que aquel ha de estar en el lugar del Juez que le ha de interrogar, porque de otro modo seria inútil la citación.

Si el pensamiento de la ley hubiera sido que el litigante ausente compareciere á contestar las posiciones ante el juez del pleito, le habría señalado un término para ello según la distancia, como lo hizo el artículo 229 para presentarse en juicio; y no hubiera establecido el principio absoluto de que su comparecencia había de ser precisamente al día siguiente de la citación; mucho mas, cuando no habiendo obligado á los litigantes en ningún caso á comparecer personalmente en juicio, sino á verificarlo tan solo por medio de procurador, era mas probable que no se encontrase en el lugar donde se seguía aquel.

Las posiciones, como el exámen de los testigos ausentes, pertenecen á esa clase de diligencias que, no pudiendo practicarse en el partido donde se sigue el litigio, tienen que cometerse precisamente, segun los artículos 34 y 312 de la ley de Enjuiciamiento, al Juez de aquel en que han de ejecutarse.

Si esto no fuese cierto, y las posiciones tuviesen que contestarse *precisamente* ante el Juez que conoce del juicio, el litigante de mala fé tendria siempre un arma terrible en sus manos para cansar en la lucha á su contrario.

Las posiciones, que generalmente son un medio de alargar los litigios y de prolongar los términos, serian entonces, no solo un buen recurso para conseguir esto, sino un resorte para llegar á alcanzar en una transaccion lo que difficilmente se lograría en una decision de derecho.

El litigante ausente tendria que abandonar sus negocios y sus mas caros intereses para irse á residir en el partido en que cualquiera le promoviese un pleito, ó tendria que acceder desde luego á la demanda si queria evitar mayores pérdidas.

Las posiciones, en fin, darian pábulo á la estafa, y serian el descrédito de la justicia.

Creemos, pues, que con arreglo á los preceptos legales y á lo que aconseja la esperiencia, no puede obligarse á un litigante ausente á que comparezca á jurar posiciones en el juzgado del juicio, sino únicamente á declarar en cualquier estado de él y ante el Juez del lugar donde se encuentre.

Telesforo Gomez Rodriguez.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

CONSULTA.

¿El reconocimiento ó confesion que se presume por la ley, traen ejecucion aparejada?

El art. 941 de la ley de Enjuiciamiento civil, dá aparejada ejecucion á cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante autoridad judicial, y á la confesion hecha ante Juez competente. Para conseguir el reconocimiento ó la confesion en su

caso, y preparár con ellas la accion ejecutiva, el art. 942 de la misma ley concede al acreedor el derecho de pedir que se practiquen las diligencias judiciales necesarias, é impone al Juez la obligacion de ordenar su realizacion. La ley citada, tanto en este artículo como en el siguiente 943, parte del supuesto de que el deudor comparece y reconoce ó niega su firma, confiesa ó niega la deuda; pero á las veces los obligados apelan á un medio de resistencia pasiva, no presentándose ante la autoridad judicial que les ha mandado comparecer. ¿Podrán en este caso aplicarse las disposiciones que para el juicio ordinario establece el art. 297? Si á la segunda citacion no compareciese el deudor á declarar, aun habiéndoles hecho la conminacion de tenerle por confeso por su rebeldía, y hecha solemnemente esta declaracion, notificándosela debidamente y no reclamando de ella en el término de cinco dias, ¿podrá considerarse el documento como reconocido y la deuda como confesada en cuanto al ejercicio de la accion ejecutiva? ¿Podrá solicitarse el mandamiento de ejecucion? ¿Deberá despacharse?—José VALVERDE.

Contestacion.

Solo los títulos que espresamente se enumeran en el artículo 941 de la ley de Enjuiciamiento civil traen aparejada ejecucion: el Juez no puede, á nuestro juicio, por razones de induccion ó analogía, estender de un caso á otro el precepto de la ley, ni forzar su letra á título de salvar su espíritu. El juicio ejecutivo, por lo mismo que es tan rápido, por lo mismo que comienza por embargo de bienes y que afecta tan gravemente á aquellos contra quienes se entabla, no debe llevarse mas allá de los casos en que esplicitamente se halla autorizado.

Ni se crea que seria conforme con el espíritu del citado artículo hacer estensiva su disposicion al caso consultado. La ley concede la vía ejecutiva fundándose en que ciertos documentos de cuya autenticidad no hay al parecer duda ó ciertas declaraciones de un individuo dadas paladinamente contra sí llevan la conviccion segura por regla general de que es efectiva la deuda. La confesion que no se presta, pero que por actos del interesado se supone, no tiene la misma fuerza: la ley solo admite esta presuncion para los efectos de la prueba dentro del término señalado para hacerla: así, y solo así, autoriza al Juez para declarar por confeso al no compareciente,

ó al que rehusé declarar ó persista en no responder afirmativa ó negativamente, á pesar del apercibimiento que se le haya hecho, y deja salvo el recurso de apelacion al que se cree agraviado con esta providencia. Todo lo que se puede conceder, pues, á esta declaracion del Juez, es el carácter de una confesion tácita, ó por mejor decir, de una confesion presunta, y la vía ejecutiva solo se dá por la confesion real, espresa y prestada en juicio con la solemnidad de derecho.

Los Directores de la Revista.

CONSULTA.

Otorgado en segunda instancia el recibimiento á prueba por una de las causas espresadas en el art. 869 de la ley de Enjuiciamiento civil, ¿podrá utilizarse el término concedido para hacer prueba sobre otros extremos no comprendidos en el mismo artículo?

Para que la prueba proceda en segunda instancia, segun el artículo 869 de la nueva ley de procedimiento civil, se requiere que exista cualquiera de las tres causas que en aquella disposicion se enumeran. Mas se ofrece la duda si otorgado el recibimiento á prueba, por existir alguna de ellas, las partes pueden utilizar esta dilacion para practicar al mismo tiempo algunas otras diligencias sobre otros extremos de los no espresados en el citado artículo; ó si necesariamente se han de reducir todos los medios que se empleen á los puntos que dieron ocasion al recibimiento, por estar comprendidos en uno de los tres casos aludidos. Mas claro: el art. 869, antes citado, ¿debe servir de punto de partida solo para abrir ó pagar el término de prueba, como parece inferirse de sus propias palabras que se refieren solo al recibimiento, ó una vez otorgada, ha de ser la base de las articulaciones, no permitiendo á las partes que prueben otros extremos que convenirles pudieran, y acaso se omitieron en la primera instancia por error ó descuido de sus directores, ó por otras causas cualesquiera, que no sean las enumeradas testualmente en aquella disposicion legal? Cuestion es esta de suma importancia que diariamente se ofrece, y en que hasta hoy se ab-

serva diversa jurisprudencia y que reclama una solucion definitiva; pero entre tanto ¿cuál parece la más aceptable?—José VALVERDE.

Contestacion.

El adagio jurídico *vigilantibus jura succurrunt* es muy digno de tenerse en cuenta siempre que se trata de procedimientos judiciales, y mas cuando corren términos fatales cuyo lapso trae irreparables perjuicios á los que, interesados en aprovecharlos, dejan que trascarran sin usar oportunamente de ellos. La negligencia no puede servirles de disculpa, porque para utilidad general, para que los pleitos no se prolonguen indefinidamente se han fijado los términos dentro de los cuales cada uno deduzca sus acciones, sus escepciones, sus pruebas y sus alegaciones, sin que sea licito al omiso, al negligente ó al mal intencionado volver atrás, ya para suplir lo que pudo hacer y no hizo, ya para vajar á su contrario con dilaciones indebidas, con pérdida de tiempo, con gastos innecesarios, y con la prolongacion de la incertidumbre, de los disgustos y del malestar que ocasionan frecuentemente los pleitos.

Quando por circunstancias estraordinarias y en consideracion á ellas se dá cierta amplitud, ó se concede un término nuevo para la práctica de alguna diligencia, este término solo se dá para aquello que es objeto de la escepcion; sin violar la ley no puede ser llevado á otros casos que al estraordinario porque se otorgó. Por esto quando se otorga en la segunda instancia el recibimiento á prueba, en conformidad del art. 865 de la Ley de Enjuiciamiento civil, creemos que solo puede permitirse articular la que se refiera á hechos que no pudieron probarse en la primera instancia por cualquier causa no imputable al que la solicitó, ó á hechos nuevos conducentes al pleito y ocurridos con posterioridad al término de prueba de la instancia anterior, ó á hechos ignorados antes. Salir de aquí es barrenar la ley y dar vida á derechos caducados.

Los Directores de la Revista.



CONSULTA.

¿Puede despacharse mandamiento de ejecucion contra una mujer en virtud de escritura en que contra la prohibicion del derecho se ha constituido fiadora?

Contestacion.

Solo puede despacharse ejecucion en virtud de una deuda civil, porque las que carecen de este carácter, no son exigibles ante los tribunales. La obligacion de la mujer constituyéndose fiadora en los casos no exceptuados espresamente por las leyes, es nula, y no puede por lo tanto producir efecto alguno en la vía ordinaria, y lo que es consiguiente, menos aun en la ejecutiva. Su deuda no puede llamarse así en el sentido civil de la palabra, y está en el mismo caso que las obligaciones de satisfacer lo perdido en un juego ilícito, las de los hijos de familia para pagar cuando se casan ó hereden á sus padres y otras á que las leyes niegan la fuerza obligatoria. El instrumento público en que se otorgan, no les dá el valor de que carecen. Mas debe tenerse presente, que aunque por regla general las leyes prohibitivas no pueden renunciarse válidamente, no sucede siempre esto, respecto á la que prohíbe que las mujeres se obliguen. La ley 3 del tit. XII de la Partida V ordena, que uno de los casos en que las mujeres que salen fiadoras, quedan obligadas es cuando la mujer fuese sabidora, é cierta, que non podia, nin devia entrar fiador, si despues lo fiziesse renunciando de su grado é desamparando el derecho que la ley les otorgó á las mujeres en esta razon. Es decir, que en este caso, mas que prohibir la ley la fianza de la mujer, se propuso evitar que por ignorancia del derecho, y por no conocer la estension de la obligacion y el peligro á que se esponia, contragera la obligacion accesoria de la fianza: si advertida de la proteccion que la ley dispensa á las de su clase, todavia insiste en salir fiadora, la ley ya no la liberta de la responsabilidad que tan deliberadamente quiere contraer. Si, pues, en la escritura aparece que fué advertida oportunamente de la prescripcion de la ley, y que á pesar de esto, quiso obligarse, entonces habrá lugar al mandamiento de ejecucion, porque la escritura, atestiguando un hecho lícito, traerá ejecucion aparejada.

Los Directores de la Revista.

CONSULTA.

Cuando el deudor paga despues de preparada la ejecucion por medio de la confesion judicial ¿quién debe satisfacer los gastos?

Contestacion.

El art. 954 de la ley de Enjuiciamiento civil contesta á la pregunta que se hace. Dice así: *Aunque pague el deudor dentro de las veinticuatro horas posteriores al requerimiento y aun en el acto de éste, serán de su cargo las costas causadas en el juicio.* Es decir, que solo cuando se ha hecho al deudor el requerimiento con el mandamiento de ejecucion, hay lugar á imponerle las costas, y que por lo tanto que si paga antes no debe satisfacerlas. Esto no debe parecer extraño porque el requerimiento es el acto que en el juicio ejecutivo equivale á la contestacion á la demanda en el ordinario. Y en esto hizo una variacion la ley de Enjuiciamiento civil en el derecho antiguo, segun el cual, cuando el deudor pagaba dentro de las veinticuatro horas contadas desde la notificacion de estado se libertaba del pago de las costas.

Los Directores de la Revista.**CONSULTA.**

La Ley de Enjuiciamiento civil en el art. 941 pone entre los títulos que traen aparejada ejecucion la escritura pública con los requisitos que expresa, ¿deberá limitarse la inteligencia de esta disposicion exclusivamente á las escrituras de préstamo mútuo, ó se ha de estender tambien á las escrituras de los demás contratos, como ventas y arrendamientos?

Contestacion.

Nuestra opinion es que toda escritura pública en que aparezca deberse una cantidad líquida, y exigible por no estar pendiente del cumplimiento de un plazo ó de una condicion trae ejecucion pre-

parada. Ni las leyes anteriores á la de Enjuiciamiento civil ni este hacen distincion entre la causa de deber; cualquiera que ella sea, el precepto de la ley es el mismo, y por lo tanto debe ser igual su aplicacion. La ley 4 del tít. XXVIII, lib. 10, de la Novísima Recopilacion, trata de las *obligaciones y contratos y compramisos ó ejecuciones ú otras cualesquier escrituras que tengan aparejada ejecucion*; es decir que bastaba que se debiera, que esto constara por escritura pública, y que la deuda fuera líquida y exigible para que, segun esta ley, procediera la vía ejecutiva.

Así han entendido las leyes nuestros pragmáticos: citaremos solo dos nombres por la importancia que desde la aparicion de sus obras han tenido y que aun hoy conservan: Hevia Bolaños y Febrero. Ambos creen que la ejecucion procede siempre que la deuda es, exigible y líquida, sea cualquiera la causa de que proceda; ambos hablan de deudas procedentes de dotes, de compras, y tutelas; ambos están conformes en que la escritura de arrendamiento trae aparejada ejecucion por el tiempo espresado en el contrato, aunque no por la prorogacion que se supone por el hecho de continuar despues de terminado el tiempo convenido espresamente, conformandose en esto con la opinion de Antonio Gomez, Gregorio Lopez, Diego Perez y Juan Gutierrez: ambos y con mas insistencia el primero sostienen que la deuda, el legado y el fideicomiso dejado en testamento solemne ante escribano tiene tambien fuerza ejecutiva.

La Ley de Enjuiciamiento civil ninguna novedad ha introducido en este punto: ha seguido el derecho antiguo sin hacer innovacion alguna respecto á la causa de deber; esta es del todo indiferente para el legislador que al acordar la vía ejecutiva solo busca la autenticidad del documento presentado, que aparezca deuda, que esta sea líquida y que no esté aplazada porque entonces hasta el cumplimiento del plazo no se puede pedir, ó que dependa de una condicion, porque hasta que esta tenga lugar en rigor no hay deuda.

Los Directores de la Revista.



SECCION BIBLIOTECARIA.

Tratado teórico-práctico de los recursos de fuerza y protección; por el Excmo. Sr. D. José Alonso (Barcelona, 1800; un tomo en 8.º mayor.).

En el inmenso cúmulo de obras literarias que cada día salen de nuestros establecimientos tipográficos, pocas, muy pocas son, por cierto, las que como las en cuyo examen vamos á ocuparnos, merecen un lugar preferente en la biblioteca, ó mejor dicho, en el bufete de todo magistrado, jurisconsulto y hombre de Gobierno. La materia sobre que versa, una de las mas importantes de la ciencia canónica, por las íntimas relaciones que tiene con las jurídicas, política y administrativa y por su diaria aplicación, parecia que habia dado la última forma de su progreso en las obras de los ilustres Condes de Campomanes y la Cañada y de D. José de Covarrubias; este libro, no obstante, viene á demostrar de un modo claro y decisivo la inexactitud de éste concepto, cubriendo los vacíos y aclarando los muchos puntos oscuros que se observan en las páginas de aquellos, al través del grande y justo mérito que llevan consigo. Porque la materia de los recursos de fuerza y protección no se hallaba espuesta en toda su amplitud, ya respecto á todos los recursos que pueden entablarse, ya respecto á cada uno de ellos, buscando en su origen, en su causa y llevándolo hasta su término, hasta la sentencia del Tribunal que de él debiere conocer; estaban, sí, todos indicados con mas ó menos claridad, estaba tambien sentado el principio que debia servirnos de guia sobre este punto en el vasto campo de la práctica, pero no habia una obra que abarcase en su unidad todo lo referente á esta materia, sino que era preciso ir á ojear las páginas del mayor número de nuestros jurisconsultos y canonistas de los siglos 17 y 18, y aun de este modo no podíamos hallar una esposicion completa y perfecta del recurso que intentásemos estudiar. Parece que aquellos sábios, al escribir sobre esta interesantísima materia, habían sido víctimas de una lucha interior entre sus doctrinas científicas y otras causas propias del siglo en que vivian, que no es necesario manifestar aquí, pero que ejercian una violenta presión sobre sus rectos y puros conocimientos. Así es que cuando en medio de los negocios nos hallábamos de frente con alguno de los muchos recursos que se presentan cada día, no nos satisfacemos ni podemos satisfacer con registrar el tratado del Conde de la Cañada ó las *defensas* del Sr. Covarrubias, sino que íbamos á llenar el vacío que estas dejaban en nuestro ánimo en las páginas del Obispo Covarrubias, de Selgado, Ceballos, Salcedo, etc.; y después de todo nuestra inteligencia tenia que complementar el trabajo de

dichos escritores, ya acomodando su doctrina á las modificaciones actuales de nuestra legislacion, ya desarrollando las ideas que aquellos solamente presentarán como en gérmen. Trabajo molesto y muchas veces dificultoso, que no podrían tal vez ejecutar algunos de los que se dedican á los negocios, y que la obra del Sr. Alonso viene hoy á escusar y hacer innecesario. En una palabra, nuestra riquísima jurisprudencia nacional carecía todavía de un tratado estenso y completo sobre los recursos de fuerza y proteccion, y la obra del Sr. Alonso llena satisfactoria y cumplidamente este vacío.

No se crea, sin embargo, que en este libro se hallen alteraciones ó innovaciones esenciales de lo que hasta el día era admitido sobre el punto que constituye su materia. Esto no sucede ni puede suceder. Los recursos que el Sr. Alonso reconoce y explica son los reconocidos en los mejores tiempos de nuestra jurisprudencia canónica, y todos ellos, todos, sin escepcion, tienen su origen en nuestras leyes recopiladas, y en la recta interpretacion que de ellas hicieron nuestros pragmáticos. El Sr. Alonso apoya toda su doctrina en la ley y en las autorizadas opiniones de los mas ilustres tratadistas de la escuela canónica española, nada inventa, nada innova. Su mérito relevante é indisputable, y el inmenso servicio que su obra está destinada á prestar, consiste tan solamente en haber recopilado y reunido en un cuerpo, valiéndose de un excelente método, las doctrinas esparcidas en el inmenso número de las obras de nuestros escritores de tres siglos, en haber desarrollado en toda su estension y haber hecho fácilmente aplicables las ideas que estos se limitaran á indicar sin desenvolverlas, y finalmente en armonizar nuestra veneranda jurisprudencia con las modificaciones introducidas en la presente centuria en la legislacion, y organizacion de los tribunales. De suerte que el libro de este ilustre sábio, y en cuyo análisis nos ocupamos, está en perfecta y absoluta consonancia con las obras de los inimitables y pladosos canonistas españoles que desde los tiempos del Concilio de Trento viniéron elevando la ciencia á la altura en que hoy la vemos, y aparece como la última y brillante expresion de esa gloriosa escuela regalista española que desde el Arzobispo de Granada Guerrero y del Presidente y Obispo Covarrubias contó entre sus hijos á los mas sábios y santos prelados, magistrados y hombres de derecho de nuestra patria en el trascurso de los tres últimos siglos. El Sr. Alonso es el último y digno eslabon de esa cadena científica, y su obra el último tomo de la riquísima y preciosa biblioteca de esta escuela.

Y séanos permitido hacer patente aquí la repugnante mala fé con que se pretendió manchar su fama, y la villana calumnia con que se quiso envolver su buen nombre. Achaque añejo es de ciertas gentes confundir su mala causa con otra santa y sagrada, y presentar como enemigos de esta, al que, amante de la pureza y recto espíritu de las instituciones, intenta purgarlas de los abusos y corruptelas con que se ha logrado empañar su brillo, y permítame la inmortalidad y la licencia donde quiera que asoma su asqueroso ro-

tró. Esta es la esplicacion del calumnioso concepto de irreligiosidad que se ha pretendido unir al ilustre nombre de este eminente jurisconsulto, que en el seno de su familia y en el círculo de sus amigos era respetado por su ardiente fé, su sincera piedad y sentimientos religiosos. Ahora la obra de que nos ocupamos viene á purificar su memoria y á dar un solemne mentís á sus detractores. Toda ella rebosa la mas pura doctrina de la Iglesia, y es una esposicion de la disciplina mas santa y recta. En cada una de sus páginas abundan las protestas de la independencia y libertad de la Iglesia y de sus derechos esenciales. La facultad de imponer censuras, de condenar los libros contrarios al dogma ó disciplina interna de la Iglesia, de juzgar las causas sacramentales y, para decirlo de una vez, de conocer de los negocios que, segun los mas sábios canonistas, corresponden á la jurisdiccion *propia* de la Iglesia, aparece en ella de una manera clara y patente. Permítasenos esta ligera digresion para vindicar la immaculada honra de este patricio ilustre é insigne sábio, víctima, y desgraciadamente no única, de los ódios de nuestros intransigentes partidos políticos.

Pero no se busquen en este libro deslumbradoras teorías ó hermosas elucubraciones especulativas, porque seria ocioso trabajo. No es ese su objeto; la obra mencionada no tiene su destino en la mesa de estudio del sábio, sino en el revuelto bufete del abogado y hombre de gobierno; es altamente práctica. Por esa razon no hallaremos en ella ni siquiera un capítulo destinado exclusivamente á investigar el origen histórico y científico de los recursos de fuerza y proteccion, ni á hacer ver su bondad y justicia que hoy ningún hombre medianamente versado en la ciencia impugna; pero en cambio con ella sola tendremos bastante para dirigirnos en el desempeño de nuestro cargo si ejercemos funciones gubernativas ó judiciales ya civiles ya eclesiásticas, ó para defender los derechos que se nos hayan confiado, si estamos consagrados á la honrosa profesion del foro. Esta obra no es seguramente una obra de testo para las aulas, pero es una obra absolutamente indispensable para los hombres que salen de ellas. Una sucinta esposicion de su método y de las materias que comprende lo demostrará con toda claridad.

Se halla dividida en dos partes: la 1.^a dedicada á los recursos de fuerza y proteccion que tengan lugar en la Península é Islas adyacentes, y la 2.^a á los que se refieran á las posesiones de Ultramar; division acertada, porque son en muchos puntos distintas las reglas que la ley ó la práctica prescribe en los primeros de las que establece nuestra preciosa legislacion de Indias. La causa de esto es manifiesta: la jurisdiccion *atribuida* de la Iglesia parecia tener sobre algunos puntos mas estension en Ultramar que en Castilla *v. gr.*: en la jurisdiccion criminal contra clérigos, mientras que sobre otros no solamente estaba cercenada sino que era del todo desconocida; *v. gr.* en las causas de diezmos. Y por consiguiente siendo distintos en los dos hemisferios los límites del fuero eclesiástico, distintas debian igualmente

por las reglas dictadas para contener los abusos y excesos de las autoridades de este fuero.

En la 1.^a como en la 2.^a parte se halla espuesta con toda claridad la doctrina relativa á los *recursos de fuerza en conocer y proceder, en su modo, en no otorgar*, á la manera de prepararlos é interponerlos al órden de su tramitacion y á los tribunales que de ellos deben juzgar. Todo esto en los dos primeros libros. En el tercero examina el autor los recursos llamados *de fuerza y proteccion*, como son el exámen y retencion de bulas y despachos de la Curia Romana, la regalia de llamar y compeler á los preladados eclesiásticos en ciertos casos á que procedan á la reforma de abusos, la de estrañar á los eclesiásticos y ocupar sus temporalidades, y la de la especial proteccion que la Corona concedió á los regulares, y examina cuáles son las autoridades á quienes compete el conocimiento de estos recursos y regalías y su forma; terminando la obra con un libro adicional que contiene los formularios de todos ellos. Por lo dicho se vé que es un trabajo completo y acabado sobre tan importantes materias, pero mas resaltará este mismo al leer en sus páginas el concienzudo exámen del mayor número de los muchísimos casos en que dichos recursos serán procedentes, y al hallar trazada la marcha que deberá hoy seguirse atendida la alteracion profunda que nuestra organizacion política, administrativa y judicial ha sufrido en los últimos 30 años.

No nos ocuparemos de la parte 2.^a referente á Indias, por no hacer demasiado largo este artículo, una vez que el mayor número de nuestros lectores residen en la Península, y presentaremos á grandes rasgos tan solo el croquis, séanos permitida la espresion, de la 1.^a, para aquellos mas interesante.

Comienza el autor con un breve párrafo sobre los recursos de fuerza en general, dando á conocer su naturaleza y carácter, y deduciendo de aquella la division trimembre admitida en las escuelas y en el foro. Pasa luego á examinar los *recursos en conocer y proceder* consagrando á su exámen todo el primer título que se halla dividido en tres secciones. En la 1.^a se aplican los que tienen su causa en proceder los jueces eclesiásticos contra personas y en negocios ajenos al fuero, determinando los casos en que segun las leyes recopiladas hay lugar á su interposicion, y esponiendo en 9 capítulos la doctrina canónico-jurídica, sobre las sumisiones y juramentos hechos en las Escrituras públicas, sobre las últimas voluntades, patronatos de legos y vinculaciones, juicios posesorios, ejecucion de disposiciones pias, aranceles judiciales, parroquiales y de visita, delitos causativos de desfuero, cobranza de rentas públicas y asilo eclesiástico, esponiendo en cada uno de ellos la parte que en estos puntos es eclesiástica, y los límites del fuero, pasados los cuales los jueces de él abusarán y usurparán jurisdiccion. Estamos conformes con las ideas emitidas por el autor, porque además de ser las reconocidas por el mayor y mejor número de canonistas,

están todas en la letra y espíritu de las leyes contenidas en el libro 1.^o de la Nov. Recop. Tan sólo no podemos prestar nuestro asentimiento á la opinión sostenida en el cap. 9 sobre la aplicación que según la presente legislación penal debe tener el asilo eclesiástico. Cree el autor que para combatir los efectos de la ley 6, tit. 4.^o; lib. 1.^o de la Nov. Recop. que regula esta materia de asilos con las disposiciones del Código penal, deben distinguirse los casos en que el refugiado haya cometido una falta ó delito leve, ó bien un delito no exceptuado, ó uno otro que se halle en el número de estos últimos. En el primer caso opina que el Juez debe imponer al delincuente el minimum de la pena señalada en el Código á las faltas, en el segundo, que debe tener presente la circunstancia del asilo, para disminuir en lo posible la pena marcada en aquel, y proceder en el tercero sin tener en cuenta la circunstancia de la inmunidad de que no gozará el reo. Para nosotros dicha ley recopilada no puede hoy producir efecto alguno en el castigo de los delitos, porque el Código penal no reconoce como circunstancia atenuante el refugio del reo á lugar immune. Ciertos es que después de enumerar varias conekye determinadas que se considere como tal otra cualquiera de igual entidad y análoga á las anteriores. Pero por este mismo no nos decidimos á tener como incluida en esta cláusula general la del asilo; falta en ella la analogía con las expresiones señaladas por la ley, cualidad absolutamente precisa; todas reciben su fuerza y tienen su justificación en que denotan menos perversidad en el delincuente que la ordinaria y común, pero el refugio á lugar de asilo es un acto posterior á la ejecución del delito que nada influyó ni nada demuestra sobre la intención y criminalidad del reo antes de ejecutarlo. No es análoga á las designadas por el Código como esta requiere; no es, pues, circunstancia atenuante. Para nosotros, por consiguiente, la legislación sobre asilos no tiene bajo este aspecto fuerza alguna, por estar derogada por el Código penal, y por haber caído en completo desuso. Creemos que la autoridad temporal es la única y esclusiva competente para dictar disposiciones en este punto, y espliamos los hechos que á esta proposición parecen oponerse por la aquiescencia y tolerancia del poder civil; no se objeta, por lo tanto, á nuestra opinión el que el Código penal no podía afectar la fuerza de la inmunidad local, porque rebozamos completamente esta usorcion.

La Sección 2.^a, que tiene por objeto los recursos en contestar y proceder en materias eclesiásticas, y por actos de los jueces de este fuero, se divide en 6 capítulos, consagrados al exámen minucioso y detenido de todo lo referente á las contiendas de competencia entre los jueces y tribunales eclesiásticos, á los procesos y protección de los regulares, patronato Real, condonación de los escritos contrarios al dogma y á la disciplina, censuras y expensas y depósitos de personas. Es muy importante el párrafo preliminar de esta sección, porque en él se justifica la opinión de Ceballos, transcrita en la ley 17, tit. 2, lib. 2, Nov. Rec. y se destruyen todas las razones

dadas por Salgado para demostrar que no pueda proceder el recurso de fuerza cuando dos jueces eclesiásticos entablan competencia entre sí para conocer de un negocio de su propio fuero, valiéndose al efecto de las censuras y demás medios que crean convenientes para poner espedita su jurisdicción, aunque el orden público se altere con estas escandalosas cuestiones. Nada de inexacto observamos en esta sección en que resalta un estudio profundo de nuestra disciplina, como en el capítulo del patronato Real, y la pura doctrina de la Iglesia, como en el de la condenación de libros, en el cual se distingue con claridad la obra del autor, exigiendo para la condenación de este como previo é indispensable requisito la audiencia, en conformidad del vulgar axioma *«non error, sed erroris pertinacia hæreticum facit.»*

En la Sección 3.^a se examinan los recursos procedentes en negocios en los cuales tan solo son en parte competentes los jueces eclesiásticos. Al efecto se halla dividida en dos capítulos, ocupándose el primero de la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos, y el último de las causas de divorcio y bigamia y sus incidencias. En aquel el autor defiende la opinión, que por otra parte se halla transcrita en la ley 9, título 8.º, libro 4.º de la Nov. Rec., de que los jueces eclesiásticos no deben fulminar censuras, entretanto que puedan conseguir la ejecución de sus sentencias solicitando el auxilio del brazo secular. Así opinan también Bobadilla, Van-Espen y otros escritores, por mas que tengamos el sentimiento de no contar en este número al Presidente Covarrubias. En el 2.º, deslindan perfectamente y con toda exactitud las atribuciones respectivas de los fueros ordinario y eclesiástico en las causas de divorcio y sus incidencias, y se prueba por la ley de Carlos III y por el Código penal que el delito de bigamia corresponde al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

El título, 2.º sobre los recursos de fuerza en el modo se halla dividido en dos secciones que versan sobre la infracción del procedimiento civil y criminal. En el párrafo preliminar, se espone con toda detención la clase de infracciones que pueden dar causa al recurso, distinguiendo los trámites esenciales al juicio de los que interesan tan solo á la defensa, y subdividiendo estas en esenciales y simplemente útiles.

En el tít. 3.º se estudian los recursos en no otorgar, fijando los tres puntos que es necesario tener presentes para conocer los casos en que procede el recurso, á saber: naturaleza de la causa, providencia apelada, y tiempo y forma en que se interpone la apelación; dedicando á cada uno de ellos una sección, en que nada se deja que desear, relativo á esta materia. Creemos en todo admisible la doctrina en este título contenida, que por otra parte es la espuesta por todos los tratadistas.

El lib. 2.º dividido en tres títulos y cada uno de ellos en dos secciones se refiere á la preparación é interposición de los recursos de fuerza, á los tribunales que de ellos deben conocer y al orden con que deben sustanciarse y determinarse. Este es un trabajo perfecto fundado en la antigua juris-

prudencia del Consejo y de las Chancillerías y Audiencias, con las modificaciones introducidas en ella por el tít. 5.º de la Constitución de 1812 vigente en muchos puntos hoy, y por la nueva ley de Enjuiciamiento civil. En nuestra opinion este libro es uno de los mejores de la obra, y en él se vé el profundo saber y la vastísima práctica de su autor.

El lib. 3.º está destinado al exámen de los *recursos de fuerza y protecciones*, consagrando un título á la retencion de las bulas, breves y despachos de la Curia romana. Se halla dividido en cinco secciones. En la primera se justifica la *prévia presentacion* de estos documentos, comentando la Real cédula de 1768; y en las cuatro siguientes se distingue con precision el recurso específico de retencion, de la regalía que tiene el mismo objeto. Aunque hoy sea casi del todo inútil el recurso contencioso, porque si alguna bula ó despacho se ejecutase sin el *prévio* pase, no seria este el procedente, sino un juicio criminal por la infraccion de la ley, el autor espone detenidamente todo lo á él relativo, porque, si bien raros, algunos pueden ser los casos en que tenga lugar; espone las disposiciones de la ley y la doctrina de los autores, especialmente de Salgado, sobre la suplicacion á Su Santidad de las bulas y breves retenidos, y finalmente investiga la autoridad á quien corresponde el conocimiento del recurso contencioso de reeleccion, probando la derogacion del reglamento provisional que lo adjudicaba al Tribunal Supremo por el título 5.º de la Constitución de 1812, puesto en observancia con posterioridad á la de 1837, que concede estas atribuciones al Tribunal Supremo y á las Audiencias en sus respectivos casos. En cuanto al uso de la regalía del *pase*, no ofrece duda alguna desde la creacion del Consejo Real y hoy desde la promulgacion de la ley del Consejo de Estado que atribuye á este alto Cuerpo la facultad de emitir su dictámen sobre el objeto, cuando fuese consultado por la Corona.

En el título 2.º, dividido en 4 secciones, se esplanan las regalías que ya llevamos indicado en otra parte. Y sobre la 2.ª tenemos el sentimiento de no estar conformes con este juriconsulto eminente. Siguiendo á Bobadilla sostiene que el gobierno temporal puede gubernativamente estrañar del reino á los eclesiásticos discolos en casos de urgencia. No pretendemos negar la conveniencia de esta regalía en otros tiempos en que ni los derechos de los súbditos estaban garantidos de una manera terminante por una ley fundamental, ni por otra parté la estension del fuéro eclesiástico, y el confuso procedimiento en los tribunales civiles, servian de suficiente resguardo contra los desmanes y excesos de algunos miembros del clero. Mas hoy la Constitución política sanciona la seguridad personal, y prohíbe imponer gubernativamente verdaderas penas como es la de *estrañamiento*, cuando previene que *ningun español sea juzgado ni sentenciado sino en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que estas prescriban*, es decir, por los tribunales competentes y por el procedimiento establecido. Y no se querrá negar á los eclesiásticos la cualidad y los derechos de ciudadanos.

Además de que hoy, no escasean los desmanes que pueden cometer el peligro que en otros tiempos, ni puede temerse que queden impunes; no habiendo, por lo tanto razón plausible, que pueda servir de fundamento á la arbitrariedad del castigo. En nuestro juicio, esta regala ha desaparecido por anticonstitucional é innecesaria.

En la 2.^a parte de la obra, ya hemos dicho que el Sr. Alonso sigue un método rigorosamente igual al que hemos examinado en la primera, para exponer la diferente legislación y jurisprudencia relativa á Ultramar. No analizaremos su trabajo por las razones que ya llevamos indicadas.

Finalmente el libro adicional es de un interés incontestable porque nos ofrece una colección completa de formularios en esta materia; en que tiene tanta autoridad lo tradicional y acostumbrado, y en que tanto campo hay fuera de las prescripciones de la ley, y entregado á las ritualidades y prácticas de la jurisprudencia.

Nuestros lectores conocerán ahora con cuanta razón decíamos al comenzar este artículo que la obra del Sr. Alonso venia á llenar un gran vacío en nuestra bibliografía jurídica, y con tanta justicia la considerábamos necesaria para todo magistrado, para todo jurista, y para todo hombre de administración. Concluimos diciendo que el Sr. Alonso adquirió con su libro un derecho á la gratitud de todos los que tienen en alta estima los progresos de la ciencia.

Debemos advertir que la obra está enlazada con las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, lo que es debido al trabajo del Sr. D. Eduardo Alonso Colmenares, hijo del autor. De este modo la utilidad del libro es absoluta y completa.

Pedro Gomez de la Serna.

INDICE CLASIFICADO

DE LOS

ARTICULOS Y MATERIAS DEL TOMO DIEZ Y SEIS.

SECCION DOCTRINAL.

PÁGINAS.

Estudios históricos y filosófico-jurídicos.—Ensayo Histórico-filosófico-legal sobre el duelo; por D. CARLO ALVAREZ.	5
Id. id. (Continuacion).	177
Id. id. (Conclusion.).	353
Derecho público eclesiástico.—Dictámen fiscal en que se deslindan los actos de los eclesiásticos que son justiciables por la jurisdiccion civil, de los que no pueden caer bajo de la potestad de esta; por D. MANUEL SEMAS LOZANO.	198
Dictámen fiscal en el expediente formado á consecuencia de una Real orden para que el Tribunal Supremo de Justicia emitiera su dictámen sobre la impetracion y ejecucion de un rescripto de la sagrada penitenciaria referente á bienes nacionales sin el <i>Regimen exequatur</i>, y sobre negarse la absolucion á compradores de los mismos bienes; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.	205
La Iglesia y el Estado ó el Gobierno y el Papa.—Observaciones sobre el convenio celebrado con la Santa Sede; por don FRANCISCO DE POU.	433
Derecho civil.—Del feudalismo y de los Señoríos territoriales en Aragon (art. 8.º); por D. MANUEL LASALA.	14
De la insinnacion de las donaciones; por D. FRANCISCO DE POU.	27
De la sucesion forzosa; por D. FRANCISCO CASTAÑAS.	32
De los intereses en el contrato de préstamo.—;Hay en el día términos hábiles para una demanda judicial sobre reduccion de intereses en el contrato de préstamo? Por D. JOSÉ ANTONIO BRINE.	44
Id. id.; por D. TELESFORO GOMEZ RODRIGUEZ.	238
¿Está vigente la ley que prohíbe á los labradores ser fiadores uno entre sí mismos? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	74
De la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun el derecho constituido; por D. DOMINGO RIVERA.	81

De la legitimacion (<i>art. 1.º</i>); por D. CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ.	130
Memoria sobre la sucesion testamentaria y la legitima ó abintestado en Cataluña; por D. FRANCISCO DE POU.	141
¿Tiene la mujer capacidad para ser nombrada curadora ejemplar de su hermana ó hermano? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	172
¿Tiene el padre facultad para hipotecar los bienes que el hijo herede de su madre? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	174
De la sucesion forzosa (<i>art. 5.º</i>); por D. FRANCISCO DE POU.	226
Demonstracion legal sobre que no procede la reivindicacion de los efectos públicos al portador, segun el derecho constituido; por D. FRANCISCO DE POU.	372
De la dote; por D. MANUEL DANVILA Y COLLADO.	382
Del depósito de mujer soltera por causa de matrimonio; por D. BENITO GUTIERREZ.	395
De la adveracion de los testamentos en Aragón; por D. PASQUAL FRAXNO.	479
Derecho penal. —Debe considerarse siempre como circunstancia atenuante la confesion del reo, ó es preciso que concurran en ella ciertos y determinados requisitos? Por Don TELESORO GOMEZ RODRIGUEZ.	168
¿Es bastante la autoridad que ejercen los Jueces de paz para que puedan cometerse contra ellos los delitos de atentado y desacato de que tratan los arts. 189 y 192 del Código penal? Caso afirmativo, ¿qué Tribunales conocerán de las causas de esta especie? Por D. PEDRO OCHANDO CHUMILLAS.	212
Orígenes del derecho de penar en los antiguos pueblos Germánicos; por D. JUAN M. MONTALVAN.	404
El que no devuelve una cantidad recibida á calidad de depósito sin otra formalidad, y lo confiesa en escritura pública, ¿puede ser procesado criminalmente por no devolverla? Consulta de D. JOAQUIN M. DE MONER, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	484
¿Qué pena debe imponerse por la simple entrada de ganado lanar en sitio vedado ó heredad ajena, cuyo dueño no lo permita; lo mismo que referida la suposicion á ganado cabrío y heredad no arbolada? Por D. JOSÉ ARIAS BRIME.	487
Derecho administrativo. —¿El que por causa de utilidad pública ha sido expropiado de una finca, tiene derecho para recobrarla en el caso de que la obra proyectada causa de la espropiacion no se ejecute? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	256
¿Los Consejos provinciales pueden reformar su resolucion una vez dictada en asuntos de quintas? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	352
Sobre el ejercicio de la abogacia en España por letrados extranjeros.—Dictámen de la Fiscalia del Tribunal Supremo de Justicia; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.	482

Derecho administrativo y canónico. —De la privación de sepultura eclesiástica.—Dictámenes del Fiscal de la Cámara del Real Patronato D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA, y del Consejo de Estado.	322
Derecho mercantil. —Del contrato á la gruesa.—¿Puede el Capitán constituirle alguna vez sobre las mercaderías que conduce á bordo del buque de su mando? Y si la prohibición llegase á ser perjudicial al cargador, ¿qué conducta debe observar aquel mandatario procurando por los intereses del dueño del cargamento? Por D. RAMON DE SOLANO ALVEAR.	215
Legislacion hipotecaria —1. ^a Estando dentro de los quince dias del otorgamiento de una escritura de adjudicación de bienes de una herencia, ¿habrá lugar á la multa del 2 por 100 que parece ser lo que exige un Contador de Hipotecas?—2. ^a Habiendo tres interesados en la adjudicación, ¿podrá comprenderse la de todos tres bajo un solo testimonio, ó habrá lugar al reintegro de un pliego de papel de ilustres por cada uno, como exige el mismo Contador?—3. ^a ¿Puede negarse el Contador de Hipotecas á poner en el testimonio, nota del dia en que se le presentó?—4. ^a ¿Puede negarse á dar certificacion de esta negativa y de la de toma de razon? Consultas contestadas por D. MANUEL GUTIERREZ SOLANO.	175
Derecho internacional privado. —¿Será válido y producirá efectos legales en España, el matrimonio civil contraído por dos españoles residentes en Francia, observando las formalidades que allí se exigen para la legitimidad del matrimonio? (Art. 2. ^o) por D. ALEJANDRO GROIZARD.	46
Id., id. (Art. 3. ^o).	307
De los instrumentos otorgados ante los Cónsules.—¿Qué valor y fé deben tener en España los instrumentos otorgados por súbditos extranjeros ante los Cónsules españoles? Dictámenes de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia.	55
De la ejecucion de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros; por D. MANUEL SEIJAS LOZANO.	293
Enjuiciamiento civil. —Observaciones sobre el recurso de casacion en España; por D. JOSÉ MARIA MANRESA Y NAVARRO.	257
De la prueba testifical en materia civil.—Su origen, vicisitudes y estado actual, segun lo dispuesto por el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento; por D. CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ.	448
¿Puede obligarse á un litigante ausente á que comparezca á á jurar posiciones en el Juzgado del juicio? Por D. TELESFORO GOMEZ RODRIGUEZ.	490
Consultas. —95.—¿En los juicios ejecutivos viene obligado el reo ejecutado á enumerar los hechos y fundamentos del derecho en el escrito en que alegue sus escepciones? Consulta de D. MANUEL BRUALLA, contestada por D. HERMENEGILDO MARIA RUIZ.	62

- 96.—Los españoles mayores de edad, residentes en territorio extranjero, pueden nombrar curador con arreglo á los artículos 1237 y 1238 de la Ley de Enjuiciamiento civil para que los represente en los juicios voluntarios de testamentaria que se verifiquen en la Península, ó quedan sujetos á la que disponen los arts. 416, 417 y 418 de la misma ley? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 67
- 97.—Muerto intestado un sujeto sin dejar descendientes, pero si ascendientes, ¿podrá la viuda acudir á los Tribunales pidiendo la formación del juicio voluntario de testamentaria con objeto de resolver las cuestiones que produce naturalmente la disolución de la sociedad conyugal? En caso negativo, ¿qué clase de juicio deberá provocarse? Contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 68
- 98.—¿Es indispensable proponer la prueba dentro del plazo que para ello concede el art. 273 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ó podrá el litigante que durante él no haga la propuesta, hacerla en el resto del término? Consulta de D. JOSÉ REIG, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 164
- 99.—Recibida la justificación que exige el art. 1244 de la ley de Enjuiciamiento civil, y hecho el nombramiento de curador ejemplar, ¿puede el declarado incapacitado presentar contra justificación para probar su capacidad? En caso afirmativo, ¿qué tramitación deberá darse á estas nuevas actuaciones? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 242
- 100.—Cuando una mujer casada exige de su marido alimentos provisionales, ¿tendrá necesidad de acompañar á su solicitud certificado de haber sido incoada y admitida la demanda de divorcio, ó deberá decretarse por el juez sin que aparezca semejante recurso? Consulta de D. MANUEL BRUALIA, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 245
- 101.—¿Procede el interdicto de obra nueva, cuando se ha causado perjuicio á un vecino agujereándole hasta el interior de sus habitaciones la pared de su casa, con ocasion de obras ejecutadas en otra su contigua, subiendo, bajando ó variando los pisos, ó haciendo otras obras interiores? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 250
- 102.—¿Desde cuándo empieza á contarse el término para la interposición del retracto en las ventas judiciales? Consulta de DON CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 338
- 103.—De los compromisos de simple palabra.—1.ª ¿Es válido un compromiso celebrado de simple palabra antes de 1.º de enero de 1856, dia en que empezó á regir la nueva Ley de Enjuiciamiento civil?—2.ª En caso negativo, ¿quedarán ó no obligadas las partes comprometidas á poner sus pleitos en manos de avenidores, al tenor de lo acordado en la es-

- reintegración substancial, y en conformidad á la ley 1.ª, tit. 1.º, libro 10 de la Nov. Rec.? Consultas de D. FRANCISCO SOLLA, contestadas por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 349
- 104.—Cuando el demandado residiere en pueblo distinto al del Juez de paz que le comparece, ¿deberá estenderse en papel sellado el oficio que se dirija al del punto en que aquel se halle para que la cita tenga efecto? Consulta de D. PASQUAL FRAGRO, contestada por D. ANTONIO DE MARÍA RUIZ. 424
- 105.—La disposición legal que obligaba á los vecinos de Madrid á nombrar contadores forrados para todas las particiones, está derogada por el art. 468 de la Ley de Enjuiciamiento civil? La derogación general del art. 445 de dicha ley ¿se considera bastante para anular una disposición especial como la citada? Consulta evacuada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 427
- 106.—¿El reconocimiento ó confesion que se presume por la ley, traen aparejada ejecución? Consulta de D. JOSÉ VALVERDE, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 492
- 107.—Otorgado en segunda instancia el recibimiento á prueba por una de las causas espresadas en el art. 869 de la ley de Enjuiciamiento civil, ¿podrá utilizarse el término concedido para hacer prueba sobre otros estremos no comprendidos en el mismo artículo? Consulta de D. JOSÉ VALVERDE, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 494
- 108.—¿Puede despacharse mandamiento de ejecución contra una mujer en virtud de escritura en que contra la prohibición del derecho se ha constituido fiadora? Consulta evacuada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 496
- 109.—Cuando el deudor paga despues de preparada la ejecución por medio de la confesion judicial ¿quién debe satisfacer los gastos? Consulta evacuada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 497
- 110.—La ley de Enjuiciamiento civil en el art. 941, pone entre los títulos que traen aparejada ejecución la escritura pública con los requisitos que espresa, ¿deberá limitarse la inteligencia de esta disposición esclusivamente á las escrituras de préstamo mútuo, ó se ha de estender tambien á las escrituras de los demás contratos, como ventas y arrendamientos? Consulta evacuada por los DIRECTORES DE LA REVISTA. 497
- Enjuiciamiento civil y mercantil.**—Para la competencia en los juicios de conciliación sobre negocios de comercio, ¿regirá el art. 7.º de la Ley de Enjuiciamiento mercantil ó habrá de estarse á lo dispuesto en el 204 de la civil? Por DON FRANCISCO FORNER. 335
- Procedimiento criminal.**—¿Ha lugar á la prision del que fingiéndose dueño de una cosa la enajena, arrienda, grava ó empeña, delito que tiene señalada en el Código una pena

pecuniaria en todas su estension? Por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	70
De la asistencia de cinco Magistrados para la vista y fallo de ciertas causas; por D. BERNARDO LATORRE.	74
Jurisprudencia criminal. —¿En qué grado debe imponerse la pena al autor de un solo hecho que constituye dos ó mas delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, en el caso de adquirirse únicamente el convencimiento de la criminalidad del acusado segun las reglas ordinarias de la crítica racional?	414
Están obligados los funcionarios de las escalas inferiores que ejercen el ministerio fiscal, á denunciar al superior correspondiente los delitos justiciables en los Tribunales Superiores ó Supremos? Por D. TOMÁS MARTINEZ GONZALEZ.	418
Supuestos los daños causados por distraccion de aguas verificada en lugar distinto al en que los daños han resultado ¿qué Juez será el competente para conocer del delito, el del lugar de la distraccion ó el del lugar del daño? Consulta de D. MANUEL BRUALLA, contestada por D. HERMENEGILDO MARÍA RUIZ.	428
Jurisprudencia administrativa; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.	424
Organizacion judicial. —El Juez de paz que se halla desempeñado las funciones de Juez de primera instancia por enfermedad ó ausencia del de partido, ¿puede continuar desempeñando simultáneamente el Juzgado de paz? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	73
Dictámen fiscal acerca de cuál sea el Tribunal competente para conocer de las demandas contra el Estado, sobre reintegro é indemnizacion de prestaciones suprimidas por la ley de Señoríos; por D. MANUEL SEJAS LOZANO.	453
Dictámen fiscal emitido en un expediente sobre declaracion de categorías en la carrera judicial; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.	459

SECCION BIOGRAFICA Y BIBIOGRAFICA.

Speculum juris ó Speculum judicialé Durantis; por D. BENITO GUTIERREZ.	75
Tratado teórico-práctico de los recursos de fuerza y de proteccion, con arreglo á las legislaciones y práctica de los tribunales de España y sus Indias. Obra escrita por el Excmo. Sr. D. JOSÉ ALONSO, y acomodada á la legislacion vigente, por D. EDUARDO ALONSO Y COLMENARES.	499

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

THE
MUSEUM OF
THE
MIDDLE EAST
AND
THE
MEDITERRANEAN
AND
THE
MOUNTAINS
OF
THE
MOUNTAINS
OF
THE
MOUNTAINS

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA;

(CONTINUACION DEL DERECHO MODERNO.)

publicada por

D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA Y D. JOSÉ REUS Y GARCÍA,

con la colaboración

DE NOTABLES JURISCONSULTOS Y PUBLICISTAS.



AÑO OCTAVO.

TOMO XVII.

MADRID.—1860.

IMPRESA DE LA Revista de Legislacion, A CARGO DE JULIAN MORALES,
calle de los Abades, número 20, piso bajo.

OCT 9 1908

SECCION DOCTRINAL.

DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS

EN LAS ISLAS FILIPINAS

Dos notables reformas están iniciadas en este importante ramo de la legislación; reformas que abrazan los trámites de los juicios civiles y criminales en toda su estension. La una ha sido promovida por Real orden de 7 de octubre de 1857 que tiende a que se examine la conveniencia de aplicar a Filipinas la ley de Enjuiciamiento civil de la Península, y la otra es el proyecto de *Código de procedimiento penal* redactado por el Oidor de la Audiencia de Manila D. José Manuel Aguirre Miramon. Ambos trabajos penden de informes de la misma Audiencia y de la Sala de Indias del Tribunal Supremo de Justicia. Para apreciar sus ventajas e inconvenientes, forzoso es que hagamos conocer el estado de la legislación de Ultramar, en particular de la de aquellas remotas provincias, y las innovaciones que se proponen para mejorarla:

PROCEDIMIENTO CIVIL.

Las leyes de los títulos 15, 16 y siguientes del libro 2.^o de la Recopilación de Indias, reproducidas algunas en las Ordenanzas de Buen Gobierno de 1763, son las que más se contraen a la administración de justicia; pero sus disposiciones afectan a lo orgánico y reglamentario de los tribunales más bien que a las formas del juicio. El reglamento provisional de 26 de setiembre de 1835 no llegó a plantearse en Filipinas como con algunas modificaciones lo fué en Cuba y Puerto-Rico. En Filipinas rige la legislación anterior al año 1835 con las alteraciones hechas por autos acordados y por la Real cédula de 30 de enero de 1833. En tal estado se espidió la Real orden de 7 de octubre de 1857, y la Audiencia de Manila al dar cumplimiento nombró una comisión de su seno compuesta de los dos Fiscales de S. M. y del magistrado Miramon quienes produjeron su descargo: al ocuparnos de él, por ser el documento más estenso y razonado que tenemos a mano, exige el buen orden que hablemos de las diversas clases de juicios con separacion. Téngase presente que nos referimos al fuero común:

Juicios verbales.—Están sujetos en Filipinas á juicio verbal los litigios cuya entidad no pasa de cien pesos fuertes. No es uniforme el sistema que se sigue en su celebracion; en la mayor parte de los juzgados se entienden por acta en un libro, compareciendo los interesados y los intérpretes cuando son necesarios; en otros se forma un cuaderno para cada juicio. Contra las decisiones está concedido el recurso de nulidad para ante la Audiencia por el artículo 6.º de la Real cédula de 1855; pero esta no marca los casos en que ha de tener lugar, ni el término dentro del cual ha de interponerse, de lo que suelen surgir no pocos incidentes y reclamaciones. Seria un trabajo enojoso y ajeno de nuestro propósito enumerar las autoridades que entienden de los juicios verbales y bajo qué reglas: nos limitaremos á indicar que los alcaldes mayores, los tenientes gobernadores y algunos gobernadores político-militares conocen de ellos en toda su amplitud; ciertos comandantes militares de distrito con mas restricciones; los alcaldes de 1.ª y 2.ª eleccion de Manila, hasta la cuantía de cincuenta pesos, y los gobernadorcillos, hasta la de cuarenta y cuatro pesos.

Por lo que acabamos de esponer se advierte que no está en observancia en Filipinas el Reglamento de 21 de febrero de 1853, citado en los artículos 5, 20 y 113 de la Real cédula de 1855. La comision de la Audiencia, al informar acerca de la Real orden de 7 de octubre de 1857, opina que el tipo para los juicios verbales deberia ser el de los 200 pesos fijado en el Reglamento de 1853: esto es lo mas conforme á las Ordenanzas de 1768 y al espíritu de la ley 83, tít. 15, lib. 2.º y ley 10, tít. 10, lib. 5.º de la Recopilacion de Indias. Si hoy los juicios verbales, sin tener apenas una sustanciacion conocida, producen ventajosos resultados, los producirán mayores cuando se regularicen en los términos que designa la comision, y hay sobrados motivos para ampliar en esta parte en beneficio público las facultades de los jueces de Filipinas.

Juicios de conciliacion.—En la organizacion judicial de Filipinas no se conocen los jueces de paz ni en el procedimiento los juicios de conciliacion: véase aquí otra diferencia de la legislacion de Cuba y Puerto-Rico. Alguna vez se intentó su establecimiento en aquellas islas, y muy especialmente en el año 1853: fácil fué convenirse de la imposibilidad de encomendar funciones tan delicadas á los jueces locales (*gobernadorcillos*), quienes por lo comun carecen de las cualidades necesarias para desempeñarlas con equidad y

acierto, siendo de temer que por el anhelo de librar á los indígenas de los perjuicios de una contienda jurídica, los constituyesen con su poca circunspeccion en la dura necesidad de abandonar los derechos mas legítimos, cediendo á la intimidacion ó á la violencia, tan frecuentes por desgracia en las costumbres de aquella raza. Así que se apeló á la ingeniosa idea de formar en cada feligresía para los actos conciliatorios una corporacion denominada *Consejo de paz*, compuesta del cura párroco y de dos ancianos respetables: en los pueblos donde hubiera dos gremios, uno de los vocales debía ser indio y el otro mestizo. Este pensamiento no se llevó á cabo. La comision es de sentir que no se altere el método vigente, y no están destituidas de valor las consideraciones que aduce. Basta atender al carácter de los naturales y á lo que son sus gobernadorcillos para no confiarles atribuciones que pueden ser, segun las circunstancias, de inmensa trascendencia. Los alcaldes ordinarios de la municipalidad de Manila, únicos de su clase en las islas, podrian ser en la capital jueces de paz, mas ni en buenos principios deben hacerse escepciones para una localidad, ni los indios y mestizos que forman la mayoría de la poblacion están habituados á la autoridad de tales alcaldes, sino á la de sus gobernadorcillos, que son los alcaldes de que hablan las leyes 15 y 16, tít. 3.º, lib. 6.º de la Recopilacion de Indias. Si estos mismos juicios, en concepto de forzosos, van desechándose de los códigos modernos, seria aventurado instituirlos en un país donde no existen ni han existido jamás. En cambio está prevenido por repetidas circulares á todas las justicias de Filipinas que procuren terminar por amistosas transacciones las diferencias entre los naturales, exhortándoles á ello y recomendándoles los beneficios de la paz: este medio, que es el mas arreglado á la práctica, suple en cierto modo la falta de los juicios de conciliacion.

Hay, no obstante, cuestiones en que interesa alejarlos de la publicidad de los expedientes: la moral lo encarga, la paz y quietud de las familias la hacen indispensable. Penetrada la comision de estas razones y teniendo en cuenta, así la especial organizacion de Filipinas como lo que se ha consignado en los códigos mas filosóficos de Europa, propone: 1.º que se celebre juicio de conciliacion en las demandas entre ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad en cualquier grado; entre los colaterales en el segundo grado; entre marido y mujer, aunque estén divorciados; entre socios sobre negocios de la compañía y entre herederos sobre negocios de

la herencia: 2.º que el juicio se verifique ante el juez mismo del pleito; Y 3.º que el juez no pueda manifestar opinion, ni ejercer otras funciones que las que tienen por objeto llenar las formalidades mandadas. La comision determina con orden y claridad cuáles hayan de ser estas y concilia del modo posible todos los extremos.

Juicio ordinario.—Tan desconocidas como son en Filipinas las comparencias conciliatorias, lo es la diferencia entre pleitos de mayor y menor cuantía: todos los juicios escritos, sea cual fuere su montamiento, se siguen por unos mismos trámites, y hé aquí un vicio bien capital. Repugna ciertamente constituir un procedimiento único é inflexible para toda clase de litigios, de grande ó escasa importancia. Enhorabuena que no se proscriba nunca el procedimiento, pero la tenuidad de los hechos aconseja, lo mismo en lo civil que en lo criminal, la dispensacion del rigorismo ritual y aun de ciertas garantías; ni tiene otro origen la estructura de los juicios verbales. No se ha hecho en esto otra reforma en Filipinas que la del art. 488 de los aranceles judiciales, segun el cual en los negocios que no esceden de 500 pesos, no se perciben mas derechos que la mitad de los designados en ellos, si los litigantes fuesen indios, y las dos terceras partes los demás. En Cuba y Puerto-Rico fué esta parte del enjuiciamiento, justamente reformada por los reglamentos de 1855 sobre juicios verbales y de menor cuantía, y conviene lo sea en Filipinas.

Tal es tambien el dictámen de la comision, la cual, tomando por apoyo el citado art. 488 de los aranceles y las causas que lo motivaron, cree que toda contestacion entre partes cuyo interés no suaba de 500 pesos, debería decidirse en juicio de menor cuantía por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento civil. De este modo la escala de los procedimientos sería gradual y estaría en relacion con la magnitud de los negocios: se fallaría en juicio verbal hasta 200 pesos, en juicio de menor cuantía hasta 500, y en juicio de mayor cuantía en los demás.

Sería necesario un tratado completo para explicar los trámites del juicio ordinario en Filipinas: á nuestro intento basta decir que casi son los mismos que se observaban en el reino antes del reglamento provisional para la administracion de justicia: la demanda, emplazamiento, excepciones, contestacion, réplicas, pruebas, tachas, alegatos y sentencias, todo está subordinado á las prescripciones de las leyes de Partida y de la Recopilacion, salvas las modificaciones

hechas por algunos autos acordados y de que no podemos menos de prescindir en la reseña que estamos escribiendo. La comision no tiene dificultad en admitir la sustanciacion de la nueva Ley de Enjuiciamiento; haremos mérito de los puntos mas esenciales en que discrepa.

Los términos fijos é improrogables para el emplazamiento, pruebas y otros actos no pueden tener lugar en Filipinas. Es un mal, pero un mal irremediable. Diseminada la poblacion (cinco millones de almas próximamente) en multitud de islas, hay grandes dificultades de comunicacion entre muchas de ellas y la navegacion está aténida á la influencia de las estaciones. No se hable de la provincia de Marianas: ha sido pasar mas de un año sin recibirse noticias de aquél distrito. Las islas Batanes, Calamianes, Mindanao, y otras, carecen tambien de comunicaciones frecuentes; y sucede otro tanto con una parte de las provincias de Visayas. Hay, pues, islas, que no se comunican ni pueden comunicarse en bastantes meses: sucede otro tanto, aunque en menor escala, entre pueblos del interior de algunas provincias, y sería vano empeño señalar términos inalterables para diligencias que en ellas hubieran de practicarse. Ni este inconveniente puede satisfactoriamente allanarse con la suspension de términos, por que, sobre haber de ser indefinida, sería un contrasentido efectuar, por ejemplo, la prueba en la época misma en que el derecho de hacerla estuviera en suspenso. Estos términos deben señalarlos los jueces en cada caso segun la distancia y la mayor ó menor facilidad en las comunicaciones, como por idénticos motivos se autoriza á los de la Peninsula en los artículos 230 y 1149 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Esta, en su art. 76 introdujo una de las mas radicales reformas: la supresion de la tercera instancia: con su adopcion no está conforme la comision á que aludimos. La primera instancia en Filipinas adolece de graves é inevitables imperfecciones. Fuera de la provincia de Manila apenas hay abogados, escribanos ni procuradores; y los pleitos se siguen de la manera mas defectuosa, con escritos á veces ininteligibles y con reclamaciones las mas extravagantes: por todo debe pasarse en unos juzgados en que litigios, aun los de mayor consideracion, son por lo comun dirigidos por indios, que escasamente poseen el idioma castellano (*aboyadillos*). No sería oportuno en este estado suprimir todo otro recurso que no fuera el de casacion, á no esponerse á dejar los pleitos reducidos á una sola ins-

tancia en una gran parte de las islas; y residiendo además en la metrópoli el Tribunal de casacion, se alcanzan las dificultades con que habría que tropezar. La Real cédula de 30 de enero de 1855, en sus artículos 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65 limitó el uso de la súplica adoptando testualmente lo establecido en los reglamentos sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, y preciso es confesar que la innovacion hecha con estas prudentes restricciones ha sido provechosa: ampliada, no lo sería de seguro en la situacion actual de la organizacion judicial de Filipinas.

Del juicio ab-intestato.—Sabido es que para estos juicios hay en Filipinas un Juzgado especial que toma conocimiento cuando los interesados están ausentes y cuya tramitacion es tambien especial. Domina el pensamiento de que las disposiciones de los títulos 9 y 10 de la primera parte de la Ley de Enjuiciamiento se entiendan salva la jurisdicción del Juzgado general y privativo de bienes de difuntos, conforme á las leyes de Indias, á la Instruccion de la Audiencia de Méjico de 1704 y al Real decreto de 10 de febrero de 1854. De notar es que por este Real decreto se hizo cesar al Juzgado de difuntos de Puerto-Rico y por el art. 107 de la Real cédula de 30 de enero de 1855 al de la Isla de Cuba. Dejóse subsistente el de Manila por hallarse en otras circunstancias y por concurrir allí todavía los motivos que dieron márgen á la creacion de esas jurisdicciones en Méjico y otros puntos de América. Las comunicaciones de Cuba y Puerto-Rico con la Península son fáciles y breves, y lo son asimismo entre los pueblos del interior de aquellas islas: en esto, como en otros ramos, se ha operado un gran cambio en nuestras Antillas. Pero Filipinas dista mucho de la madre patria; las relaciones entre sus diferentes provincias son lentas y difíciles; en su sistema judicial no se ha progresado lo que en Cuba y Puerto-Rico, ni quizás pueda progresarse por obstáculos locales, muchos de ellos insuperables; el ministerio fical de planta fija no le hay en el archipiélago filipino, á escepcion de la capital, y los bienes de los que en él mueren necesitan, aun en el dia, un protectorado eficaz. Circunscrito el Juzgado de difuntos á sus justos límites por el decreto de 1854, es sin disputa uno de los mejor organizados de aquel país; está desempeñado gratuitamente y sin emolumentos de ningun género por un oidor de la Audiencia; los fondos se hallan intervenidos y asegurados en Tesorería; las costas no pueden montar sino á la décima parte del líquido caudal del difunto, y la inspeccion del

ministerio público y de la Sala de Indias del Tribunal Supremo, además de la del Gobernador Capitan general, es constante. Si esta jurisdiccion se trasladara á los Juzgados ordinarios, en los cuales no hay promotores, abogados ni escribanos en la mayor parte de ellos y varios de los jueces son tambien legos, sin asesor siquiera en su distrito, se concibe que con estos elementos podria haber en aquellas apartadas provincias fundados temores de ocultaciones y fraudes que á veces ni á los jueces mas celosos seria dado evitar. Estas son las razones que abogan en favor de la subsistencia del Juzgado de difuntos en Filipinas con su organizacion especial y su no menos especial procedimiento. No se nos oculta que algunas innovaciones útiles pudieran hacerse en este particular, y las presentaremos á la luz de la discusion en otro artículo.

Recurso de casacion.—Si se hicieran estensivas á Filipinas las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento, habria lugar al recurso de casacion en litigios, cuyo valor no esciediera de seiscientos ó setecientos pesos, y esto seria sumamente perjudicial á la administracion de justicia, no solo por la distancia de aquellos países á Europa en que tiene asiento el Tribunal Supremo, sino tambien por los abusos á que darian márgen la cavilosidad ó malicia de los contendientes. Tan funesto fuera prodigar en demasia ese recurso como restringirlo exageradamente. A ambas exigencias responde la Real cédula de 1855. Concede el recurso de súplica, ó sea la tercera instancia en casos determinados, y respecto del de casacion dicen los artículos 194 y 198: «De las sentencias ejecutorias que las Audiencias de Ultramar dictaren en asuntos civiles, habrá lugar al recurso de casacion por violacion de ley espresa y vigente en Indias, ó de una doctrina legal recibida á falta de ley por la jurisprudencia de los Tribunales relativa al fondo ó á la sustancia de la cuestion resuelta por el fallo que se pretenda anular: 1.º si la cuantía del pleito pasa de 3,000 pesos y la sentencia no es dictada por unanimidad de votos, ó aun cuando lo sea, si revoca la anterior en parte sustancial: 2.º siempre que la cuantía del pleito pase de cinco mil pesos, aunque la sentencia sea confirmatoria por unanimidad. No tiene lugar el recurso de casacion: 1.º en las causas criminales: 2.º en los juicios ejecutivos. 3.º los plenarios de posesion cuya cuantía no pase de 20,000 pesos: 4.º en los demás asuntos en que no se litigue por cantidad mayor de 3,000 pesos.» A vista de estos testos y de sus fundamentos, nada mas natural, como

dice la comision, que aceptar la ley de Enjuiciamiento para los recursos de casacion bajo las bases siguientes: 1.ª que en órden á la cuantía del pleito, segun su respectiva índole, se observe lo dispuesto en la Real cédula de 1855: 2.ª que la Sala de Indias sea el tribunal que conozca de estos recursos (art. 1015): 3.ª que el depósito se constituya en el Banco Español filipino (art. 1030): 4.ª que el término del emplazamiento de los treinta dias (art. 1033) se sustituya con el de doce meses, como se acordó para los negocios de comercio por Real cédula de 26 de julio de 1832 y es el mismo de los recursos de casacion, segun el art. 204 de la Real cédula de 1855; y 5.ª, que modificándose el art. 1068 de la ley en el sentido del 208 de dicha Real cédula, se dé á la sentencia carácter ejecutivo en todo caso, atendidas las dilaciones que no puede menos de haber para concluir la sustanciación de estos recursos por el largo término del emplazamiento y por la distancia á la residencia del Tribunal supremo.

Jurisdiccion voluntaria.—Vamos á apuntar ligeramente las modificaciones que se han propuesto á la ley de Enjuiciamiento. En cuanto á los depósitos de personas se indica que en el art. 1277 se supriman las palabras *ó querrela de adulterio*, porque estando en vigor en Filipinas la ley 1.ª, tít. 17, Part. 7.ª, no puede tener lugar por adulterio la querrela de la mujer contra su marido.

En los expedientes de disenso paterno para el matrimonio hay en Filipinas un procedimiento especial aprobado por Real órden de 14 de diciembre de 1849: con la mayor sencillez y de un modo análogo á las costumbres de los naturales están detalladas las diligencias que motiva el disenso, las relativas á la exploracion de la voluntad de los padres así que de los contrayentes y las autoridades que deben intervenir. Estas disposiciones han producido los mejores resultados y lo que en la nueva ley se determina deberia entenderse, sin perjuicio de lo que en la actualidad se practica.

Las informaciones para obtener dispensa de ley se incoan en Filipinas y se instruyen conforme á las Reales órdenes de 19 de abril de 1838, 12 de abril de 1839 y 15 de diciembre de 1844. Ofreceria inconvenientes por razon de la distancia esperar la Real autorizacion (art. 1336) para dar principio á estos expedientes, y no ofrece ningunos el que por decreto de la Audiencia se instruyan á solicitud de parte como sucede en el dia, sometiéndose despues lo actuado á la resolucion del Gobierno de S. M.

Además del disenso paterno hay casos en que los que intentan contraer matrimonio no pueden fácilmente lograr el consentimiento de sus padres, tutores ó curadores, como ocurre cuando los que han de prestarlo se hallan fuera de las islas. Medidas muy acertadas que tienen cerca de un siglo de antigüedad se dictaron en Filipinas, distinguiendo con suma oportunidad las diferentes clases de españoles europeos, españoles filipinos, indios, sangleyes, etc.: se otorgaron facultades, con relación al modo de suplir el consentimiento paterno, á los alcaldes y corregidores, y muy en particular al gobernador general de las islas; y esas disposiciones que están en observancia, deberían también estarlo en lo sucesivo, atemperándolas á la nueva ley de Enjuiciamiento civil.

Otras modificaciones han sido propuestas, pero son de un orden secundario: quedan esplicadas las principales. Felizmente no contiene en lo general la nueva Ley innovaciones radicales, ni proclama sistemas peligrosos; y confiamos en la sabiduría del Gobierno que acogiendo con interés las juiciosas observaciones de las corporaciones y juriconsultos concededores de la legislación de las Islas Filipinas, y sobre todo las de los ilustrados regente, ministros y fiscales de la Audiencia de Manila, sabrá armonizar con acierto las respetables instituciones de aquel país con los adelantos de la época.

PROCEDIMIENTO PENAL.

La Audiencia de Manila ha hecho en todas épocas grandes esfuerzos para mejorar el procedimiento en lo penal; no desconocía que un buen procedimiento puede hacer soportable una legislación criminal defectuosa, mientras que un mal procedimiento ha de paralizar necesariamente los efectos saludables de las mejores leyes. Era tal el desorden en esta materia, que la Audiencia, por auto acordado de 17 de junio de 1826, se vió en la precisión de dar sanción semi-oficial á la obra del licenciado Sanz sobre la forma de sustanciar causas criminales, y la hizo reimprimir y circuló á todas las justicias con notas y un apéndice de Reales resoluciones: publicáronse despues por los años 1837, 1838 y 1845 reglas importantes sobre diferentes puntos de la instruccion criminal; pero el tiempo vino á demostrar su insuficiencia para corregir el mal, y se propusieron en 1851 nuevas disposiciones que, si bien recaían sobre determinados objetos, no dejaban de ser, en nuestro juicio, muy acer-

tadas y aceptables. No se pusieron en planta; y cuantos ensayos se han hecho posteriormente, ya para fijar la jurisprudencia, ya para dar apariencias de fundamento legal á las prácticas mas ó menos racionales del foro, han sido estériles en mucha parte. No tenemos necesidad de advertir que la Real cédula de 30 de enero de 1835 apenas encierra reglas de procedimiento, y que ni el reglamento provisional de 1835, ni la ley promulgada para la ejecucion del Código penal tienen aplicacion en Filipinas.

Tan anómalo y tan inconstante es en varios puntos el sistema de enjuiciar de esas islas, que lo que en un juzgado se tiene por trámite legal, en otro es considerado como innecesario é inconveniente; resultando de aquí los entorpecimientos y complicaciones que dificultan la pronta accion de la justicia. El ministerio público del Tribunal Superior denuncia á cada paso omisiones sobre lo mas sustancial de los procesos, que se hace imprescindible devolver á los juzgados para su reposicion; y al recordar que estos en Filipinas existen en islas diferentes, entre algunas de las cuales las comunicaciones son mas tardías que de Manila á Madrid, fácil será persuadirse de la necesidad de un procedimiento regular y uniforme.

Obsérvase tambien que entre las actuaciones de la primera y segunda instancia no hay á veces el enlace debido: un juez, por ejemplo, pronuncia la sentencia, cita y emplaza al reo previniéndole que si no nombra procurador y abogado que le defiendan en la Audiencia, le serán por esta nombrados de oficio; pero como la Audiencia, respetando antiguas prácticas, no hace tales nombramientos, á no ser en delitos de cierta penalidad, ó cuando se pide agravacion de castigo, queda frecuentemente sin efecto la citacion y el reo sin defensa.

Estas y otras irregularidades que hemos visto enunciadas en un concienzudo trabajo autorizado por dos dignos Fiscales de la Audiencia de Manila, evidencian que las reformas parciales hechas hasta el día, si no han contribuido á aumentar la confusion, á lo menos no han bastado para cortar los abusos, por mas que seamos los primeros en aplaudir el celo de cuantos á porfía se han consagrado á poner remedio.

Tiempo era ya de pensar en un plan general que, fundado en los progresos de la ciencia del derecho y en las lecciones de la experiencia apreciadas con criterio, sustituyera á la incertidumbre y oscuridad una tramitacion clara, homogénea y acomodada á las con-

diciones especiales de aquellas islas, acreedoras por tantos títulos á la consideracion del Gobierno.

En tales circunstancias se dirigió con apoyo por la Audiencia de Manila á la Sala de Indias del Tribunal Supremo de Justicia el proyecto de *Código de procedimiento penal para las Islas Filipinas*, redactado por el Magistrado D. José Mannel Aguirre-Miramón. A este trabajo precede una estensa memoria con la esposicion de motivos, y de ella nos valdremos al hacer el análisis de la obra para que se conozca bien el estado de la legislacion y pueda formarse recto juicio de las innovaciones que se preparan.

El Código tiene 670 artículos y está dividido en dos partes. La 1.ª abraza el juicio criminal ordinario, y la 2.ª los procedimientos especiales. Cada parte está distribuida en títulos y estos en secciones cuando lo requieren.

Primera parte.—El título 1.º trata de lo respectivo á la competencia. El 2.º de las recusaciones y forma de proceder en ellas. El 3.º de las acciones procedentes de delito ó falta. El 4.º de la averiguacion sumaria de los hechos punibles. El 5.º del sobreseimiento. El 6.º del juicio plenario en primera instancia. El 7.º de la consulta de la sentencia, apelacion y súplica. El 8.º de los juicios verbales sobre faltas.

Segunda parte.—El título 1.º trata de las causas contra funcionarios públicos. El 2.º del procedimiento contra reos ausentes ó fugados. El 3.º del juicio en delitos de falsedad. El 4.º del modo de dar sus declaraciones ciertas personas. El 5.º de los bienes embargados, su administracion y venta. El 6.º de las visitas de cárcel. El 7.º de la prescripcion. El 8.º de la extradicion de reos refugiados á país extranjero. El 9.º de la entrega de los reos refugiados en lugar sagrado. El 10 de las amnistías é indultos (1).

De la competencia en lo penal.—Con este título encabeza el proyecto, mientras que la mayor parte de los Códigos modernos dan

(1) Advierte el autor en su memoria que para formar su obra ha entrasacado de nuestra legislacion una parte de las ideas que contiene, que ha trasladado otras de los Códigos extranjeros y no pocas de trabajos conocidos de nuestros distinguidos jurisconsultos, á quienes cita. Al aplaudir este homenaje de respeto á la ciencia y á los grandes hombres, debemos tambien decir que poco nuevo puede hoy escribirse en estas materias. En los progresos que se han hecho en los diferentes ramos de la legislacion, todo está discutido y analizado.

principios, por disposiciones sobre la policía judicial. El de Francia ocupa los 136 primeros artículos de los 659 de que se compone el del Canton de Vaud todo el libro 1.º, y por este estilo los demás á que ha servido de modelo el de Francia; disposiciones que, aunque propias de Códigos de esta naturaleza, no tienen cabida en Filipinas donde la policía judicial no está organizada ó se halla confundida con la administrativa. Lo que el autor ha considerado de útil y posible aplicación está incluido en el título 4.º de la primera parte.

Los principios sobre competencias son bien sabidos. Se declara la competencia en favor del juzgado en cuya demarcacion se hubiese perpetrado el delito: se comete á un solo juez el conocimiento de los delitos que tuvieren conexión entre sí: se dan reglas para sustanciar estos incidentes; y en las cuestiones jurisdiccionales que tienen relacion con el derecho internacional se toca lo absolutamente preciso, omitiéndose con laudable circunspeccion los puntos en que ni los publicistas ni los Códigos están acordes. La Audiencia de Manila es la autoridad llamada á dirimir los conflictos de este género, sea entre los juzgados especiales civiles ó militares de las islas, sea entre estos y los ordinarios: así está tambien espreso en los arts. 51 y 98 de la Real Cédula de 30 de enero de 1835.

De las recusaciones.—Las causas de recusacion están puntualizadas tan circunstanciadamente como es posible, así como la sustanciacion de estos artículos. Hubiera sido de desear se hubiese dispuesto que la recusacion de los jueces inferiores no pudiera hacerse sin justificacion de causa, como aconsejan las teorías mas autorizadas y está escrito en las legislaciones modernas: la consideracion de estar admitida la recusacion inmotivada en el art. 176 de la Real Cédula de 1835, de conformidad con las leyes de Indias, es la que ha retraido al autor, segun indica en su memoria, de optar por esta innovacion.

Si los funcionarios del ministerio fiscal pueden ó no ser recusados, ha sido cuestion debatida en el seno de la ciencia y resuelta no uniformemente en la práctica. La recusacion de un fiscal, cuando obra directamente como acusador ó parte actora, se asemeja á la recusacion hecha por el demandante al demandado ó viceversa. El artículo 156 de la Real cédula de 30 de enero sienta, sin embargo, una regla absoluta que en el proyecto se ha creido deber respetar.

De las acciones procedentes por delito ó falta.—Es de la mayor importancia en el procedimiento definir la accion penal y la civil y hacer co-

nocer sus efectos. En el proyecto se satisface á esta necesidad. Se declara cuándo ha de tener lugar el procedimiento de oficio, cuándo á instancia de parte, segun la índole de los hechos punibles; quiénes pueden ejercitar las acciones penales y las civiles, cuáles sean sus límites y resultados; y se someten á previas gestiones conciliatorias los delitos de familia que la sociedad no tiene interés en revelar.

De la averiguacion de los hechos punibles.—Este es uno de los títulos mas esenciales y nutridos del proyecto: en él está el mecanismo completo del juicio sumario. Comprénde lo relativo á los partes y diligencias preventivas, á las denuncias, querellas y delitos *in fraganti*, á la comprobacion legal del hecho, al exámen de testigos y peritos, á la detencion y prision, embargo de bienes y fianzas, declaraciones indagatorias y confesion con cargos. Está dividido en 40 secciones, y tiene 192 artículos. No es posible detenernos á analizar cuanto en ellos se incluye: diremos únicamente que están basados en reconocidas doctrinas y en el estado especial del país á que se dirigen. Estractaremos lo que el autor espone en la memoria sobre algunos de los puntos mas capitales.

Si bien el empleado público está en el deber de prestar su concurso á la administracion de justicia, mayormente en lo criminal, no todos tienen una obligacion inmediata, ni todos deben estar facultados para formar actuaciones. Conforme al buen orden de procedimiento, y haciendo las distinciones oportunas, están detalladas las atribuciones de los funcionarios en la parte de policia judicial, sus deberes, y la forma de ejercerlos.

Las denuncias y querellas, han sido siempre objeto de reglas particulares, como lo son en el proyecto. El derecho de denunciar, puede ser obligatorio, y puede ser voluntario: se especifican en este título los casos en que ciertas personas se hallan por razon de su oficio obligadas á denunciar. Los denunciadores y querellantes quedan exentos de la obligacion de afianzar, y no sin razon. Exigir fianzas al denunciador ó querellante, es poner trabas al ejercicio de la accion penal que la ley otorga y recomienda: es impedir que los delitos lleguen á conocimiento de los tribunales. Los reos de falso testimonio, de falsa escritura, de falsa denuncia, de acusacion falsa ó calumniosa, todos deben ser procesados criminalmente: aplíqueseles la pena merecida; sepan que han de sufrirla irremisiblemente, y esto será mas eficaz que todas las fianzas para contener los instintos de venganza y mala fé.

En cuanto al exámen de testigos, hay formalidades que tienden á asegurar la verdad, y son necesarias en un país donde es pasmosa la facilidad en faltar á ella y en retractarse de sus dichos, como acredita todos los dias la esperiencia.

En la legislación de Filipinas no estaban individualizados los casos de flagrante delito, y preciso era enumerarlos por deber justamente para dispensarse en ellos los trámites ordinarios. El delinuyente *in fraganti*, puede ser detenido por cualquiera y conducido á la cárcel sin mandamiento ni orden de arresto; así se establece en el proyecto, y así lo está, aun en los países donde la libertad individual se halla elevada á dogma político.

Los que han de aplicar el Código, son personas versadas por su profesion en el derecho penal: no deben en él esplicarse los pequeños detalles, como las diligencias para hacer constar el delito de envenenamiento, el de aborto, de robo, etc., en sus infinitas variedades. No es el Código un tratado académico, y por esto dice el autor del proyecto que se ha ceñido á lo que esencialmente constituye la comprobacion de un delito ó falta.

Uno de los puntos mas difíciles es resolver cuando debe privarse ó restringirse su libertad al procesado, antes de ser declarado culpable, y quizás siendo inocente. Esta dificultad nace en Filipinas de la carencia de un Código penal que defina los hechos justiciables y les asigne penas: falta la base en que debieran estribar las providencias de arresto, prision y soltura; faltan los tipos seguros de que partir. Se ha apelado en esta situacion á la jurisprudencia del país y á los principios que están mas en acuerdo con la razon, que con el espíritu de rutina. Se ha determinado en el proyecto, con sujecion á ellos, cuando debe decretarse la restriccion de la libertad, se han fijado sus condiciones, y se han marcado los grados; se adoptan prudentes precauciones para no dar ocasion á abusos; se designan las cauciones admisibles para la soltura, y cuando pueden ser judicialmente intervenidos los bienes del inculpado, en qué cuantía y para qué efectos.

El Real decreto de 26 de mayo de 1854, suprimió en la Península la confesion con cargos, y el Gobierno hizo en él notorios los motivos. Si en Filipinas fueran idénticas las circunstancias, podria traerse á discusion la conveniencia ó inconveniencia de este trámite. Empero allí no está aun planteado el Ministerio fiscal en los juzgados ordinarios de primera instancia, fuera de los de Manila: proce-

no hay que se sentencian sin nombrarse siquiera promotor, y cuando es nombrado, suele ser un cualquiera destituido no solo de conocimientos jurídicos, sino de los de la lengua castellana: de ahí es que las acusaciones, si se presentan, son escritos llenos de vulgaridades ó estravagancias: otro tanto pasa con la defensa. Sin embargo, en alguna parte del proceso debe aparecer con cierto orden, en interés del procesado y de la causa pública, el resumen de los cargos y los descargos, y esto al menos puede conseguirse con la diligencia de la confesion. La lucha entre el juez y el reo que suena tan repugnante, deja de serlo cuando se la subordina á las condiciones que prescribe el proyecto de Código. Ni se olvide que esa lucha hay en los países que se dicen mas adelantados, donde los presidentes de los tribunales interrogan, interpelan y mas de una vez confunden con sus razonamientos á los acusados.

El curador *ad litem* en las declaraciones indagatorias era, segun nuestra antigua legislacion, para presenciar el juramento del menor que ya no se presta, ni aun puede exigirse la palabra de decir verdad (art. 9.º de la Real cédula de 30 de enero de 1855, y art. 247 del proyecto de Código): el curador es, pues, una persona inútil; su intervencion no tiene objeto. No sucede así en la confesion: el proceso es público desde aquel momento, y el curador, sin daño de la administracion de justicia, puede ser beneficioso al menor. Justo es que no se le permita tomar parte en las actuaciones de la confesion, pero puede enterarse de si se llenan en ellas las formalidades legales (art. 283) y evitar que se cometa una vejacion con su representado.

Del sobreseimiento.—Una reforma digna de atencion se introduce en el proyecto en consonancia con la legislacion general del reino: es la prohibicion de pronunciar penas en los sobreseimientos. No pueden estos ser procedentes, sino cuando no resulta la preexistencia del delito; cuando aunque resulte, no ha podido descubrirse quién sea el culpable; cuando consta que el hecho no debe elevarse á procedimiento criminal; cuando está acreditada la absoluta inocencia del procesado, ó que se halla por la ley exento de responsabilidad, y cuando en delitos privados desiste el querellante de su accion ó cuando la ley la declara estinguida. Si para la correccion de quince á veinte dias de arresto es necesaria (art. 22 de la Real cédula de 30 de enero) la audiencia de partes en un juicio, y si todavía puede el agraviado acudir por recurso de nulidad al Tribunal

Superior, no se concibe por qué en un sobreseimiento sin mas defensa que la declaracion con cargos haya de imponerse una condena de seis meses de prision. El art. 321 del proyecto esplica la tramitacion que ha de seguirse cuando se trata de penas correccionales.

De la acusacion y defensa.—Todo lo concerniente á esta seccion está, fuera de algunas ligeras variaciones, cimentado en la legislacion actual del reino. En toda causa es oido el reo, y sin dar lugar á largas y dispendiosas fórmulas recibe la ley su aplicacion.

En muchas causas el inculpado, lejos de entrar en el fondo de los cargos que sobre él pesán, presenta artículos solicitando una declaracion prévia. Los procesos se complican, y reclaman la adopcion de medidas como las que el proyecto contiene. Admitéanse únicamente como incidentes ó cuestiones preliminares las escepciones de declinatoria de jurisdiccion, existencia de otro proceso pendiente sobre el mismo delito, amnistia ó indulto y cosa juzgada, y esto no restringe el derecho de defensa. Si la escepcion, quizás muy atendida, no tiene cabida como cuestion preliminar, la tendrá con las demás en la defonsa, y el tribunal la apreciará en definitiva.

La diferencia entre las tachas que impiden al testigo prestar su declaracion, y las que no le impiden (arts. 337 y 338) era ya conocida en la jurisdiccion contencioso-administrativa y está apoyada en las mas sanas doctrinas del procedimiento: sobre cada hecho no se dá entrada mas que á seis testigos (art. 334) en vez de los treinta de la antigua legislacion: el juez queda, sin embargo, facultado para admitir mayor número de declaraciones cuando las considere necesarias ó conducentes.

De la prueba.—La publicidad de las actas de prueba que el proyecto proclama, en ninguna parte puede ser, segun el autor patentiza, mas provechosa que en Filipinas. El testigo no dá apenas valor á su dicho, al paso que la debilidad de su memoria es un obstáculo para que se esplice con exactitud: no es, pues, de extrañar que los indigenas desfiguren con frecuencia la verdad, en particular sobre hechos que hubiesen pasado hace algun tiempo. Hacer la prueba á presencia de los interesados, otorgarles el derecho de interrogar con permiso del juez; celebrar en audiencia pública los careos y cuantas diligencias de investigacion sean pertinentes (artículos 343 y siguientes), es el medio mas natural y espedito de asegurarse de la certeza ó falsedad de los hechos; es trasladar al proce-

dimiento técnico algunas de las sencillas formas del tribunal doméstico.

Decretadas por providencia judicial las pruebas, nombrados con anticipacion los únicos testigos que han de deponer, y sabidas, en fin, desde la primera hasta la última todas las actuaciones informativas que han de practicarse, al juez incumbe (art. 342) la ejecucion de ellas. Él debe cuidar de hacer presentar á las partes y testigos y de que el juicio tenga su complemento. Dedúcese que en una instruccion así ordenada seria perjudicial y dilatoria la fijacion del término probatorio, cual no tiene lugar en el proyecto.

De la sentencia.—En esta seccion está embebido lo referente á la ritualidad de las decisiones judiciales, al razonamiento que deben tener, ora cuando el delito sea uno, ora cuando sean dos ó mas, término dentro del cual han de pronunciarse, declaraciones que hayan de hacerse y sus efectos. Siente el autor no haber borrado *la absolucion de la instancia*. Un principio de humanidad (dice) dictó la máxima *non bis in idem*. Autorizar al acusador, ya público ó ya privado, para reproducir sus acciones sobre la misma causa y contra el mismo individuo; tener á éste *sub judice* en largos años sin poder conseguir la declaracion de su inocencia ó de su culpabilidad; y despues de haber sufrido las angustias de un proceso criminal que comprometia su vida ó su honor, hacer que pase todavía intranquilo el resto de sus dias con el temor de nuevas persecuciones, no es equitativo: la conciencia y el buen sentido condenan ese juicio sin término. Se ha cedido no obstante en el proyecto á la autoridad de una antigua y constante jurisprudencia.

Arduo es resolver hasta qué punto puede el juez ser compelido á declararse convencido por tal ó cual medio de prueba, haciendo abstraccion de su conviccion personal. Al estudiar los diversos sistemas desenvueltos en los códigos, se encuentran el de la conviccion íntima en los mas, el de la prueba legal en algunos, y el de ciertas reglas combinadas con el principio del juicio moral en otros. El célebre axioma del derecho, de que dos testigos contestes y mayores de escepcion dicen siempre la verdad legal, y que uno solo no la dice nunca, ha sido desterrado de las legislaciones modernas, y debe serlo con mas razon de la de Filipinas, por los motivos antes indicados sobre la escasa capacidad, carácter poco reflexivo y condiciones particulares de una gran parte de aquellos naturales. Añade el autor del proyecto; que si hubieran de prevalecer sus

opiniones, sancionaria sin reparo el sistema de la convicción del juez, junto con la publicidad del juicio, y la instancia única con el procedimiento acusatorial y el recurso de casacion; pero reconoce con igual franqueza que estas teorías no son adaptables á la actual organizacion de los tribunales de Ultramar, con la cual solo puede avenirse una forma mista. Apreciacion de la prueba testimonial segun la sana crítica; la confesion de parté, y la instrumental, segun lo que el derecho comun establece. Tales son las bases del proyecto, y es, en sentir del autor, todo lo mas que en el camino de la reforma puede avanzarse en aquellos países.

De la apelacion, consulta y recurso de súplica.—En los trámites de la segunda instancia, el proyecto contiene pocas variaciones en lo existente: su tendencia es simplificar la sustanciacion, y hacerla rápida y menos costosa.

La multiplicidad de las instancias es un mal para la administracion de justicia y para el prestigio mismo de la cosa juzgada, como lo ha reconocido la Real cédula de 30 de enero de 1855 en los artículos 58, 189 y otros; pero son todavía imprescindibles donde hay juzgados unipersonales, y donde el recurso de casacion no está instituido, segun acontece en lo penal en la legislacion ultramarina. La instancia de súplica está limitada en el proyecto á casos muy especiales, y en que la entidad del crimen ú otras poderosas razones recomiendan la revision del proceso.

De los juicios de faltas.—En repetidos artículos de la Real cédula de 30 de enero se hace mencion de las faltas, señaladamente en los artículos 23, 24, 88, 160 y 161, y no se explica en ellos cuáles sean. Cierta es que nuestro Código penal hace la clasificacion de los hechos punibles en delitos graves, delitos menos graves y faltas, como el Código francés, el de Nápoles y algunos otros, en crímenes, delitos y contravenciones; pero ni en la legislacion ni en la jurisprudencia de Filipinas se conoce la denominacion de faltas en la acepcion que en nuestro Código. A pesar de esto, siendo preciso calificar de faltas algunos hechos, se han reputado como tales aquellos á que hace referencia el art. 22 de la Real cédula citada. Segun su mente, son juzgados en juicio de faltas los hechos que no merezcan pena mayor que la de treinta dias de arresto, multa de cincuenta pesos ó reprension. Se declara que no pueda imponerse en estos juicios la pena de privacion ni suspension de cargo público, profesion, oficio ó derechos honoríficos. Se marcan las formas del juicio,

los casos de nulidad, el término para la interposicion de este recurso y los trámites todos en el juzgado inferior y en el tribunal de la Audiencia.

Con este título se dá fin al juicio criminal ordinario, y pasa el proyecto á ocuparse de los procedimientos especiales en que la naturaleza de los hechos, accidentes de cierta especie ó el carácter de las personas hacen que la tramitacion comun se modifique.

De las causas contra los funcionarios del ministerio judicial y fiscal.—Para hacer respetar la investidura pública de la magistratura, conservar su poder y ponerla al abrigo de los tiros del interés ofendido, se han promulgado preceptos especiales en el procedimiento contra los encargados del ministerio judicial por abusos relativos á su cargo. No es un privilegio concedido en obsequio á las personas; lo es por consideracion á sus funciones. Cuanto el proyecto abarca en este particular está fundado en las leyes de Indias y en los artículos 24, 75, 76 y 77 de la Real cédula de 50 de enero de 1835. Se determina el carácter especial de los hechos que entran en este procedimiento; su incoacion á instancia de parte, por reclamacion fiscal ó de oficio; las garantías del juicio; tribunal que debe juzgar y con qué formas. No quedan por esto abolidos los *juicios de residencia* respecto de los gobernadores y alcaldes mayores de Filipinas, ni se estatuye la necesidad de la prévia autorizacion del poder para procesar á los funcionarios públicos: semejantes innovaciones, por lo tocante á aquellas islas que están tan lejanas y son de tan especiales circunstancias, podrian ocasionar lamentables perturbaciones.

Los empleados del ministerio fiscal deben ser juzgados, segun el proyecto, por los mismos principios y por la misma autoridad que los jueces: no solo hay consecuencia en esto, sino que es lo mas ajustado al art. 38, núm. 3.º de la Real cédula de 1835.

Del procedimiento contra reos ausentes.—Eminentes jurisconsultos han levantado su voz en todos tiempos, reprobando el método de proceder contra reos prófugos. Si la sentencia en rebeldía no ha de ejecutarse por ser contrario á la razon y á la justicia condenar á una persona sin oirla, y si presentado ó aprehendido el reo ha de anularse lo actuado y abrirse de nuevo la causa, el procedimiento es inútil, es hasta peligroso, porque se anticipa el juicio del tribunal á la defensa del encausado. La contumacia no debe en buena teoría producir otros efectos que el secuestro de los bienes, la suspension

del ejercicio de los derechos civiles, privacion de toda accion y defensa durante la ausencia, y la facultad de ser arrestado el contumaz por cualquiera y en cualquiera parte.

En el proyecto se han aceptado los principios del Código de los Países-Bajos, segun los cuales el tribunal criminal no pronuncia condenacion contra el contumaz, y se ha desviado de los del Código francés, que admite la condenacion, y de los de Prusia y Baviera, que tambien la admiten precedida defensa de oficio. Se espresan los casos en que ha lugar al seguimiento de la causa en rebeldía, los llamamientos que han de hacerse y los términos; se distingue la ausencia verificada antes y la verificada durante el proceso, y segun el estado de la causa se asignan diversos efectos á la contumacia, dándose fin á las diligencias sin el juicio plenario.

En el dia en los juzgados de Filipinas las causas en rebeldía se siguen por todos los trámites lentos de un procedimiento comun. En Cuba y Puerto-Rico la tramitacion es la misma, excepto la ratificacion de los testigos en el término de prueba, que ya no tiene lugar sino cuando lo soliciten el ministerio fiscal ó el acusador privado, ni tampoco la formacion del apuntamiento por el relator.

Del juicio sobre delitos de falsedad.—En casi todos los códigos modernos está comprendido entre los procedimientos especiales el de los delitos de falsedad de documentos y de falsificacion de moneda, y así está en el proyecto: su calidad particular exige diligencias de la misma clase para investigar, examinar y hacer constar los hechos, trasladar y asegurar las piezas falsificadas, y cotejar, anotar y destruirlas.

Del modo de dar sus declaraciones ciertas personas en las causas.—Este título es la escepcion al principio general de que todos están obligados á comparecer ante el juez á declarar como testigos en causas criminales. La justicia no está en pugna con las preeminencias de honor que se deben á personas constituidas en autoridad ó en una elevada gerarquía; y los que han estudiado las necesidades y las costumbres de nuestras posesiones de Ultramar no pondrán en duda cuán conveniente es la conservacion en ellas de esas prerogativas. El proyecto señala las personas que deben declarar por escrito y bajo su palabra de honor; la manera de oirlas verbalmente cuando esto fuese indispensable, sea en careos, confrontaciones ú otras diligencias, y lo que debe hacerse para que ese privilegio no degenerare en menoscabo de la administracion de justicia.

De los bienes y efectos intervenidos en las causas criminales.—Es poco uniforme la práctica de los juzgados de Filipinas sobre la entrega de bienes intervenidos en una causa, y sucede casi lo mismo en algunos otros de las provincias de Ultramar. A veces se aguarda al fenecimiento del proceso; otras se devuelven desde luego los efectos al dueño. En algunos expedientes se le cobran todas las costas; en otros se ignora el destino que tienen las cosas cuyo propietario no se presenta, y generalmente es arbitraria la sustanciacion en estas incidencias. En el proyecto se ocurre á estos defectos.

De las visitas de cárceles.—En este título está lo respectivo á las visitas generales y ordinarias de cárceles; la manera de verificarlas; funcionarios que deben concurrir y facultades de los jueces y tribunales en las visitas, ora con relacion á las causas y estado de los presos, ora con relacion á su alimentacion y trato.

De la prescripcion.—La prescripcion de las condenas y de la accion penal puede ser en principio, y lo ha sido, en verdad, objeto de controversia. Ni en nuestros cuerpos de derecho ni en el código ultramarino se encuentra ley que fije por punto general el tiempo de la duracion de las acciones que nacen de delito; pero hay varias que hablan de la prescripcion respecto de algunos hechos aislados. El Código penal del reino ha llenado este vacío tomando por base la mayor ó menor gravedad de la pena, y no hay razon para que las penas que se prescriben en la Península á los diez ó tal vez cinco años se apliquen en Filipinas *fasta treinta años*, como dice la ley del Fuero Juzgo. En el proyecto se hace la diferencia entre la accion penal y la civil, y se señala el plazo de la prescripcion segun la escala de penalidad de Filipinas, la época en que la prescripcion principia y se hace ésta recaer bajo oportunas reglas sobre la accion, sobre la decision judicial y sobre sus consecuencias legales.

De la estradicion de reos refugiados en pais extranjero.—Es ajeno de un código de procedimiento definir los casos de estradicion: esto es, del resorte del derecho internacional; y así es que en el proyecto no se hace mencion sino del modo de instruir los expedientes de esta especie. El juez de la causa es quien debe dirigir la reclamacion á la Audiencia, reunir los datos necesarios y elevarse á la Fiscalía del Tribunal Supremo con informe que tenga por sosten los tratados existentes y las máximas del derecho internacional. Estas disposiciones se modifican algun tanto respecto del imperio de China, porque nuestros cónsules ejercen allí plena jurisdiccion civil y criminal en

primera instancia, en cuanto á los súbditos españoles, bajo la inspeccion y dependencia de la Audiencia de Manila.

De la entrega de los reos refugiados en lugar sagrado.—Los asilos ó lugares de inmunidad fundados (dice el autor del proyecto) en el espíritu de caridad y de dulzura del Evangelio, fueron en los tiempos de barbarie un medio de mitigar los rigores atroces de castigos frecuentemente crueles, y de prestar un refugio á los acusados inocentes á quienes no siempre protegian las formas arbitrarias de la justicia. Los asilos salvaron en aquella triste época la vida á multitud de desgraciados inhumanamente perseguidos por la venganza, contra la cual su única egida era la inviolabilidad del templo; pero hoy que las leyes imperan de lleno, que la autoridad funciona en su esfera, y que los tribunales están organizados, la sociedad y los particulares tienen todas las garantías de orden y de proteccion, y los asilos carecen de objeto. Es mas; se oponen á la sana moral. En un país no debe haber lugar alguno que esté fuera de la dependencia de las leyes, que dé albergue al criminal, y sea un baluarte contra los agentes del poder. Los reos tienen en la ley misma todos los medios de defensa contra los abusos de los funcionarios y el ódio de sus enemigos. La institucion de los asilos no tiene en el dia en las naciones cultas otro interés que el de su historia. Su abolicion es un hecho constante y universal. En Francia se decretó en 1539, y en Inglaterra en 1624; en Prusia, por el Código general de 1794; en Baviera, por la ley de 26 de mayo de 1818; en Sajonia, por el edicto real de 19 de febrero de 1827; y para decirlo de una vez, en los países donde no se han publicado decretos espresos han sido abolidos los asilos tácitamente.

Por estas razones se declara en el proyecto, que los reos refugiados á lugar sagrado no gozarán de gracia ni rebaja en sus condenas; y para evitar profanaciones en los templos, se adoptan reglas sencillas que dirijan las relaciones entre la autoridad civil y la eclesiástica.

De las amnistias é indultos.—Los gobernadores capitanes generales de Ultramar representan allí, segun las leyes de Indias, la persona de S. M., y les fué cometida la alta prerogativa de gracia, desde la relajacion de la pena hasta la prohibicion de investigar el delito. Estas facultades, que tienen su nacimiento en la ley 27, título 5.º, libro 3.º de la Recopilacion de Indias, han sido aclaradas por resoluciones soberanas de 27 de octubre de 1798, 16 de junio

de 1850 y 29 de mayo de 1855; pero aun en el día ejercen, con más ó menos restricciones, el derecho de clemencia para con los criminales. En el proyecto se respeta esa suprema jurisdicción, y conviene que así sea, por lo mucho que importa hacer brillar en aquellas posesiones la bondad personal del monarca, por cuya delegacion se otorga la gracia, y que sea bendecido su augusto nombre. Interesa así en ocasiones que se temple con prudencia y discrecion la severidad de la justicia, y no ha dejado de ser mas de una vez en la esfera de gobierno un resorte de gran valor y de felices resultados.

El proyecto define las amnistías, indultos y conmutaciones: declara corresponder la aplicacion personal de las amnistías é indultos á la autoridad judicial que hubiese juzgado en último grado: se prohíbe la concesion de indulto particular hasta que recaiga sentencia firme, ni puede aplicarse á los reos prófugos. Se hace mérito de los indultos generales y particulares y sus efectos: ni en las amnistías, ni en los indultos, ora generales, ora particulares, se estiende la gracia á eximir á los reos de la indemnizacion de los daños ocasionados por el delito, ni del pago de las costas procesales y gastos del juicio, y todo lo demás del título en este asunto y en lo relativo á conmutaciones y rehabilitaciones concuerda con el espíritu de nuestra legislacion.

Hemos presentado en bosquejo lo que es el procedimiento penal en las Islas Filipinas, y en qué difiere del de Cuba y Puerto-Rico: las dimensiones de los artículos de una Revista no permiten mas estension. El proyecto de Código del Sr. magistrado Miramon, cuyo análisis acabamos de hacer, está subordinado á un pensamiento general; hay unidad en el plan y armonía en el conjunto de sus partes: se han tenido en cuenta, como hemos notado en sus respectivos lugares, la índole del país, su grado de civilizacion, el influjo de su clima y de su situacion topográfica, su organizacion judicial y la legislacion particular de Indias, y se han adaptado á aquellas provincias los progresos de la ciencia del derecho en cuanto son compatibles con las circunstancias de localidad que no pueden dejar de afectar á las combinaciones ordinarias por mejor desenvueltas y calculadas que estén. Dirémos, pues, con el autor: «El proyecto no hallará apoyo en los que no conciben cosa mejor que el procedimiento escrito, inquisitorial y la prueba legal, ni en los partidarios de la instruccion oral y pública, de la prueba por conviccion

»íntima y de los tribunales populares. Empero la desaprobacion de
 »unos y otros, basada en doctrinas severamente exclusivas, debe
 »modificarla el recto sentido al discurrir sobre leyes que la inteli-
 »gencia ha formado para países de diversa posicion y hábitos. El
 »mérito de todo procedimiento es relativo, y pocos son, muy pocos,
 »los principios que pueden seguirse en todas partes con inflexible
 »rigidez. Compárense, en demostracion de esta verdad, las leyes
 »criminales de Alemania, Inglaterra y Francia.»

X.

*Por copia,***Los Directores de la Revista.**

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Inconvenientes en la aplicacion práctica de algunas de sus disposiciones.—Cuestiones á que esta dá origen.

Es de la exclusiva competencia del Tribunal Supremo de Justicia uniformar la jurisprudencia civil; y al efecto ha establecido la ley los recursos de casacion en el fondo y en la forma; en cuya virtud conoce aquel alto cuerpo de cierto número de negocios fallados ejecutoriamente por las Audiencias del Reino para enmendar la infraccion de ley que contengan, ó para subsanar los defectos sustanciales cometidos en el órden del procedimiento, segun se espondrá en oportuno lugar; y es de preveer la disminucion, y quizá completa estincion de los casos, en los cuales se interpongan por violacion de los trámites del juicio, á medida que váyase fijando la jurisprudencia por las repetidas decisiones adoptadas en mérito de los indicados recursos en la forma; mas como no todos los actos judiciales gozan del beneficio de este remedio legal, ni tampoco otros se hallan comprendidos en las causas referidas en el artículo 1013 de la ley vigente, ni producen nulidad en la esencia; y sin embargo, ó no son conformes á las disposiciones de aquella en su aplicacion práctica ó modifican sustancialmente su precepto, y aun á veces le suplen y estienden por ser él demasiado conciso, contradictorio, é insuficiente, creando por ello inconvenientes y dudas, cuya resolucion

produce jurisprudencia diversa, parece conveniente enunciar la que adoptan los tribunales en cuantos casos de esta especie ocurren con dificultad, sino imposibilidad, de practicarse estrictamente las prescripciones legales; y al hacerlo procuraremos acomodar nuestras observaciones al orden establecido por la misma ley, si bien aunando cuantas disposiciones tengan relacion entre sí, y alterándolo cuando se adquiriera noticia de nuevas decisiones.

1.ª

Preceptúa el art. 7.º de la ley de Enjuiciamiento civil «que todas las actuaciones judiciales deben escribirse en el papel sellado que prevengan las leyes y reglamentos.» A la promulgacion de aquella hallábase vigente el Real decreto de 8 de agosto de 1851 que determina en el cap. 4.º la clase de papel de que se debe hacer uso en los juicios, y en los actos judiciales, propios de la jurisdiccion voluntaria, y en ningun caso autoriza en negocio civil el del papel de oficio. Esta resolucion, aun cuando se adoptó por el Real decreto antes citado, adquirió en nuestro sentir fuerza de ley, desde el momento de publicarse como tal la de Enjuiciamiento civil, pues al determinar el artículo que nos ocupa; que las actuaciones judiciales *deben* escribirse en el papel sellado que *prevengan* las leyes y reglamentos, es como si hubiera dicho han de estenderse en el papel que previene el capítulo 4.º del mencionado decreto de 8 de agosto de 1851, por cuanto el verbo *prevengan* presuponen disposicion anterior, la cual adopta y vigoriza; y de aquí, que el enunciado Real decreto adquirió el carácter de ley única en la materia, mientras no se publique otra por el correspondiente ministerio.

Otro Real decreto, espedido en 6 de marzo de 1857, determinó la forma como debia llevarse el registro de sentencias creado por el artículo 58 de la precitada ley, disponiendo que sea un libro encuadernado de *papel de oficio*, y tal disposicion ciertamente altera la del art. 7.º, irrogando á la Hacienda pública un perjuicio no despreciable, en cuanto deja de invertirse todo el papel del sello 3.º que antes se empleaba en la redaccion de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de Justicia y Audiencias del Reino, á los que dicha disposicion se contrae; por cuya sola razon parece fuera mas legal la adopcion de otro de los sistemas planteados para cumplir con aquel precepto; empero no es sola ella la que impulsa

una reforma pronta, sino que está es reclamada imperiosamente por los inconvenientes que en la práctica produce la forma dada al registro de sentencias, y obstáculos que opone el exacto cumplimiento de otras prescripciones de la ley.

El art. 863 de la misma refiriéndose al 331, fija el término para dictar sentencia en los Tribunales Superiores; el 49 autoriza á cualquiera de sus Ministros para pedir los autos concluida la vista y reconocerlos privadamente, y el 51 impone á los Presidentes de Sala la obligacion de señalar dia en que haya de votarse el fallo. Sucede muchas veces que se consume todo el término legal en el reconocimiento privado, viniéndose en el último dia á dictar sentencia, y como en cada Sala funcionan dos Relatores, tambien acontece con frecuencia verse en un mismo dia negocios pertenecientes á cada uno de ellos, y aun suele repetirse lo mismo en la Audiencia inmediata, y por consecuencia, los términos concluyen á un tiempo, y en un mismo dia se pronuncian los fallos, surgiendo inmensas dificultades para estenderlos en el registro, y mayores, si cabe, para librar la certificacion que ha de unirse á los autos, en razon á los distintos funcionarios que de él deben hacer uso; una ligera reseña de las operaciones prácticas, patentizará cumplidamente la imposibilidad que establecemos. El último dia de término se dicta sentencia en dos ó mas negocios radicados en distintas Relatorías; en el siguiente, tambien último de término, si no es festivo, se acuerda otra ú otras en diversos negocios, y así sucesivamente segun se van celebrando las vistas; uno de los relatores ocupa el libro registro para estender la correspondiente al primer litigio visto despues de la hora de audiencia, y no obstante de procurar despacharlo en el menos tiempo posible, emplea las mas veces tres y mas horas en la estension, pasándolo despues á su compañero con igual objeto; quien á costa de alguna vigilia consigue estender la perteneciente al segundo pleito que se vió para poderse firmar ambos en la Audiencia inmediata supuesta la asistencia de todos los Ministros; luego ha de pasarse consecutivamente á uno y otro escribano de Cámara para el libramiento de las certificaciones en los autos, los cuales han de otejar con el Presidente de la Sala para poner el visto bueno; pero en aquel instante recaen otros fallos de pleitos, cuyo plazo espira, y el relator necesita el libro para estender nuevas sentencias; y se han de firmar, y se han de extraer las copias certificadas, y se han de hacer saber á las partes en el mismo ó próximo dia, segun pres-

cribe el artículo 64; y á continuacion se esperan mas sentencias, y de esta forma vá aumentando la dificultad á medida que se ven mayor número de negocios, pues á los mencionados funcionarios no les es dado prolongar el tiempo, ni prescindir de las restantes atenciones de su respectivo cargo, para cuyo exacto cumplimiento es un obstáculo insuperable la existencia de un solo registro de sentencias.

Indudablemente puede proveer de pronto y eficaz remedio, adoptando uno de dos sistemas en sustitucion del que se observa. El primero de ellos, que ya pusieron en práctica algunas Audiencias al convenirse de los inconvenientes de los demás, parece el mas aceptable, tanto por su mayor facilidad en la ejecucion material, quanto porque él respeta la disposicion del artículo 7.º citado anteriormente, y consiste en estender las sentencias en pliegos sueltos del papel sellado correspondiente, formando con ellos al fin del año un libro foliado y rubricado como lo establece el art. 4.º del Real decreto de 6 de marzo de 1837 subsistiendo para los votos reservados el que previene su artículo 3.º Verdad es que en el preámbulo de esta soberana disposicion, ya se indicó el peligro de si podrian estraviarse ó perderse los pliegos, y el mayor todavía de que al formar con ellos el libro, se revelarían los escritos que contuviesen; empero ni uno, ni otro en sentir nuestro debían reputarse causa suficiente para desechar un sistema que en cambio cuenta ventajas apreciables; aquel peligro fuera fácil proveer, imponiendo severa responsabilidad á los Presidentes de Sala en su custodia, y así como ahora conservan cuidadosamente el libro encuadernado, de la misma manera guardarían aquellos con mas seguridad, pues una vez librada la certificacion respectiva para los autos, y entregado el pliego original, para nada hubiera necesidad de extraerle del lugar en donde se depositase hasta la formacion del libro, al paso que el actual registro corre íntegro de mano en mano cuantas veces en él ha de estenderse un fallo, y caso de extravío, serían inmensamente menores los perjuicios que acaso se irrogaran; menos atendible consideramos el temor consignado en segundo lugar, pues no escribiéndose los votos reservados á continuacion de aquellas, no puede existir revelacion en lo que es público desde el acto de haberse leído en sesion pública por el Ponente, al tenor de lo prevenido en el espresado artículo 64; aquellos, si los hubiese, se estenderían en el libro creado al efecto, constandingo únicamente al final de la sentencia la nota de referencia, como en la actualidad se practica.

El otro sistema que á no dudar evitaría algunos obstáculos de los notados en el presente, está basado en la creacion de dos registros de sentencias, uno para cada Relatoría, en vez del que existe comun á ambas; empero aun cuando facilitaría ciertamente la ejecucion, no estingue por completo todos los inconvenientes, en razon á tener en distintas ocasiones necesidad de usarlo al mismo tiempo dicho funcionario y su escribano de Cámara, y sobre todo adoptándolo se infringiría el precepto del art. 58 de la ley, el cual solo autoriza la existencia en cada Sala de un registro de sentencias; y por consecuencia es preferible, bajo todos conceptos el primero de los sistemas propuestos. Como en nuestra opinion debe continuar el de votos particulares en la forma que se halla establecido, omitirémos toda indicacion respecto del mismo, por mas que reputemos violado el art. 60, en cuya virtud han de estenderse aquellos á continuacion de la misma sentencia, puesto que semejante práctica les haria perder el carácter de reservados.



La comparecencia de los Procuradores de litigantes declarados pobres, ofrece graves inconvenientes en las segundas instancias, y práctica diversa, supuesta la disposicion del art. 13 de la ley de Enjuiciamiento, que no observan. Segun ella deberá ser *siempre* por medio de aquellos con *poder* declarado bastante por un letrado, cuyo documento se acompañará *precisamente* con el primer escrito. Sea que muchos de cuantos gozan del beneficio de la pobreza, resistan entregar á los escribanos el papel para el protocolo y la copia del poder, sea que estos funcionarios opongan dificultades para otorgarlos por falta de conocimiento de los Procuradores de número ó por cualquiera otro motivo, sea, en fin, por indolencia ó descuido de los litigantes, es lo cierto que es muy reducido el número de ellos que comparece en forma ante el Tribunal Superior, ó sea por medio de Procurador con poder bastante; siempre, ó al menos las mas veces, carece su representacion de este requisito. Remitidos los autos en apelacion á la superioridad, acuden por lo comun con una solicitud á nombre propio, designando el que desean les represente, ó pidiendo se les nombre de turno. Háse dudado, y con razon á nuestro modo de ver, si los tribunales podrian admitir la representacion del litigante en los términos espresados, mayormente cuando en la generalidad

de los casos no sabe escribir el mandante y siempre infringiendo con tal práctica el precepto legal hasta el punto de producir la causa de nulidad segunda del precitado art. 1013; empero de no admitirse este medio, siquiera sea ilegal, podrian irrogarse perjuicios de trascendencia, principalmente siendo apelante el pobre. Suceden frecuentemente que estos remiten la instancia al Presidente de la Sala, cuando ya se halla próximo á espirar el término del emplazamiento; y si no se tuviera por legitima la representacion que pretenden; indudablemente se ejecutaria la sentencia, acusada la rebeldía por el contrario, y esta consideracion impulsa y obliga á adoptar una práctica contraria á ley, si bien la Sala suele acordar préviamente la ratificacion con juramento de la solicitud.

En algunas ocasiones ha dejado el apelante pobre trascurrir el término legal para comparecer, y acusada la rebeldía por el colitigante, se ha declarado desierta la apelacion, y en tales casos ha ocurrido la duda, si la Sala de justicia debia pasar de oficio el pleito al turno para la designacion de Procurador, con cuyo acto quedaba personado el apelante á los efectos legales, fundándose esta opinion en el segundo de los beneficios que concede el art. 181 á los declarados pobres, cual es: «El de que se les nombren Abogado y Procurador.» Como el nombramiento de estos no se concede al mismo litigante, según lo demuestra la locucion «se le nombren,» se considera á aquel cumplido interponiendo la apelacion, siendo ya despues deber del Tribunal cuidar de que se haga en tiempo dicho nombramiento, para lo cual se pasen los autos á los decanos respectivos. No deja á la verdad de ser fundada esta opinion, pues es lo cierto que los constituidos en clase de pobres gozan del enunciado beneficio; tambien lo es que se halla establecido el turno para la designacion de defensor y representante; y no lo es menos que la antigua práctica admitia, sin mas formalidad, la representacion del primero; mas promulgada la nueva ley, han caducado las costumbres anteriores, y en todo ha de estarse á lo en ella preceptuado. Podrá sostenerse con mas ó menos fundamento la doctrina sentada en orden á ser obligatorio, según la ley vigente, disponer de oficio el nombramiento de personero, por ser este un beneficio de la misma en favor del pobre; pero nunca podrán invocarse antiguas prácticas para justificar la que se pretende establecer en abierta oposicion con otro precepto de la propia ley. Nosotros, respetando la disposicion del art. 13 debemos sostener que la comparecencia en juicio ha de

ser por medio de Procurador con poder bastante, sin hacer distincion de litigantes, y por consecuencia, fuera de este medio legal, no podemos admitir otro alguno, con mas razon cuando de introducirse el de haberse de pasar de oficio los autos al turno para dar representacion al apelante, surgia el inconveniente de precisarlo á seguir la segunda instancia, que fuera su ánimo abandonar. Conocemos las dificultades que se oponen al declarado pobre para procurar-se un poder en forma; conocemos tambien la obligacion de facilitar á esta clase los medios de obtener pronta justicia y los beneficios de que goza; mas no por ello podemos autorizar una jurisprudencia abusiva y capaz de producir gravísimos defectos en el procedimiento; abogaremos, sí, por la reforma de aquella disposicion, adoptando, si se quiere, la misma que se observa en las causas criminales; esto es, que los interesados nombren Procurador *apud acta*, ó sea en el acto de la citacion y emplazamiento; mas como esta diligencia se ha de practicar con el que les haya representado en el inferior, era preciso establecer una forma distinta, y por consiguiente, salvábase todo inconveniente preceptuando que los litigantes declarados pobres podrian otorgar á su voluntad poderes en la forma ordinaria, ó en los mismos autos á continuacion de la citacion y emplazamiento en favor de cualquiera de los Procuradores habilitados de los tribunales superiores, á cuyo fin deberia existir nota de ellos en los Juzgados de primera instancia.

C. H. Drú.

DE LA ACUMULACION DE RECURSOS DE CASACION.

DICTÁMEN

emitido por el Abogado Fiscal de Hacienda del Tribunal Supremo de Justicia, en el recurso de casacion interpuesto de una sentencia de la Real Audiencia de esta corte, á nombre de los Condes de Chinchon.

El Abogado Fiscal de Hacienda, en el recurso de casacion interpuesto por el apoderado general de los Condes de Chinchon, evacuando la comunicacion que V. A. ha tenido á bien conferirle del escrito presentado por D. José Prast, solicitando que al espresado recurso se acumule el deducido por él de otra sentencia dictada por la Real Audiencia de esta corte, en 31 de enero último, dice: Que sin estudiar la naturaleza de los autos á que se refiere D. José Prast, puede asegurarse desde luego que es completamente improcedente la acumulacion que solicita. Para ello basta considerar que se trata de dos recursos de casacion, y que ni los principios en que este extraordinario remedio se funda, ni la ley de Enjuiciamiento civil la consienten.

Verdad es que esta última establece en su artículo 139, que la acumulacion puede pedirse *en cualquier estado del juicio*. Pero esto mismo, en que se apoya D. José Prast para persuadir que la que solicita procede, es la mejor razon que puede aducirse para sostener justamente lo contrario. Porque el recurso de casacion no es la continuacion del juicio, el cual real y verdaderamente concluye con la ejecutoria, sino un procedimiento extraordinario, basado en un alto interés público, que tiene por objeto, no resolver la cuestion del juicio, tal como en la demanda y su contestacion es planteada, sino declarar si el Tribunal Superior, al dictar *fallo definitivo*, infringió ó no las leyes citadas por el agraviado al interponer el recurso. Por eso la ley de Enjuiciamiento civil estatuye, en su artículo 1010, que el recurso de casacion se dá contra las sentencias de los Tribunales Superiores que *recaen sobre definitiva*, añadiendo en el 1011, que para este efecto se entienda por definitiva la sentencia que, aun cuando haya recaído sobre un artículo, ponga término al juicio y haga imposible su continuacion.

De aquí se deduce, que la acumulacion, que puede pedirse en cualquier estado del juicio, no puede en justicia solicitarse en el recurso de casacion, porque no es una tercera instancia, sino que por el contrario, es preciso para que nazca, que el juicio esté completamente terminado. De todos modos, para que la *acumulacion de recursos de casacion* tuviese lugar, seria preciso que la ley de Enjuiciamiento civil lo hubiese así espresamente declarado, como, por ejemplo, al hablar de la defensa por pobre estatuye, en el art. 192, que la regla fijada para que el litigante se defienda por pobre en la segunda instancia, sea aplicable asimismo al que, no habiendo litigado como pobre en la segunda instancia, solicitase se le defendiese como tal para interponer ó seguir el recurso de casacion.

Por otra parte, suponiendo que la naturaleza del remedio consintiera la acumulacion, seria por lo menos necesario para que tuviera lugar, que las ejecutorias de que se interpusieran los recursos, y los escritos en que se interpusieran, fuesen idénticos y absolutamente las mismas las leyes citadas; porque solo entonces podria concebirse la homogeneidad de materia que la acumulacion exige. Pues bien: nada de esto hay en el presente caso: las dos sentencias son distintas, y distintos los fundamentos de los recursos. En la una, la Sala segunda de la Audiencia confirma el auto en vista que dictó el Juez especial de Hacienda en 13 de octubre del año próximo pasado, por el cual declaró procedente la declinatoria de jurisdiccion, propuesta por la parte fiscal; y en su consecuencia, acordó separarse del conocimiento de la demanda interpuesta por los Condes de Chinchon, por corresponder su conocimiento y el asunto sobre que versa, á la administracion del Estado, mandando remitir lo actuado al gobernador de la provincia, con arreglo á la Real orden de 26 de abril de 1842. En la otra, la Sala primera aprueba el auto que en 12 de agosto de 1839 dictó el Juez de primera instancia del distrito de las Vistillas, por el que se inhibió del conocimiento de los autos, y mandó se entregaran á D. José Prast para que use de su derecho dónde y cómo correspondia, con arreglo á la Real orden de 3 de abril del mismo año. Al propio tiempo, en el recurso interpuesto contra la primera de estas sentencias, á pesar de que los Condes de Chinchon citan como infringidas cuatro leyes, un Real decreto y una que sostiene es doctrina legal, no convienen ninguna de estas infracciones con las alegadas por D. José Prast, al deducir el suyo contra la segunda, y eso que con este motivo enumera nada menos

que un artículo de la Constitución, seis del Reglamento provisional para la administración de justicia, uno del Reglamento de los Juzgados de primera instancia, tres leyes, una Real orden, dos doctrinas aceptadas por los tribunales, y otras dos que se califican de doctrinas legales.

Ni podía ser otra cosa; porque verdaderamente no hay en los Juicios, que han dado margen á los recursos, á pesar de cuanto por D. José Prast se espone, identidad de personas; pues en el promovido por los Condes de Chinchon ninguna intervencion ha tenido D. José Prast, ni en el instaurado por este han sido oídos siquiera aquellos. No la hay de cosas; pues en tanto que en el primero se trata de la competencia del Juzgado para conocer de la demanda entablada contra el Estado por los Condes de Chinchon, el segundo versa sobre si, en virtud de la denuncia presentada al Juzgado de las Vistillas por D. José Prast, debía el Promotor fiscal entablar en nombre del Estado demanda contra los bienes secuestrados de Godoy.

De modo es, que, ya se sostenga la buena doctrina de que en la casacion no cabe la acumulacion de recursos, ya que lo que acerca de la acumulacion durante el juicio establece la ley de Enjuiciamiento civil, es aplicable tambien al estraordinario remedio de la casacion; es imprecendente siempre lo que pide D. José Prast, por faltar la identidad necesaria en las personas y las cosas.

En todo lo cual fundado el Ministerio Fiscal, es de dictámen que V. A. debe declarar que no há lugar á la acumulacion solicitada, ó resolver como siempre lo que crea mas arreglado á derecho.

Madrid 4 de mayo de 1860 (1).

Groizard.

(1) En vista de este dictámen, la Sala segunda dictó la providencia siguiente: «Por las razones espuestas por el Ministerio Fiscal en su precedente dictámen, y muy especialmente por que la acumulacion de autos no procede en los recursos de casacion, ya se atiende á los principios en que se funda este recurso estraordinario, ya á las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, No há lugar á lo que solicita D. José Prast en su escrito.»

DE LA MANERA DE ADVERAR LOS TESTAMENTOS EN ARAGON.

Contestacion al artículo de D. Pascual Fraxno (1).

Despues que los ilustrados Redactores de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, emitieron su autorizada opinion á virtud de la consulta que en el mismo sentido hiciéramos en 16 de abril de 1837, insertas una y otra en las páginas 357 y siguientes del tomo 9 de la citada publicacion; y sobre todo, despues que la Audiencia del territorio, accediendo á la súplica que por conducto del juez del partido de Daroca le dirigiera el escribano D. Serapio Rubio, se sirvió contestar que las adveraciones de testamentos debian hacerse como acto de jurisdiccion voluntaria, segun refiere nuestro apreciable compañero D. Pascual Fraxno, en su artículo mencionado; no creíamos que se suscitase ya dificultad sobre el modo de verificarlas. Mas vemos que no solo es duda lo que aquel promueve, sino que hasta se propone probar que el tít. 11 de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil, no ha podido referirse ni alterar ó modificar los fueros aragoneses en este punto, lo cual intenta demostrar, hasta con la incompatibilidad que en su concepto existe entre los segundos y las disposiciones de la primera.

Nosotros, cuya opinion vale bien poco, hemos hallado siempre perfecta analogia: de la misma, que vale muchísimo mas, ha sido la Redaccion de la REVISTA; y ambas, por fin, las hemos visto con satisfaccion consignadas como precepto, por la Audiencia del territorio. Pero como todavía hay quien esté persuadido de lo contrario, procuraremos llevar el convencimiento al ánimo de todos; y demostrar hasta la evidencia, que las adveraciones de los testamentos en Aragon, ni deben ni pueden hacerse de otro modo que el prescrito por la ley de Enjuiciamiento civil, y ordenado ejecutar por el citado Superior Tribunal.

Rectificarémos antes el aserto del autor del artículo á que nos proponemos contestar, de que, sin ejemplar en contrario, se practicó la adveracion conforme á los fueros, hasta que la Audiencia se sirvió acordar que lo fuese en la manera indicada; porque, suscitada

(1) Véase la pág. 479 del tomo XVI de la REVISTA.

la duda en este juzgado (1) sobre la forma de las adveraciones, duda que motivó la consulta de que al principio se hace mencion; en vista del luminoso y fundado parecer de la REVISTA, ya ninguno abrigó aquí la primera, sino la convicción de que las adveraciones se debían practicar conforme á lo ordenado en la ley de Enjuiciamiento civil, cual así desde entonces hubo de verificarse, y con anterioridad, por consiguiente, al 7 de noviembre de 1857, fecha de la providencia dictada á la súplica de D. Serapio Rubio, escribano en el juzgado de Daroca, que nos consta haberla dirigido, despues de examinadas las repetidas consulta y contestacion (en cuyos fundamentos apoyó su recurso) que le mostramos, como la mejor respuesta á las dudas que en este punto manifestó se le ofrecian.

Hecha por lo que valga esta rectificacion, y dejando aparte los testamentos, que los enfermos del hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza otorgan ante cualquier capellan del establecimiento y dos testigos, los cuales con este solo hecho son perfectos, sin que por ello con la cuestion presente digan relacion; no debe perderse de vista, que en los que se verifican ante el párroco y dos testigos asimismo, como que con este acto únicamente no quedan completos, es necesario proceder para que lo sean á otro acto publico, cual es la adveracion. Hay en ellos, como oportunamente se hizo ya notar por la Redaccion de la REVISTA (2), dos cosas enteramente diversas y que se rigen por diferentes principios; una es el acto del otorgamiento; y otra el de la adveracion, que en una de sus acepciones, segun Escriche en su Diccionario (3), «es la accion y efecto de certificar, asegurar y dar por cierta alguna cosa,» que en este caso será el testamento, y la cual, si no es muerto el que lo otorgó, quica por lo mismo, mal puede en ella intervenir, ni tiene ni puede tener lugar. Son dos actos separados, en distintos tiempos, de tan diversa naturaleza, que no cabe confundirlos, y sujetos por lo tanto á diferentes disposiciones legales. A las de derecho civil el uno; á las del procedimiento el otro. Y que siempre, y con sujecion á los mismos fueros citados por el Sr. Fraxno, se ha instruido un proceso y observado un procedimiento para la adveracion mencionada, está fuera de duda. Puede el que todavia la tenga, ver en la «Práctica

-
- (1) El de Calatayud.
 (1) Página 359, tomo 9.
 (2) Palabra Adveracion.

judiciaria de este reino» del notario que fué, de Zaragoza, Pedro Molinos, el *Proceso de adveracion de testamento*.

Sí, pues, aquella es un procedimiento, este, tal cual por los fueros se practicaba, ha desaparecido por lo dispuesto en el art. 1415 de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

Pero el Sr. Fraxno, dice: que «si los fueros son bastantes para que los testamentos se otorguen ante el párroco y dos testigos, deben serlo tambien para que se adveren en el modo y forma que los mismos disponen.» Aquello es cierto: esto, en nuestra opinion, inexacto; y de lo primero, en manera alguna se sigue, ni es forzosa consecuencia lo segundo. Seria así, y tal como se supone, si una ley no hubiera venido á disponer otra cosa, y á derogar los fueros en la parte que, valiéndonos de la espresion de Bentham (1), contengan disposiciones adjetivas, procesales, de sustanciacion, y es sabido que un mismo fuero, de lo cual es buen ejemplo el 1.º de *testamentis*, contiene á la vez aquella, y las sustantivas.

Queremos ahora conceder que á la adveracion de los testamentos nuncupativos en Aragon, sea inaplicable el título XI de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil; y partiendo del principio innegable de que para la adveracion existe un procedimiento, este ha de ser precisamente de jurisdiccion contenciosa ó acto de voluntaria. Imposible de sostener lo primero, es legítima la consecuencia de lo segundo. Pues bien; siendo tal, y aunque de él no hubiera hecho especial mencion la espresada Ley, habria, como comprendido en el art. 1207 de la misma, de acomodarse á las reglas establecidas en el 1028, y de las cuales (de que tampoco se separa la adveracion de los testamentos nuncupativos en este reino) es la primera, que todas las actuaciones relativas á los actos de jurisdiccion voluntaria hayan de practicarse en los juzgados de primera instancia.

«Esta, como dice el Sr. Gomez de la Serna (3), es una innovacion. El derecho vigente antes de la ley de Enjuiciamiento civil, concedia á los alcaldes la facultad de conocer en los asuntos judiciales hasta que llegaban á ser contenciosos: consecuencia de esto era, que intervinieran en muchos actos delicadísimos, en que á las

(1) Véase lo dicho sobre este particular en la pág. 361, tomo 9.

(2) *Principios de legislacion*, cap. 1.º, divisiones nuevas.

(3) *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la ley de Enjuiciamiento civil*, pág. 214.

» veces se comprometia toda la fortuna de una familia (la adveracion » de los testamentos nuncupativos de que nos estamos ocupando por » ejemplo), y cuyos efectos eran despues irremediables. La espe- » riencia habia indicado la necesidad del remedio: siguiendo la Co- » mision sus consejos; persuadida de la escasa garantía que los juz- » gados de paz ofrecian; y teniendo en cuenta que en los actos de » jurisdiccion voluntaria mas suele tratarse de derechos que de » hechos, propuso que se practicaran ante los jueces de primera in- » stancia del partido. Así salió al encuentro de multitud de abusos y » de perjuicios, que, mas por ignorancia del derecho que por malicia, » se ocasionaban.»

Acto de jurisdiccion voluntaria, pues, la adveracion, para la que ha sido preciso siempre un procedimiento, y como tal, sujeto en todo ahora á las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil; no pudo ser mas conforme á esta la contestacion dada al juez de primera instancia de Daroca en 7 de noviembre de 1857 por la Audiencia de Zaragoza, en cuyo arbitrio no estaba esceptuar las provincias de su territorio, puesto que la ley no las esceptúa, y todos los tribunales del reino deben arreglar sus procedimientos á las disposiciones de la misma, segun lo resuelto tambien por el Supremo de Justicia en recurso de casacion de 20 de octubre de 1858. Cumpliéndose y observándose así la ley, y no de otro modo, es como se conseguirá la uniformidad que el Sr. Fraxno echa de menos, y nosotros como él, aunque en diferente sentido, deseamos.

Domingo Ibañez.



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:

¿Será válido y producirá efectos legales en España el matrimonio civil contraído por dos españoles residentes en Francia, observando las formalidades que allí se prescriben para la legitimidad del matrimonio?

Esta cuestión, que vino desahucada por el ilustrado Sr. Groizard en los tomos XV y XVI de la apreciable REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, y es de graves consecuencias, no ha sido, á mi juicio, resuelta conforme á todos los principios de derecho internacional que abraza, y ajustándose á las leyes pátrias civiles y canónicas; y entiendo debe serlo, en sentido diferente al suyo, segun voy á demostrar.

Grande es el principio de la independencia de las naciones, respetable el de las soberanías de los Gobiernos, y atendible el de autonomías de las sociedades. Por ellos tiene lugar un consorcio entre los individuos que las componen, una solidaridad de derechos; y no hay hecho exterior humano que no les pertenezca, ó en alguna manera pertenecerles pueda; lo dice Grocio: *Consociatio qua multi patres familiarum in unum populum ac civitatem coeunt, maximum dat jus corpori in partes, quia hæc perfectissima societas est; neque ulla est actio hominis externa quæ non societatem spectet, aut ex circumstantiis spectare possit*; porque, como dice Aristóteles: « las leyes comprenden todos los objetos: » *leges de omnis generis rebus præcipere*, libro 2, párrafo 25, de *Jure belli et pacis*. Así que, naturalmente, á ninguna nacion compete derecho alguno á actos tocante al ejercicio de la jurisdiccion de otras. *Genti nulli naturaliter competit jus ad aliquem actum qui ad exercitium alterius pertinet*; Wolf, de *Jure gentium*, cap. 2.º, párr. 288; ó bien, como espresa Mr. Fœlix en su *Derecho internacional privado*, cada nacion posee y ejerce sola y exclusivamente la soberanía y la jurisdiccion en toda la estension de su territorio, y ningun Estado, ninguna nacion puede por sus leyes afectar directamente, ligar ó reglar objetos que se hallen fuera de su territorio, ó afectar y obligar á las personas que en él no residan, estén ó no sometidas al mismo por el hecho de su nacimiento. Mas de estos principios no se desprende que los subdi-

tos de un país que pasen á otro temporalmente, pierdan su nacionalidad; que se hallen libres de los deberes que este les impone, siendo innegable que deben regresar á su patria algunas veces llamados por sus gobiernos; que siempre pesen sobre ellos las leyes prohibitivas de todo género; y que cesan, cuando las hay, los fueros real, personal y formal, ó leyes opuestas que rigen las personas, bienes y actos; division fundada en el derecho de reciprocidad y consentimiento tácito de las naciones.

Tanto por estos principios, como en virtud de estas restricciones, la Iglesia católica, por excelencia, ó abarcando todos los climas, regiones y hemisferios, obliga á sus subordinados con sus leyes en toda la estension del mundo, y estos no pueden evadirse de ellas ni ocultarse de la luz indeficiente que arrojan, no solo sus dogmas, sino su disciplina, sino es que, como madre cariñosa, constituya una escepcion en favor de algunos de sus hijos, tolerando lo que prohíbe á los demás, ó bien suspendiendo los efectos de las invalidaciones y nulidades, que generalmente impone para las personas y sus actos. Cual se vé en el cap. 1.º, seccion 24 del Sagrado Concilio de Trento, sobre las reformas de esta suerte, no se dirá que los católicos salimos de los dominios de las leyes conciliares, ni les franceses que no les pertenezcan los preceptos cuando cese el consentimiento del legislador que las tolera ó suspende, y que sea óbice para sus consecuencias el cambio accidental de territorio, que no es capaz de alterar las condiciones personales.

Participan de este modo de pensar los autores de derecho internacional modernos. El Sr. Pando en sus *Elementos*, tít. 2.º, párrafo 83, dice: «Que el imperio con respecto á los ciudadanos no está circunscrito al territorio.» Así es, que son responsables de su conducta al Estado, aun por los actos de infraccion de las leyes pátrias cometidos en territorio extranjero; y en el párrafo 88: «que la patria solo tiene derecho para desconocer los matrimonios, que sus ciudadanos han celebrado en país extranjero, contraviniendo á las leyes.» Mr. Félix, en su obra citada, libro 2.º, tít. 1.º, cap. 1.º: «que la regla segun la cual la ley del lugar de la redaccion rige la forma del acto, admite escepcion cuando la ley de la patria prohíbe expresamente contratar ó disponer fuera del territorio y con otras formas que las prescritas por esta misma ley;» y Mr. Demangeat, comentador de Félix, en sus notas y edicion de dicha *Revista*, página 118, adhiriéndose al parecer de M. Savigny: «puede sostener-

se que una union semejante , segun la regla *locus regit actum* , no deba tenerse por legítima , atendiendo á que la ley personal , aun sin suponer haya sobre este punto una disposicion espresa , se revise aquí de un carácter en rigor obligatorio.» Otros muchos piensan lo mismo.

Iguales ideas se hallan consignadas en algunos Códigos de Europa. El bávaro, en su art. 9.º, previene «que los efectos civiles del matrimonio son de competencia de los tribunales ; pero la validacion de la celebracion y forma del acto serán juzgadas por los tribunales eclesiásticos , segun el derecho canónico.» El prusiano: «que un matrimonio puede ser impugnado por causa de nulidad ó de invalidacion. Si hubiese sido celebrado en contravencion á la ley que prohibe su validacion , se reputa nulo.» El de las Dos Sicilias, arts. 150 y 189: «las disposiciones de la ley en lo que concierne al matrimonio, no se estienden mas allá de sus efectos civiles y políticos. El matrimonio no celebrado ante la Iglesia , segun las formas prescritas por el Concilio de Trento, no producirá efectos algunos civiles.» El sardo civil decia: «Los actos y contratos celebrados en países extranjeros, segun las formas en él prescritas, tienen la misma fuerza que la que se concede en ese país á los actos y contratos celebrados en el Estado. Sin embargo, respecto á los matrimonios que los súbditos del Rey hubiesen contraido en país extranjero , se deberá justificar que se celebraron conforme á las leyes de la Iglesia católica , á menos que se tratase de súbditos no católicos.» Aun el Código civil francés no estraña, bien mirado, esta clase de matrimonios, el de un francés y un extranjero, además de los franceses, segun el art. 170, pues dice: «El matrimonio contraido entre franceses, ó entre francés y extranjero, será válido si se celebró en la forma acostumbrada en el país , con tal que hayan precedido las publicaciones, y que el francés no haya contraído á las disposiciones dadas en el capítulo antecedente ; crea, sí, un privilegio á favor de los naturales, no estensivo á los extranjeros.» Ninguno de los demás códigos se separa de estas prevenções.

Nuestra legislacion, eco fiel de la romana, haciendo suyas las doctrinas contenidas en las leyes *ff. 3.ª, de testibus*, *31 de adilitio edicto*, *37 de legibus*, *1.ª de usuris*, *1.ª de inspiciendo ventre*, compendiadas en las reglas 49 y 34, *qui cum alio contrahit, nec est, nec debet esse ignarus conditionis ejus, semper in stipulationibus*.

et cæteris contractibus sequimur, quod actum est, aut si non appareat quod actum est erit consequens, ut id sequamur quod in regione qua actum est frequentatur; aunque hablando de cómo deben hacerse las leyes, en la 15, tít. 10, Partida 1.ª, se manda: «Eso mismo »decimos de los otros que fueran de otro señorío, que ficiesen el »pleyto ó postura ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes, ca »magtler sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á »mandamiento de ellas, pues que el yerro ficiesen donde ellas han »poder, é aunque sean de otro señorío, non pueden ser escusados »de se juzgar por las leyes de aquel señorío en cuya tierra hubiesen »fecho alguna de estas cosas;» no fué por dar valor á esta clase de matrimonio, porque el Rey Sábio no quiso separarse de las leyes eclesiásticas, ni se refiere á ellas, habiendo introducido antes en la ley 12 como regla general: «Emperador ó Rey puede facer leyes sobre las gentes de su señorío, é otro ninguno ha poder de las facer »en lo temporal, fueras ende si lo ficiesen con otorgamiento de »ellos.»

En vano se invocará la ley 23, tít. 11, Partida 4.ª: «E decimos »que el pleyto que pusieran entre sí (habla de las donaciones), debe »valer en la manera que se avinieron antes que casasen, ó cuando »casaron, é non debe ser emvargado por la costumbre contraria de »aquella tierra do fuesen á morar. Eso mismo seria magtler ellos no »taviesen pleyto entre sí, ca la costumbre de aquella tierra do fici- »ron el casamiento debe valer, quanto en las dotes, é en las arras, »é en las ganancias, é no en la de aquel lugar do se cambiaron;» porque á los contratos matrimoniales se refiere, y no á la celebracion del matrimonio, siendo limitativa á las dotes y demás cosas ajenas de las formas sacramentales y de lo que se propuso allí tratar el legislador, y porque, como dice la nota 2.ª de la Ley Recopilada, 11 del libro 2.º y tít. 3.º, los pleytos han de decidirse por las leyes, ordenanzas, fueros, usos y costumbres de estos reinos, no por doctrinas, libros extranjeros, doctrinas y leyes estrañas que no deben ser usadas ni guardadas.

La legislacion novísima lo confirma. Partiendo del Código de Comercio y de lo que la ley de Enjuiciamiento mercantil establece en su art. 34, á saber: «que las obligaciones contraidas en países »extranjeros no serán ejecutivas en territorio español, sino con ar- »reglo á las disposiciones del Código de Comercio y de ella,» pre- »ceptúa en el Real decreto de 17 de octubre de 1851 que sean váli-

des y causen en los tribunales españoles los efectos que procedan en justicia todos los contratos y demás actos públicos notariados en Francia y en cualquier otro país extranjero, siempre que el asunto, materia del acto ó contrato, sea lícito y permitido por las leyes de España, que tengan los otorgantes aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo á las leyes de su país, y que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país en que se hayan verificado los actos y contratos. En la ley de Enjuiciamiento civil y art. 282 ordena: «que los documentos, otorgados en otras naciones, tendrán igual fuerza que los que lo sean en España, si reúnen todas las circunstancias exigidas en aquellas, y las que además requieran las leyes españolas para su autenticidad.» Ahora bien, ¿tienen los matrimonios que nos ocupan todas las condiciones requeridas por estas leyes? Para nosotros, de seguro que no, faltando la aptitud y capacidad de los contrayentes, base y principio de estos actos y de las demás disposiciones legales.

Refundidas estas, por decirlo así, en el célebre Concilio de Trento, ley del Estado, hay que recurrir á él para su inteligencia, así como á sus prescripciones referentes. Este, en la citada sesion 24 y capítulo 1.º, despues de declarar la validez del matrimonio contraido por los hijos de familia, con el objeto de definir la clandestinidad matrimonial, confirmando el párrafo 1.º, cap. 3.º de *clandestina desponsatione*, ó cánón del Concilio lateranense, que anuló los casamientos entre parientes, dijo: «*Qui aliter quam presente Parrocho, vel alio sacerdote de ipstus Parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentavunt, eos Sancta Synodus ad sic con trahendum omnino inhabiles reddis, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos presentis decreto, irritos facit et annullat.*» Esto es, que eran absolutamente precisas la asistencia de los contrayentes, la del párroco y de los testigos, como circunstancias personales inherentes y prohibitivas de otras, sin consideracion á los lugares, y por lo mismo nulos todos los matrimonios contraidos de otro modo, en razon á que no tienen otra version ni sentido diferente las palabras *aliter, omnino, inhabiles, nullos*, junto con el espresivo *sic*, que se emplea lo mismo que en diferentes leyes del Digesto, entre otras 6.ª *De transactionibus*, 14 *Quod metus causa*, 8.ª *De fidejussoribus*, 3.ª *De vendendis rebus civitatis*, y otros cánones que sería largo enumerar, y porque su intento patentemente es atacar con la autoridad que re-

ció de Dios, no solo los hechos contrarios, sino los efectos y consecuencias de ellos, por medio de una solemnidad intrínseca habilitante, de que solo puede dispensar el que la crea ú otra autoridad semejante.

Por estas consideraciones, son de parecer muchos intérpretes de derecho canónico, Gonzalez, Gutierrez, Dávalos, Segura, Sanchez y Suarez, que solo el Papa, derogador de las leyes generales disciplinares de la Iglesia, segun la Decretal *De significasti de electione*, puede dispensar la asistencia en la celebracion de los matrimonios, del párroco y testigos, añadiendo la razon Enriquez y Covarrubias, de que no puede la necesidad suplir la inhabilidad de la materia del Sacramento; de forma, que tales enlaces no valen ni como esponsales, aunque vayan acompañados de juramento, á tenor de aquellas dos reglas 52 y 64 del sexto de las Decretales: «*Non prestat impedimentum quod de jure non sortitur effectum, quæ contra jus sunt debent utique pro infectis haberi*», porque los actos humanos no deben estenderse mas allá de la intencion del que obró, ó de su objeto, y el juramento, como accesorio, es insubsistente, cambiando el contrato principal.

No se alegrará tampoco que el matrimonio que nos ocupa haya de valer, verificándose en fraude de la ley; ¿y no puede decirse que siempre tiene lugar el fraude ó engaño en él? Ciertamente que es presumible, habiendo en España tantas leyes protectoras de los que por edad, estado unido ú otra violencia, tengan que recurrir á ellas para evadir ciertas solemnidades y requisitos, y además nunca lo es que obra de buena fé el que á la ley contraviene, y de un caso particular no puede sacarse una ley general.

La disposicion conciliar no es ni odiosa ni restringible, porque aunque fuese limitativa ó coercitiva, que no lo es por corroborar el derecho comun, es utilísima á fuer de única para desterrar abusos, cortar de raiz los fraudes, dar paz y seguridad á las familias, y haberse con ella dado fin á la anarquía matrimonial y opiniones divergentes contemporáneas.

El Sr. Groizard, con formas bien eruditas, cree ver en el cánón del Concilio de Tréveris 1.º *De sponsalibus et matrimoniis*, un fundamento muy poderoso de sus asertos; pero nosotros por la inversa no vemos en él mas que un juicio particular, una sentencia de que debieron ser resultandos en la mente de los Padres, el fraude de las leyes del país donde se verificó el primer matrimonio, indica-

do por el abandono de la primera esposa, tratarse de esponsales, entrega y dote á que dá valor matrimonial el cánón 15 del mismo título, y quizá alguna prescripción legal y local prohibitiva. Si así no fuese, se contradiría con sus propios principios, con el 10 *De consuetudine*, que declaró no válidas las costumbres que inducen á pecado, y señaladamente con el 3.º *De consanguinitate et affinitate*, en cuyo final, tratándose de los matrimonios entre afines en grados prohibidos, se lee: «*Ne autem inter gradus prohibitos matrimonium contrahatur, debes publice inhibere, et præsumptores ecclesiastica districtione punire, non obstante consuetudine quæ dicenda est potius corruptela.*» Asimismo parece que olvida que en todo caso el carácter de estas controversias es potestativo, y no imperativo, y que nunca este que se halla en el Concilio de Trento podrá subordinarse á aquel.

Por último, nos resta invocar una autoridad bien respetable. Es la de dos sentencias pronunciadas en las curias eclesiásticas de Zaragoza y Tarazona. Segun Cenedo, *quæstiones* 21, párrafo 4.º, se declaró la nulidad del matrimonio contraído en la diócesis de Bayona en Francia entre D. Basilio de Contamina y D.ª Catalina Jiménez, siendo arzobispo D. Alonso Gregorio, por causa de haberse verificado sin las disposiciones conciliares enunciadas, y esto con el dictámen de los ocho principales letrados; así como siendo vicario general D. Alonso Serrano con el parecer de doce personas eminentes, fallándose por igual motivo la nulidad en estos términos: «*factus est inhabilis ad sic contrahendum non solum extra límites ejusdem Parochiæ verum in quacumque parte orbis.*»

Creo bastará lo espuesto para convencimiento de la nulidad que entrañan los matrimonios á que nos hemos referido.

Joaquin Manuel de Moner.



SECCION DOCTRINAL.

SOBRE EL DUELO (1).

Vamos á hacernos cargo de la grave cuestion sobre la legitimidad ó ilegitimidad del desafio, y de las doctrinas y sistemas principales, espuestos y adoptados por los filósofos y legisladores sobre esta delicada materia. Todos ellos convienen en general, en que el desafio es la infraccion de la ley sagrada que prohíbe al hombre derramar la sangre de su semejante, y en que se halla reprobado altamente por la moral y por los sanos principios de la equidad, porque sustituye la justicia social con la individual, autorizando la venganza privada de las injurias, ofendiendo y alterando la paz pública, y llevando la turbacion á las conciencias. Y no obstante esta reprobacion general de parte de los hombres de ciencia, y de los que tienen á su cargo castigar toda clase de infracciones á la moral y á la justicia, á pesar de las terribles penas con que se ha tratado de reprimir y penar el desafio, la opinion pública, representada, ya que no por los individuos mas ilustrados de que se compone, al menos por aquellos, que por la vehemencia de sus declamaciones vienen á constituir la mayoría, ha levantado la voz para disculparlo y aun prescribirlo como una necesidad en casos especiales, marcando con el stigma de la infamia al que no recurre á este medio para castigar, ó mejor, vengar cierta clase de injurias. ¿Cuáles son, pues, las causas de semejante anomalía? ¿En qué consiste que los legisladores hayan sido impotentes para evitar la reproduccion de los desafíos, y que aparezcan en contradiccion con la opinion pública?

Hé aquí lo que vamos á examinar, si bien con la brevedad á que nos obliga el poco espacio de que podemos disponer. Para entrar

(1) En el tomo anterior de nuestra REVISTA hemos insertado un trabajo concienzudo de nuestro amigo Don Cirilo Alvarez sobre el duelo. Dando, como hacemos siempre, cabida á todas las opiniones, insertamos la de D. José Vicente y Carabantes, en que examinando la misma cuestion opina en sentido diferente.—Estas observaciones que han sido impresas en la *Coleccion de causas célebres* que dirige el Sr. Vicente, son dignas de la reputacion de que goza con sobrada justicia.—*Los Directores de la REVISTA.*

con todo conocimiento de causa en el exámen de estas cuestiones, reseñaremos el origen é historia del duelo, puesto que en ella se encuentran las ideas y preocupaciones, los gérmenes y elementos, digámoslo así, de este acto social.

El duelo es una institucion moderna, que los antiguos no conocieron jamás. Las querellas é insultos personales de que se conservan rastros en la historia, no se terminaban por esa especie de combate singular que se llama desafío. Aquiles, insultado por Agamenon, que le quita en su ausencia á su esclava Briseida, no le dirige una provocacion, sino que se retira á su tienda, y por única venganza, priva al ejército griego del auxilio de su brazo. Ajax Telamon no se queja á sus jueces ni á Ulises de sus agravios contra este, sino que dirige su furor contra sus ganados y contra sí mismo. Temistocles, amenazado por Euribiades de darle un bastonazo en el Consejo que precede á la batalla de Salamina, no le pide explicacion de este insulto, sino que se contenta con decirle: *hiere, pero escucha*.

La opinion general es, que el verdadero origen del duelo nació en las sociedades modernas. Pero no fué en un principio lo que ha llegado á ser con el tiempo. En un principio fué una institucion judicial, un medio de prueba á que se recurrió para la averiguacion de los hechos dudosos. Varias leyes bárbaras, desconociendo el principio de derecho sobre que la prueba incumbe al que afirma, establecieron que cuando no hubiese prueba, el demandado jurase ante Dios que no tenia en su poder lo que se le pedia, ó que no habia verificado los hechos que se le imputaban. La ley de los Wisigodos especialmente, contenia una disposicion concebida en estos términos (lib. 2.º, tít. II, cap. V): *Si per probationem rei veritas investigari nequibit, tunc ille qui pulsatus sacramenti se expiet rem, vel si quis ab eo requiritur, neque habuisse, neque aliqua de causa unde interrogatur se conscium esse, vel quidquam inde veritas scire, nec id quod dicitur et illi parti cui dicitur commissio*. Esta disposicion era, sin embargo, efecto mas bien de la necesidad que de la ignorancia ú olvido de los verdaderos principios, motivada por la dificultad de presentar pruebas legales, mucho mas si se considera que aquellas se hallaban reducidas á la de testigos. A falta, pues, de prueba, era natural adoptar el único medio practicable, la denegacion bajo juramento de la parte demandada. Pero este medio era muy imperfecto y defectuoso, porque colocando el demandado en

la alternativa de condenarse ó librarse por un perjurio, juraba frecuentemente en falso. Este mal era tanto mayor, cuanto que leyes imprudentes, en lugar de reservar el juramento para los casos estremos, lo hicieron entrar en el régimen habitual de la vida.

Para suplir la insuficiencia del juramento, se imaginó primeramente exigir que se certificara la veracidad del que se hallaba obligado á prestarlo, con cierto número de personas. Estos certificadores del juramento fueron llamados *compurgatores sacramentales*, porque mientras el acusado juraba que estaba inocente, ponian con él la mano en el altar donde estaba el libro de los Evangelios. Pero este medio pecaba por el vicio que queria remediar. Para hacer desaparecer este abuso, se instituyó el combate judicial, autorizando al demandante para desafiar al demandado que juraba en falso, para pedirle satisfaccion por este medio del agravio y perjuicio que le inferia con el perjurio. La primera ley que sancionó el uso de este combate se halla en la ley de los Borgoñones, conocida con el nombre de ley Gombeta, del nombre de su autor Gondebaud. Esta institucion se generalizó poco á poco, y se introdujo sucesivamente en los hábitos jurídicos de los demás pueblos bárbaros: porque estaba en armonía con el carácter y las antiguas tradiciones de aquellas poblaciones guerreras. Veleyo Patérculo nos dice que era costumbre de los antiguos germanos terminar por las armas sus diferencias privadas. Tácito dice, cap. X, que cuando estos pueblos tenian guerra con sus vecinos, se apoderaban de un guerrero enemigo, á quien hacian combatir contra uno de los suyos, y por el éxito de este combate singular, prejugaban el de toda la guerra.

Fácil es comprender cómo debió propagarse en el seno de las poblaciones pertenecientes á la familia germánica la idea del combate judicial, y las sublimes enseñanzas del Cristianismo, lejos de destruir en su raiz la idea supersticiosa que á él iba unida, no hicieron, interpretadas hasta la exageracion por aquel pueblo, mas que trasformarlo. Puesto que Dios es la justicia y la verdad, decian, y que interviene directamente con su accion incesante en los actos humanos, no podrá permitir que este combate, á cuyo éxito se halla subordinada la sentencia de la causa, termine con el triunfo de la iniquidad. Así, pues, el combate judicial se consideró ser, como las otras pruebas en uso en esta época de ignorancia y barbarie (el hierro candente, la agua hirviendo, la cruz), el juicio de Dios.

La ley Sálica fué la única que no admitió la prueba por jura-

mento ni por combate judicial. Pero venciendo en breve las costumbres á la ley escrita, cayó ésta en olvido, y se estableció el combate judicial entre los pueblos á quienes regia. Carlomagno lo adoptó como menor mal que el juramento falso. L. Long., lib. 2.º, tit. LV, I, 25.

Sin embargo, el combate judicial no se estableció sin resistencia. Desde el origen de esta institucion, no cesó la Iglesia de protestar contra ella. Cuando la promulgacion de la ley Gombeta, San Avito, arzobispo de Viena, dirigió á su autor valerosas representaciones. Mas adelante, San Agobardo, arzobispo de Leon, en una carta célebre dirigida al rey de Francia, pidió que se aboliese dicha ley por la Sálica. Pero la Iglesia no se contentó con dirigir representaciones por boca de sus pontífices á los gobernantes ó jefes de los pueblos, sino que estableció penas por sí misma contra los que tomaran parte en los combates judiciales. Así hallamos en los actos del tercer concilio de Valencia celebrado en 835, bajo el pontificado de Leon IV, un cánón que dice, que cualquiera que se haga culpable de homicidio ó heridas graves, en semejante combate, será desterrado como pérfido asesino de la asamblea de los fieles hasta que haya espiado su crimen por una penitencia justa, y que el que sucumba, será considerado como suicida (Concil. Valent., cán. 12). En los siglos posteriores, se ven las mismas reclamaciones, los mismos anatemas renovados sin cesar, ya por los papas, ya por los obispos.

A la ley bárbara y anticristiana del combate, pedian los eclesiásticos que se sustituyese el juramento, y que se echara mano de la santidad de las iglesias para hablar á la conciencia de los culpables. Pero sus esfuerzos eran combatidos por los señores á quienes parecia mas noble sostener sus derechos con la espada. Citemos solo uno de los incidentes mas notables de este antagonismo. Segun una antigua costumbre de los longobardos, cuando se redargüía de falsa una escritura de propiedad de una heredad, si juraba el que la presentaba ante los Evangelios, que era la verdadera, se le declaraba sin mas juicio, propietario de la heredad, de suerte que los perjuros tenian un medio fácil de adquirir bienes. Los abusos que resultaban de esta costumbre suscitaron vivas reclamaciones, de las que se siguió una lucha, que traza así Montesquieu en su *Espíritu de las leyes*, lib. 28, cap. XVIII. Cuando el Emperador Othon I se hizo coronar en Roma, celebró el Papa Juan XXII un concilio, y todos los

señores clamaron porque el Emperador hiciera una ley para corregir aquel indigno abuso. El Papa y el Emperador creyeron conveniente aplazarlo para el concilio que debía celebrarse poco despues en Rávena. Los señores redoblaron en este sus clamores, pero aun entonces se aplazó la cuestion. Cuando Othon II y Conrado, rey de Borgoña, llegaron á Italia, tuvieron en Verona una sesion con los señores de Italia, y á sus instancias reiteradas, hizo el emperador una ley, con el consentimiento de todos, que establecia, que cuando hubiera algun pleito sobre heredades y una de las partes quisiera servirse de una escritura que alegara la otra ser falsa, se decidiera el negocio por combate, y que las iglesias quedaran sujetas á la misma ley combatiendo por sus campeones. Así, pues, la institucion del combate penetró hasta en los tribunales eclesiásticos.

Pero como que es imposible que la verdad pierda para siempre su imperio en el entendimiento humano, se reconoció poco á poco, que la práctica del combate era viciosa y contraria á las sanas nociones de la justicia. Los tribunales eclesiásticos fueron los primeros que, obedeciendo á las intimaciones pontificias, renunciaron á este medio de prueba, y su ejemplo preparó á los demás para transformar el procedimiento.

Existia en aquella época de anarquía política y de desorden social otro abuso menos chocante á la razon que el combate judicial: tal era el de las guerras privadas, abuso deplorable, pues si la guerra internacional es legítima, porque es necesaria, por no existir autoridad superior á que puedan someter sus diferencias las naciones, es contraria á todas las reglas del derecho público, á todos los principios que deben servir de base á la organizacion de los Estados, que entre las fracciones de una misma sociedad se autorice la guerra como medio de hacer valer sus derechos y de obtener justicia. Es verdad que esta costumbre se encuentra en la antigüedad, pues sin remontarnos á los tiempos heróicos, sin evocar los poéticos recuerdos de la Iliada y de la Odisea, podemos citar entre otros ejemplos, en la historia griega el combate de Pitaco, jefe de los Mytilinienses, uno de los siete sábios de Grecia, contra Phrinon, general de los Atenenses, y en la historia romana el de los Horacios y Curacios y los de Manlio Torcuato y Valerio Corvo contra los jefes galos. Pero estos combates tenian por objeto el bien público, el amor de la patria, y no se hallaban hostigados por pasiones aviesas y bastardas. Mas los combates privados de la época á que nos referimos, no tenian

por móvil mas que pasiones sobre intereses particulares, y como no se hallaban ennoblecidas y purificadas por el amor de la patria, se veían frecuentemente manchadas por innobles excesos y perfidias indignas. Así fué, que á medida que se fué estendiendo y fortificando el poder real y que fué por el contrario disminuyéndose la influencia y poderío de los señores feudales, se disminuyó poco á poco este abuso de las guerras privadas, concluyendo por desaparecer enteramente.

Estas diversas formas y rastros del duelo, se encuentran sancionadas en nuestros monumentos y códigos legales, desde muy antiguo. Y en efecto, el desafío, como medio de prueba, se halla establecido desde el siglo XI en el fuero de Sahagun, pues que faculta al acusado de homicidio para justificarse por medio de la lid; también se encuentra en los fueros de Salamanca, Yanguas, Oviedo, Molina, y en otros muchos documentos legislativos. Como combate privado y medio de satisfaccion respecto de las injurias personales, lo hallamos reglamentado especialmente en el Fuero Viejo de Castilla, con aplicacion á la nobleza. V. el tít. X, lib. 5.º El orgullo de la nobleza adoptó en efecto con afan el derecho de hacer uso de la espada para vengar las injurias, estableciendo reglas minuciosas sobre el modo y forma de realizarlo. De la nobleza pasó á la clase media, tanto mas fácilmente, cuanto que al cruzar el plebeyo la espada con su ofensor, creyó elevarse á la gerarquía del fidalgo.

En el celebre Código de don Alonso el Sábio, las Siete Partidas, se hallan tambien disposiciones que sancionan estas diversas formas del duelo, si bien con cierta vacilacion y varias restricciones que revelan en el legislador la intencion de hacerlo desaparecer de nuestras costumbres. Así, la ley 3.ª, tít. XIV, Part. 5.ª, al enumerarlo como un medio de prueba, lo censura diciendo, « que en tales lides, piérdese la verdad y vence la mentira » y asimismo con aquellas palabras; « porque aquel que há voluntad de se aventurar á esta prueba, semeja que quiere tentar á Nuestro Señor Dios. » Así la ley 1.ª, tít. 4, Part. 7.ª, previene que el desafío se haga ante el rey y citándose los contendientes ante doce caballeros, y en todo el contesto de los tít. 3.º y 4.º de dicha Partida, donde se espone la manera de hacer el reto, se prohíbe respecto de muchas personas, se reseñan las causas porque podia hacerse, las cuales se limitan extraordinariamente, y con qué formalidades y en qué pena incurria el vencido, se advierte de un modo claro el propósito del legislador

de disminuir los duelos y facilitar las avenencias de las partes.

No obstante estas disposiciones, lejos de desterrarse el uso del desafío, se recurrió á él con mas frecuencia, estendiéndose respecto de todas las clases del Estado y con aplicacion á todo género de injurias, aun las mas leves y condonables. De manera, que en lugar de disminuirse los desafíos á proporcion del progreso de la civilizacion, tomaban cada dia mayor incremento, y sin motivo alguno de esculpacion, como se ofrecia en lo antiguo. Porque al menos el combate judicial de la antigüedad se fundaba principalmente, segun hemos indicado, en el espíritu religioso y guerrero de la época y animaba y moderaba al mismo tiempo el valor de cada campeon, que, convencido de su derecho, lleno de esperanza en que Dios le auxiliaria, podia diferir su venganza, calmar los arrebatos de su cólera, y sostener en último trance un combate leal (si bien es verdad que así se exageraba la accion providencial y se consagraba el derecho ante-cristiano de la venganza personal), pero al menos todo ello revelaba una fé ardiente en Dios y en su derecho. Mas en los desafíos de la edad moderna, no aparece esta presuncion del triunfo del derecho, y antes se advierte la probabilidad inversa, porque siendo por lo regular los provocadores mucho mas hábiles en el manejo de las armas, y mas dueños de sus emociones, que el ciudadano inofensivo á quien tal vez por esta razon obligaron á desafiarse, tienen grandes ventajas y superioridad sobre éste, resultando por lo comun ser el ofendido la víctima. El recurso á que se ha acudido para igualar las condiciones de los combatientes de apelar á la suerte, por ejemplo, cuando se echa suerte entre dos pistolas, de las cuales una sola está cargada, es un recurso horrible, propio de países salvajes, segun se dice en el *Código sobre el Duelo*, porque hace degenerar el combate en una apuesta del ódio jugando á blanco ó negro la vida de un hombre contra la de su enemigo.

Espuestos el origen é historia del duelo, fácil nos será deducir los fundamentos que lo sostienen en los tiempos modernos, atendiendo tambien á los motivos en que se apoyaba antiguamente. Son, pues, sus fundamentos: 1.º El de acreditar el que se vé injuriado, que estima su honor tanto como su vida, y que no teme arrostrar la muerte para reparar la herida que en él se le infirió: 2.º El castigar en secreto y esponiendo la propia vida cierta clase de injurias, cuya publicidad é impunidad imprime una nota infamante en el que las soporta, impidiéndole en su consecuencia recurrir á la autoridad pú-

blica para su castigo. Tales son, por ejemplo, las injurias que se infieren á un ciudadano honrado, abusando de su mujer ó de sus hijas, ó causándole en su honra una lesion de esta gravedad. En semejantes casos, no pudiendo el injuriado recurrir á los tribunales sin que se haga pública su afrenta, y sin soportar la nota infamatoria con que le marca la opinion pública, y no reconociéndose por esta otro medio de probar que estima cuanto debe su honor, sino el de esponer por él su propia vida, se vé obligado á recurrir al desafio.

Teniendo, pues, el desafio por objeto y fundamento la conservacion del honor, entendido con mas ó menos exageracion, aun á costa de la vida, no es de estrañar que se hallé tan profundamente arraigada esta costumbre en países, que como el nuestro, hacen alarde de pundonorosos, á pesar de las graves penas con que ha sido castigado aquel acto, puesto que en nuestro juicio las leyes publicadas hasta el dia sobre la materia, no han dado todavía en el remedio verdadero para tan grave mal, segun vamos á esponer.

Pero antes no podemos menos de hacernos cargo de la idea emitida por *M. Berryer* en la defensa de Beauvallon, idea que puede considerarse como preliminar de nuestro exámen, puesto que se redujo á sentar, que el castigo del desafio no debe ser objeto de las leyes humanas, así como no lo es el suicidio, sino que debe quedar reservado á la Divinidad. Respetando como es debido la opinion de este eminente jurisconsulto no podemos menos de defender la contraria. El desafio debe ser objeto del juicio de los hombres, porque es efecto de la falta de medios legales que lo suplan evitando los inconvenientes que dejan en pié los adoptados hasta ahora; porque es efecto asimismo de preocupaciones lastimosas que toca al legislador corregir y destruir; porque este acto produce una grave perturbacion pública, porque no es puramente voluntario, sino impulsado por la violencia que ejerce en la voluntad de los duelistas la preocupacion pública que nota de infamia al que no acude á este medio en las cuestiones de honra. No puede establecerse paridad bajo este aspecto entre el suicidio y el duelo; porque el suicidio es un acto que no deja objeto culpable sobre que pueda recaer la pena, y producido comunmente por una enajenacion mental, que es en lo que se funda la ley para no castigarlo; mas en el desafio queda siempre uno de los contendientes sobre quien recaiga la pena y es un acto adoptado en el pleno uso de la razon.

Pasando ya á esponer las penas sancionadas contra el duelo por las legislaciones mas cultas de Europa, y los diversos sistemas adoptados contra este género de delito, vemos desde luego, respecto de Francia, que fué castigado severamente hasta 1789. En el edicto dado por Luis XIV, en 1699, se penó el mero acto de desafiar y la aceptacion del desafio con prision de dos años, multa igual á la mitad de los bienes del culpable y suspension de cargos públicos por tres años; si habia habido combate, aunque no resultara muerte ni heridas, se imponia la pena de muerte y confiscacion de bienes, y si parecia alguno de los combatientes, se formaba causa contra su memoria, como culpable de lesa magestad divina y humana. Abolida esta legislacion, las nuevas leyes no designaron pena alguna contra el duelo, haciéndolo entrar en el derecho comun y sometiendo á la apreciacion de los tribunales ordinarios los homicidios cometidos ó las heridas causadas en desafio, como cayendo de pleno derecho en la aplicacion del Código penal respecto de los demás delitos comunes de este género. Pero el tribunal de Casacion estableció posteriormente jurisprudencia para suplir el silencio de la ley, constituyendo al jurado en tribunal de honor, para apreciar soberanamente las cuestiones de honra que el ministerio público se halla encargado de someter á su juicio. M. Dupin propuso últimamente que se sustituyera á la pena de muerte la de la pérdida del honor y consideracion social, como mas eficaz para reprimir esta clase de delitos. Hé aquí las notables palabras de este célebre Fiscal.

«La cuestion del duelo ha ocupado siempre un lugar muy distinguido entre las capacidades y lo ha obtenido tambien en la legislacion. Si las leyes han sido hasta aquí impotentes para reprimirlo, es quizás por haber buscado la represion de este delito en lo que menos temen los duelistas, en la imposicion de la pena de muerte. En efecto, si el duelista tiene por honroso el hacer el sacrificio de su vida; si la preocupacion le hace creer que perderia el honor si no la arriesgaba, si se espone á matar ó á perecer, decirle la ley de antemano: *Si te bates, si arriesgas tu vida ó la de otro, mereces la muerte*, es amenazarle con lo que no le arredra.»

«Por lo contrario, si se hubieran buscado represiones morales que pusieran en riesgo, no la vida, sino el honor y la consideracion social, se hubieran obtenido mejores resultados: la ley deberia hacer perder á los duelistas la estimacion pública y los derechos civiles y políticos. Colocado el hombre entonces entre una preocupacion y el

compromiso de una pérdida real é interesante, no hubiera vacilado seguramente, y el duelo quedaria reprimido. El que hoy no se bate por temor de la pena de muerte, merece el dictado de cobarde y esto le compromete á la lucha; pero si el que admitiese un desafio ó lo provocase, quedara escludo de la participacion de los derechos civiles y políticos, separado de toda funcion pública y privado de todas las ventajas sociales, por decidido que estuviese á arrostrar la muerte y por poco que la temiera, hallaria en su interés, en su consideracion, en su porvenir y en el de toda su familia motivos poderosos de preferir al duelo el respeto de la ley.

«El desafio no es sino un acto de barbarie, al que acudian los hombres cuando las leyes eran insuficientes, cuando no habia tribunales bastante poderosos á contenerlo. En los siglos caballerescos se creía llenar con la fuerza el vacío de la civilizacion. Pero cuando las monarquías se consolidaron, cuando los Estados fueron llamados á la unidad, cuando los señores feudales, iguales hasta entonces entre sí, siempre dispuestos á cruzar sus lanzas ó á tirar de sus espadas, se vieron obligados á reconocer que toda justicia emanaba del Rey, desde este momento no pudo considerarse ya como un honor el batirse, sino como una infraccion de ley.»

En *Inglaterra*, el duelo seguido de la muerte de uno de los combatientes, se asimila al homicidio cometido con premeditacion y es castigado con pena de muerte. «Hay caso, dice Blackstone, en que la muerte accidental cometida *pro se defendendo*, hace culpable del crimen de homicidio, como por ejemplo, matando á otro en combate.

En los *Estados Unidos*, hay muchos Estados, como Nueva York, Vermont y Maine, en que el homicidio perpetrado en duelo, se castiga con la pena de muerte, pero en la mayor parte se castiga el duelo con multa y prision mas ó menos rigurosa, atendiendo á las circunstancias. Así, por ejemplo, en los Estados de Pensilvania, el que envia ó acepta un cartel, y los que se baten en desafio, son castigados con multa de 500 dolares y prision de un año con trabajos forzosos. Si muere uno de los combatientes, el que sobrevive es castigado con la pena del asesinato en segundo grado, es decir, con cuatro á doce años de prision solitaria; en caso de reincidencia, la pena es perpétua. Pero además, tanto en uno como en otro caso, la accion del desafio lleva consigo la privacion, ya absoluta, ya temporal de los derechos políticos y la incapacidad para desempeñar

funcion alguna pública. El *Código de la Luisiana*, de Livingston, castiga al que causa la muerte ó una herida mortal en desafío, con dos ó cuatro años de prision y pérdida de sus derechos políticos y civiles de primera y segunda clase. En cuanto al que dá traidoramente la muerte á su adversario ó le causa una herida mortal, es considerado como asesino y castigado como tal. Se supone que se dá la muerte traidoramente cuando se falta á las leyes del combate ó se aprovecha el adversario de ventajas que se suponen prohibidas, ó hiere al contrario que se halla desarmado, sabiéndolo el agresor, ó si se dá por un contendiente que obtuvo por efecto de la suerte en que se convino previamente, la ventaja de darla sin riesgo, por ejemplo, si verificándose el duelo con dos pistolas, una cargada y otra descargada, le hubiera tocado disparar con la primera. Los demás casos se castigan con multa, prision y suspension de derecho civiles.

En *Bélgica*, se pena el duelo por una ley especial, dada en 8 de enero de 1841. La comision encargada de redactarla sentó por principio general, que convenia imponer al duelo penas muy moderadas en un principio, sin perjuicio de agravarlas en lo sucesivo, á medida que la opinion se pronunciara mas fuertemente contra los combates singulares. Así es, que las penas que se aplican, tanto al duelo mismo como á los actos que á él se refieren, son en todo caso, la multa y la prision correccional diversamente graduadas, segun la gravedad de los hechos, á las cuales pueden los tribunales agregar la privacion temporal de los empleos civiles y militares, en los casos que lo juzguen conveniente.

En *Holanda*, rije aun en materia penal el Código de 1810, que no castiga el duelo; pero se ha presentado en 1842 á las Cámaras un proyecto de ley sobre la materia, que aunque mas severo que la ley belga, tiene grande analogía con esta y no impone la pena de muerte, ni aun en el caso de resultar muerte en el duelo.

El Código penal de *Austria* castiga el desafío con pena de uno á cinco años de prision, aun cuando no tenga consecuencia ninguna; si resultan heridas, la prision debe durar de cinco á diez años; si hay muerte de alguno de los contendientes, se impone al matador la pena de diez á veinte años de prision, permaneciendo el cadáver del muerto en la plaza pública, y siendo trasladado despues, escoltado por la guardia, á un sitio fuera del cementerio comun para ser inhumado.

En *Prusia*, rige sobre esta materia una ley penal del último siglo. Las penas que se imponen participan de esa severidad que vá desapareciendo poco á poco de todas las legislaciones europeas. Así; dispone respecto de la nobleza, que cuando el duelo ha costado la vida á alguno de los combatientes, el que sobreviva debe sufrir la pena del homicidio ó del asesinato que son capitales; no teniendo consecuencias funestas, pierden los contendientes la nobleza y las dignidades de que se hallan revestidos, y deben ser encerrados en un fuerte por seis años ó por toda su vida, según las circunstancias. En cuanto á los demás ciudadanos, que no gozan de nobleza, el Código reputa culpable de tentativa de asesinato á todo individuo que ataca á alguno, ya con espada, ya con armas de fuego, ó le desafia, ó acepta la provocacion. Mas en un proyecto de ley de 1843 se castiga el duelo con prision, lo menos de tres meses ó detencion en una fortaleza por lo menos de diez años: pero si ha sido muerto uno de los contendientes, no puede pronunciarse pena menor que la de privacion de la libertad durante doce años. El duelo á muerte se pena cuando fué muerto un contendiente, con detencion del que sobrevivió en una fortaleza por espacio de cinco á veinte años, y si no hubo muerte, la pena es de dos á diez años.

En *Suecia*, se rige el duelo por ordenanzas del siglo XVII. Según ellas, corresponde el conocimiento de las injurias á tribunales de honor encargados de aplicar las penas proporcionadas á su gravedad: pudiendo obligar al agresor á retractarse y dar al ofendido una reparacion pública. Cuando se ha verificado un duelo y sucumbe uno de los combatientes, es castigado con pena de muerte el que sobrevive, y notada de infamia la memoria del otro. Si no ha perecido ninguno de ellos, son condenados á dos años de prision, á pan y agua y á una multa pecuniaria. Sin embargo, apenas se aplica la pena de muerte, siendo sustituida por la prerogativa real, en detencion en una fortaleza, privacion de empleos públicos y multas pecuniarias.

En *Cerdeña*, se aplican al duelo la relegacion que consiste en una detencion en un castillo, la prision y el confinamiento á un sitio distante un miriámetro y medio del lugar del delito ó del homicidio del ofendido. La relegacion se impone de tres á diez años; la prision de seis dias á un año; el confinamiento de tres meses á un año: este espacio de tiempo se halla repartido en tres grados. El duelista que sufre la relegacion debe ser condenado á la interdiccion

de funciones públicas, si sufre la pena de prision ó de confinamiento, debe ser suspendido de las funciones públicas que ejerciera.

En *Alemania*, se colocan las disposiciones contra el duelo entre las que tienen por objeto castigar los atentados contra el orden y la paz pública, porque si en efecto, el duelo es bajo cierto aspecto, un delito contra las personas, lo es igualmente contra la cosa pública, una usurpacion cometida sobre las atribuciones de la justicia comun. En cuanto á las penas contra el duelo, son mas ó menos severas segun la gravedad de las consecuencias del combate y la naturaleza de las convenciones que le han precedido. El *Código penal bávaro* de 1831, coloca en la misma línea que el homicidio cometido en duelo, las heridas que han causado la privacion de un miembro ó de un sentido, la enajenacion mental ó cualquier otro achaque incurable. La estipulacion de un duelo á muerte es considerada como una de las circunstancias mas agravantes. El *Código de Sajonia* y el *Wurtemberg*, sientan como principio, el primero, que el que provocó el duelo por malevolencia ó culpable ligereza, podrá ser castigado mas severamente que la otra parte; y el segundo, que el retador debe ser castigado con mas severidad que el retado. La ley del *Gran ducado de Hesse*, dispone que si uno de los adversarios, por la naturaleza de la ofensa ó por otra circunstancia, no ha podido evitar el duelo, para reparar su honor, sin esponerse á graves inconvenientes, ya sea el retador ó retado, podrán los tribunales rebajar en una mitad las penas en que ha incurrido.

En los *Estados pontificios*, aunque las leyes vigentes contra el duelo son de una época reciente, de 1832, se hallan impregnadas de ese rigor que la marcha del tiempo ha hecho desaparecer de la mayor parte de las legislaciones europeas, lo que proviene de que residiendo en la autoridad suprema el poder civil, juntamente con el espiritual, las leyes de la sociedad civil experimentan necesariamente la influencia de la enérgica reprobacion con que la Iglesia ha herido siempre al duelo. El simple acto de desafiar, es castigado con detencion de uno á tres años, y multa de 300 á 1,000 escudos. Si hay combate, aunque no resulten heridas, se castiga con detencion en un grado mayor que en el caso precedente, y multa de 1,000 á 2,000 escudos. Las heridas causadas en duelo se castigan con la pena ordinaria con la agravacion de dos grados. Cuando ha perecido uno de los combatientes, la ley hace varias distinciones. Si el que causó la muerte era el retador y el provocador en la querrela, debe

sufrir la muerte. Si el matador no fué el provocador en la querrela, la pena no es mas que la de galeras perpétuas. Cuando se comete el homicidio por la persona retada y provocada, si han pasado mas de veinticuatro horas desde el reto y la provocacion, es castigado con pena de muerte; pero si se cometió el homicidio en el primer movimiento de la cólera, ó despues de un intervalo menor de veinticuatro horas, es la pena de diez á quince años de galeras. La autoridad que sabiendo el duelo no hace uso de la fuerza para impedirlo, es suspendida de su empleo y emolumentos de un mes á un año.

Esta misma distincion entre el homicidio en duelo ejecutado en el primer movimiento de cólera que ocasionó la injuria ó despues de pasadas veinticuatro horas, se encuentra en el *Digesto Ruso*. Segun él, se considera rebelde á la ley el provocador, aun en el caso de no tener consecuencia funesta del desafío, imponiéndosele una pena que puede graduarse desde una simple multa hasta la deportacion á la Siberia. Si del duelo han resultado heridas ú homicidio, se aplican al provocador las penas que impone el Código penal contra el autor de homicidio ó heridas cometidas con premeditacion. El que, siendo provocado, acepta el combate, solo se considera como perturbador de la tranquilidad pública, y es castigado con penas menores, que las impuestas á este delito. (Manifiesto sobre los desafíos, publicado en 1787 por Catalina. Digesto, XIV, artículo 272 á 285 y XV, Código penal, art. 349 á 386.)

En el reino de las *Dos Sicilias*, se castiga el duelo con penas severas. El homicidio ó heridas causadas en él, se peñan con la muerte: la simple provocacion ó aceptacion, con prision en el tercer grado, interdiccion de funciones públicas y pérdida de pensiones remuneratorias durante la prision y dos ó cinco años mas. El duelo realizado, aunque no haya habido en él heridas ni muerte, se castiga con pena de presidio de siete á doce años y multa.

En *Portugal*, se castiga el duelo por la antigua ley de 1668, la cual distingue especialmente para la apreciacion de la criminalidad, entre el tiempo mas ó menos largo que ha trascurrido entre la ofensa y el combate. El duelo inmediato se juzga excusable como via de hecho para reboazar una injuria; en cuanto al duelo premeditado, se castiga con destierro en Africa, *arbitrio principis*, con la confiscacion de bienes y la degradacion cívica.

En *España*, la prohibicion de los duelos data de la época de los Reyes Católicos. Robustecido el poder real en sus manos, y debilita-

do el de la nobleza, se prohibió el duelo por ley dada en Toledo en 1490, que forma la 1.ª, título 20, libro XII de la Novísima, imponiendo á los que lo provocaran ó aceptasen la pena de aleve y la confiscacion de bienes, y al retador la de muerte, si mataba ó heria á su adversario, y la de destierro perpétuo fuera del reino al desafiado que quedaba con vida, y asimismo la de aleve y pérdida de bienes á los padrinos ó que trajesen ó llevasen carteles ó mensajes, y aun á los simples espectadores les impuso la pena de pérdida de las caballerías en que asistiesen al duelo, y 600 maravedís de multa á cada uno, en caso de ir á pié. Posteriormente, por Real decreto de 29 de agosto de 1678, para corregir el exceso de la frecuencia de los desafíos, se resolvió que de todos los casos de esta calidad conociese privativamente la justicia ordinaria con inhibicion de las demás jurisdicciones y privacion de todo fuero á los delinquentes, por privilegiado que fuese, incluso el militar. Y por los capítulos 128 y 129 de la ordenanza militar de Flandes de 18 de diciembre de 1701, se prohibió á todos los oficiales de las tropas el tomar la pistola ó espada en la mano, los unos contra los otros, pena de ser privados de sus puestos, y se impuso la pena de muerte á los que resultasen agresores, previniendo que si por las informaciones practicadas no se pudiese descubrir, fuesen todos privados de sus puestos y perseguidos criminalmente como infractores de la ordenanza, y que todo el que diese aviso á los comisarios de guerra de algun duelo verificado entre las tropas, tendria inmediatamente 50 escudos y su licencia. Notas 1 y 2, tít. 20, lib. XII de la Novísima.

Pero la ley que impuso penas mas severas contra los desafíos, llegando hasta el último extremo del rigor, fué la tan célebre pragmática de Felipe V, dada en 27 de enero de 1716, y renovada posteriormente por D. Fernando VI en 9 de mayo de 1757, que forma la ley 2.ª, tít. 20, lib. 12 de la Nov. Recop., y cuyo enérgico preámbulo no podemos menos de transcribir, por demostrar el estado de la opinion y de las costumbres sobre esta materia, la ineficacia de las leyes anteriores para reprimir los desafíos, y la sabiduría del legislador al evocar los hechos heroicos de arrojo y valentía de nuestros mayores para destruir uno de los motivos en que se fundan los desafíos, á saber, el acreditar el valor suficiente para arrostrarlos: «No habiendo hasta ahora podido las maldiciones de la Iglesia, y las leyes de los reyes, mis antecesores, dice este preámbulo, deterrar el detestable uso de los duelos y desafíos, sin embargo de ser

contrarios al derecho natural y ofensores del respeto que se debe á mi real persona y autoridad, y valiéndose los que se discurren agraviados del medio de buscar por sí la satisfaccion que debieran solicitar recurriendo á mi real persona ó á mis ministros; habiendo sugerido el engaño el falso concepto de honor, de ser falta de valor el no intentar ni admitir este modo de vengarse, *como si la nacion española necesitara de adquirir créditos de valerosa por un camino tan feo, criminal y abominable, despues de tantas conquistas, sangre vertida, y vidas sacrificadas á la propagacion de la fé, gloria de sus reyes y crédito de su patria*; y aunque debo esperar de la obediencia y amor de mis vasallos, y singularmente de la nobleza, que se ajustarán á esta nueva declaracion de mi real voluntad en detestacion de este delito, por si hubiere quien se desviara de mis reales, justas y paternales intenciones, declaro primeramente por esta inalterable ley y real pragmática, que el desafío ó duelo debe tenerse y estimarse en todos mis reinos por delito infame; y en consecuencia de esto, mando que todos los que desafiaren, los que admitiesen el desafío, los que interviniesen en ellos por terceros ó padrinos, los que llevaren carteles ó papeles con noticia de su contenido, ó recados de palabra para el mismo fin, pierdan irremisiblemente por el mismo hecho todos los fueros, rentas y honores que tuvieren por mi real gracia y sean inhábiles para tenerlos durante su vida, y si fueren caballeros de alguna de las órdenes militares, se les degrade de este honor, y se les quiten los hábitos, y si tuvieran encomiendas, vaquen y se puedan proveer en otros; y esto, además de la pena de alevos y perdimiento de bienes, establecida por mis abuelos D. Fernando y Doña Isabel en la ley precedente que mando sea observada en todo lo que por esta mi real pragmática no se hallare innovada.» Además, si llegaban á salir los contendientes al punto señalado para el desafío, aunque no hubiera riña, muerte ó herida, se les imponia la pena de muerte y confiscacion de todos sus bienes. Facultóse tambien para probar este delito con testigos singulares, indicios y conjeturas, y no se admitió prescripcion contra él.

Estas penas quedaron sin aplicacion por su misma dureza y por hallarse en pugna con la opinion general, castigándose el duelo con penas arbitrarias. Por último, en el Código penal de 1822 y en el nuevo Código de 1848, se hallan atemperadas las disposiciones penales sobre esta materia, si bien con demasiada laxitud, á las consideraciones y circunstancias especiales que militan y que han io-

fluido en la penalidad de la mayor parte de las legislaciones modernas. Estas circunstancias consisten: 1.^a, en la violencia que produce en la voluntad de los duelistas la preocupacion general que cubre de ignominia al que no acude á este medio en las cuestiones de honra: 2.^a, en la gravedad y naturaleza de la provocacion ó de las ofensas que la originan, y que llegan á producir cierta especie de obcecacion y arrebato, y á interesar vivamente para que no se hagan públicas: 3.^a, en la especie de convenio que preside á este delito y que le despoja del dolo que constituye el homicidio voluntario, y sustituye á la alevosia que produce el asesinato, un consentimiento recíproco: 4.^a, en la reciprocidad del ataque y de la defensa, y en la presencia de los testigos que aseguran la lealtad y observancia de las condiciones en que consiste esta reciprocidad.

Así, pues, impone la pena de destierro al que acepta el duelo, la de prision mayor al que mata en duelo á su adversario, la de prision menor si le causa lesiones graves, y la de arresto mayor, aunque no haya lesiones, art. 330: estas penas se agravan en su grado máximo, si el que provocó al duelo no esplica los motivos á su adversario si éste lo pidiese, ó si desecha los que le diese éste, siendo decorosos, y al que habiendo hecho á su adversario una injuria, se negase á darle esplicaciones suficientes ó satisfaccion decorosa. Se impone la pena de confinamiento menor en caso de homicidio, la de destierro en el de lesiones menos graves, y la de 10 á 100 duros de multa en los demás casos, al provocado á desafio que se batiese por no haber obtenido de su adversario esplicacion de los motivos del duelo; al desafiado que se batiere por haber desechado su adversario las esplicaciones suficientes ó satisfaccion decorosa del agravio inferido; al injuriado que se batiera por no haber podido obtener del ofensor la esplicacion suficiente ó satisfaccion decorosa que le hubiese pedido. El que incitare á otro á provocar ó aceptar el duelo, es castigado respectivamente con las penas del art. 350, si el duelo se lleva á efecto. El que denostare ó desacreditare públicamente á otro por haber rehusado un duelo, incurre en las penas señaladas para las injurias graves. Los padrinos de un duelo, de que resultaren muerte ó lesiones, son respectivamente castigados como autores de aquellos delitos con premeditacion, si hubieren promovido el duelo ó usado cualquier género de alevosia en su ejecucion ó en el arreglo de sus condiciones; como cómplices de los mismos delitos, si los hubiesen concertado á muerte

ó con ventaja conocida de alguno de los combatientes: incurra en la pena de arresto mayor y multa de 50 á 500 duros, si no hubieren hecho cuanto estuvo de su parte para conciliar los ánimos ó no procuran concertar las condiciones del duelo de la manera menos peligrosa posible para la vida de los combatientes.

El duelo que se verificare sin la asistencia de dos ó mas padrinos mayores de edad por cada parte, y sin que estos hayan elegido las armas y arreglado todas las demás condiciones, se castiga con prision correccional, no resultando muerte ó lesiones; con las penas generales del Código, si resultaren, pero sin que nunca pueda bajarse de la prision correccional. Se imponen tambien las penas generales del Código, y además las de inhabilitacion absoluta temporal al que provocare ó diere causa á un desafio, proponiéndose un interés pecuniario ó un objeto inmoral: y al combatiente que cometiere la alevosía de faltar á las condiciones concertadas por los padrinos (art. 349 al 357 de dicho Código penal de 1848 reformado en 1850). La esplicacion de estos artículos la hemos espuesto en los *Comentarios* que publicamos sobre el Código.

Tales son las disposiciones penales que han creido conveniente adoptar contra el duelo los legisladores de la culta Europa. Segun vemos en ellas, se ha recorrido la escala de las penas corporales desde sus grados menores hasta el supremo formado por la pena de muerte, y se han aplicado penas infamatorias: y no obstante, no se ha logrado reprimir suficientemente este delito, cuanto menos hacerlo desaparecer de nuestras costumbres. ¿Será que no pueda conseguirse este resultado, como debiera? No, ciertamente. Y en efecto, el duelo no presenta los caractéres ni los móviles que ocasionan la reproduccion de los demás delitos. No es como estos, un acto puramente voluntario, instigado por el afan de procurarse riquezas ó placeres ó de contentar pasiones malévolas ó desenfrenadas que la sociedad, ni menos los gobiernos tengan el deber de satisfacer. El objeto principal del duelista, es como dice Monsieur Chauveau en su *Teoría del Código penal*, lavar su honor mancillado ó conservarlo intacto: la voluntad de herir al adversario no es mas que accidental y secundaria, y aun muchas veces no existe. En el duelo, no obra por lo comun la voluntad libre como en los demás delitos; hállase violentada por la preocupacion social que nota de ignominia al que no recurre á él en los casos de honra, á falta de otro medio que sin violencia ni efusion de sangre lave el honor mancillado. «Uno de los

caracteres peculiares de este delito, decia Mr. Livingston, en su Exposicion de los Motivos del Código penal de la Luisiana, es que se comete con repugnancia de diez veces las nueve. Fundándose, pues, el desafio en una pasion noble y digna, los gobiernos tienen el deber de investigar un medio que la satisfaga sin recurrir á la lucha privada. ¿Y es por ventura este medio el temor que puede imprimir la pena de muerte, ó la infamia legal? Una funesta esperiencia ha contestado desgraciadamente por la negativa. La pena de muerte que impone la ley, no puede intimidar á los duelistas, puesto que en el hecho de salir al desafio, se esponen á una muerte mas segura, porque es mas difícil de evitar la que puede darles la espada ó la pistola del contrario ante las cuales presenten desnudo su pecho, que la escrita en la letra de la ley que pueden burlar con la fuga. La pena de infamia legal no puede afectar tampoco á los duelistas, porque carece de la sancion de la opinion pública, la cual por otra parte, infama doblemente al que rehuye el duelo.

El que ha sido injuriado por otro en su honor, con la gravedad que hemos indicado al esponer el segundo fundamento del duelo en nuestro concepto, esto es, abusando de su mujer, hijas, etc., que es el verdadero caso en que ofrece la cuestion sobre el desafio toda su dificultad, se encuentra en la terrible alternativa, ó de recurrir á los tribunales para que impongan al injuriante el condigno castigo y evitar en lo sucesivo la reproduccion de tales injurias, en cuyo caso, dándose publicidad á su ofensa, tiene que arrostrar la nota infamante de cobardía y de poca estima á su honor con que le marca la opinion pública, siquiera sea injusta, ó de esponer su vida para probar que no merece tales inculpaciones, apelando al acto cruel é inhumano del desafio (único remedio que la opinion considera como suficiente garantía de que estima el honor en cuanto es debido), ó de devorar en silencio su agravio y su deshonor, quedando espuesto á la reincidencia por parte del injuriante y á que divulgue este la difamacion, atrayéndole la censura de la opinion pública. El mal consiste, pues, en que los gobiernos, ya que no han juzgado fácil ó posible ilustrar dicha opinion sobre los verdaderos fundamentos del honor, destruyendo sus errores y preocupaciones sobre este punto, no han ideado un proceder que conciliase la justa satisfaccion del agraviado y el castigo del culpable por medios legales, con las consideraciones de la opinion pública, evitando su reprobacion y su censura. Si se hubiera dado en este proceder, ofreciendo los gobier-

nos el amparo y proteccion debida al ciudadano que se vé herido en lo que tiene de mas apreciable, en su honra, no se hubiera visto obligado este á recurrir á un medio estralegal para satisfacer su honor ultrajado, en la especie de abandono en que viene á quedar de otra suerte.

Con el objeto de conciliar la satisfaccion de dichas ofensas con las exigencias de la opinion pública, y sin apelar á la lucha privada, se han ideado, sin duda, los tribunales llamados de honor, para entender en las cuestiones de honra. Así, vemos formarse en Francia un tribunal de generales; en España hemos visto un tribunal de honor para entender de los agravios que pudieran inferirse los escritores políticos por medio de la prensa, y en Inglaterra, en los últimos años, se creó una asociacion cuyo objeto era la abolicion del duelo, de la que formaron parte los personajes mas notables del órden civil y militar. Uno de los medios propuestos por esta asociacion consistia en hacer formar préviamente á los asociados el empeño de someter toda cuestion de honra á la decision de cierto número de jueces árbitros, nombrados anualmente por la sociedad. De esta asociacion se dió cuenta en las Cámaras inglesas, y sir Robesto Peel declaró de un modo formal, que la influencia favorable de una asociacion compuesta de esta suerte, y rechazando por medio de una aclaracion pública toda aceptacion ó misiva de cartel de desafio, le parecia mas eficaz que toda reforma que pudiera hacerse en las leyes sobre esta materia. Sin embargo, estos tribunales de honor no han dado los resultados que se apetecian y esperaban. Esto ha consistido, en nuestro juicio, en que no afianzándose en la autoridad pública, carecian de la fuerza é imperio necesarios para hacer obedecer sus decisiones, y principalmente, en que no se tuvo á la vista la única base que podia hacerlos aceptables, el requisito esencial é indispensable para entender de las injurias graves contra la honra, á saber, *el secreto*, y antes por el contrario, el número de jueces de que se componian y la movilidad ó renovacion frecuente de estos, era opuesta á tan importante requisito.

El verdadero y único medio, pues, que existe en nuestro juicio para reprimir debidamente el desafio, consiste en castigar de un modo severo, cierta clase de injurias, origen y causa primordial de este delito, y una vez inferidas estas, en procurar al ofendido el castigo del ofensor, de un modo *secreto*, que satisfaciendo á su honor mancillado, impida la publicidad de la ofensa, evitando de esta

suerte ese fallo tiránico é impío de la opinion pública, siempre extravaiada en esta materia, que es indudablemente la causa que arrastra á la perpetracion del desafio.

Establézcanse juzgados y tribunales compuestos de jueces y funcionarios que por su edad provecta, prudencia é ilustracion, ofrezcan suficiente confianza de que se guardará un secreto inviolable, un sigilo sacramental en este género de causas; asegúrese esta confianza por medio de penas severas á los que revelen aquel secreto: fórmense un procedimiento especial en que se adopten todas las diligencias y pruebas compatibles con este sigilo; procédase desde luego á la prision é incomunicacion del injuriante, en virtud de la querella fundada del agraviado, castigando por otra parte, severamente al calumniador, y aplíquense á esta clase de delitos, penas que afecten á la estimacion pública y en especial la de destierro y confinamiento á paises distantes del domicilio del ofendido y por un espacio de tiempo mas ó menos prolongado segun la gravedad de la ofensa; y de esta suerte se obrará con mucha mayor eficacia que la que hasta el dia para abolir este modo ilegal, injusto y bárbaro de vengar las injurias.

Este medio seria solamente aplicable á la clase de injurias que afectan gravemente el honor, que se infieren en secreto, y respecto de las cuales imprime la sociedad, no bien llega á saberlas, una nota infamante en el que las soporta sin recurrir al desafio. Si estas injurias se hubieran hecho públicas, los gobiernos podrian evitar desde luego el duelo, poniendo bajo la vigilancia de la autoridad al injuriante é injuriado, y procediendo á la detencion ó arresto de aquel, en caso necesario, y á la imposicion de penas de la clase de las referidas; porque habiéndose hecho en este caso ya pública la injuria y no pudiendo el ofendido recurrir al duelo, para lavar su honor, no podia la opinion acusarle de cobarde ni de falto de dignidad al apelar á los tribunales para satisfacer su agravio, puesto que este era el único medio que le quedaba. Respecto de las injurias de poca importancia ó sobre motivos fútiles para cuya satisfacion solo aconseja el desafio un puntillo de honor á todas luces exagerado y falso, bastaria que imprimieran la ley y los magistrados, en los que recurriesen al duelo para vengarlas, una nota desfavorable, que siendo, como no podria menos de ser, sancionada per la opinion pública, produciria los efectos apetecidos.

Esta última idea la hallamos indicada por el sábio jurisconsulto

y fiscal francés, M. Dupin, en uno de sus informes sobre los medios de reprimir los desafíos.

«Hay querellas de ninguna importancia, por motivos indignos que no merecen ocupar un instante la atención, decía M. Dupin, y cuando se combate una preocupación como esta, no me parece mal medio el de apelar á la solemnidad judicial que comprometería al menos á la esposición de los hechos. Cuando fuese un motivo fútil el de la querella, como una cuestión de preferencia en un teatro, un pretendido insulto á una señora, un codazo, una mirada de reojo y otros por este estilo, y el público, en vez de leer en los periódicos, que dos hombres habían *satisfecho su honor* (según su lenguaje ordinario), oyese la voz severa del magistrado calificar el duelo y sus circunstancias como se merecen, ¿no sería éste un medio poderoso para destruir esta preocupación? A las veces, el que dió motivo á esta clase de duelos, logrando ser absuelto, llevaría consigo cierta animadversión pública que contribuiría no poco á hacer desaparecer este resto de barbarie de nuestras costumbres.»

Al que se le motejara de cobarde por no haber recurrido al desafío, debería permitírsele probar judicialmente haber dado muestras de valor en el curso de su vida; prueba que sería segura y fácil á todos, pues apenas habrá quien no haya arrostrado con serenidad y arrojo épocas y circunstancias difíciles en su vida que requiriesen, no ya el simple valor, sino hasta el heroísmo, considerado el valor, no solo bajo el aspecto físico, sino bajo el moral, que es el que demuestra un ánimo mas esforzado.

Por estos medios, que no hacemos mas que indicar, auxiliados por una legislación previsora, prudente y sábia, que reprimiera severamente las injurias é impusiera penas proporcionadas y análogas á los diferentes actos que constituyen el desafío, se conseguiría, en nuestro juicio, evitar los duelos en la mayor parte de casos, ya que no se extinguieran completamente, cosa que no es posible mientras la sociedad se deje arrastrar de preocupaciones, de errores y pasiones funestas, mientras no se halle animada, de las sublimes virtudes que inculca el Cristianismo.

Y en efecto, solo la Religión puede abolir enteramente el duelo, porque ella sola manda con autoridad la reconciliación y el perdón. Una sociedad en que dominara el verdadero espíritu del cristianismo, no conocería las enemistades, los odios ni rencores. El Evangelio ha dicho: «Si antes de depositar tu ofrenda en el altar, te acuerdas

de que tu hermano tiene alguna queja contra tí, deja tu ofrenda y marcha primero á reconciliarte con tu hermano.» A los unos prohibe severamente toda ofensa, á los otros manda siempre el perdón. «¿Cuántas veces deberé perdonar á mi hermano que me haya ofendido? preguntó Pedro, que representaba la naturaleza; ¿será hasta siete veces? Y Jesus le respondió: «No digo hasta siete veces, sino hasta setenta veces siete.» Una sociedad, pues, en que la religion tuviera bastante ascendiente é imperio para penetrarla de estos preceptos sublimes, que lejos de marcar con una nota infamante al que experimentase, sin culpa alguna de su parte, la mayor de las desgracias, al que se viese mancillado en su honra, le prodigara toda clase de consuelos, obligando al ofensor á darle satisfaccion cumplida de su agravio, y á sufrir el castigo ó penitencia que su ofensa mereciera, ó el publico baldon y desprecio en caso de negarse á ello, separándole de la comunicacion social, como un miembro degradado y corrompido, si habia arrojado sobre su inteligencia un velo tan oscuro y tan denso, que le cegara hasta el punto de inferir alguna de las ofensas que manchan gravemente el honor del prójimo, no tendria necesidad del desafio, y este se veria abolido por la opinion misma. El sentimiento del honor no se ajaria en lo mas mínimo por ello, antes por el contrario, quedaria purificado y con nuevo brillo. No se consideraria ya como un punto de honor el vengarse, sino el reconocer, la una parte sus agravios, y en recibir la otra, en todos los casos, francas excusas. La reprobacion y nota desfavorable de la opinion recaeria solamente sobre el ofensor obstinado cuyo orgullo no quisiera confesar su culpa, ó sobre el ofendido cuyo rencor rehusara la reconciliacion ofrecida.

José Vicente y Carabantes.



SOBRE LAS PRESAS

Y EL DERECHO DE INVESTIGACION Y VISITA.

La presa no es mas que el botin que se hace y toma al enemigo en la guerra, así por tierra como por mar, y especialmente las naves enemigas de que se apoderan los corsarios autorizados al efecto, sobre lo cual se dictaron varias reglas en la Ordenanza de las matrículas de mar de 12 de agosto de 1802.

Pero no vamos á hablar aquí de esta clase de presas, sino de las que se hacen de los buques de las naciones neutrales por las que están en guerra, para demostrar que esto es contrario al derecho natural y de gentes, y que en último resultado perjudica notablemente á los intereses del comercio.

Las leyes que se dictan por las naciones beligerantes, no solamente alteran su comercio, sino que afectan extraordinariamente al de las naciones neutrales, pues son inmensos los estorbos y dificultades que introducen al comercio de Europa. Los riesgos de mar se aumentan en más del 50 por 100.

Los comerciantes casi no calculan entonces los de las arribadas y borrascas; solo atienden á las leyes y á las prohibiciones de la guerra, que miran como los huracanes mas difíciles de evitar y que aumentan considerablemente el valor de la mayor parte de los frutos y mercancías.

Un Código de leyes arbitrarias, que cada una de las naciones que están en guerra quiere imponer á las demás neutrales, turba de mil modos el comercio de Europa. Casi todas ellas son dictadas por la ambicion y el interés, que son los que estienden la guerra mas allá de sus límites naturales, y los que hacen que sea sensible aun á las naciones pacíficas que se hallan mas distantes de ella.

En honor y bien de la humanidad quisiéramos horrar del cuerpo de la Legislacion de Europa ese Código de leyes injustas y arbitrarias, que tanto dificultan la navegacion, como perjudican los intereses del comercio.

Ninguna nacion tiene derecho de atribuirse el imperio del mar, aunque por algunos tratados de paz y de comercio se ha fijado á

dos leguas de la costa la distancia á que se estiende el dominio respectivo de cada soberano, cuyos estados baña el mar.

El mar, por su vasta estension, facilita á los hombres la comunicacion, por decirlo así, de todas las partes del globo. Él aproxima todos los países y todos los climas, y las riquezas que guarda en su seno son un origen tan precioso como abundante de goces para la especie humana. Se ha disputado frecuentemente, y sobre todo en el siglo XVII, sobre la libertad de los mares; pero generalmente se ha buscado menos la verdad que sostener sistemas ó intereses particulares, y á pesar de las doctas disertaciones de los sábios, la cuestion no ha quedado menos indecisa, sino sometida mas bien á la fuerza que á la razon. Pero á pesar de todo, podemos hoy establecer como principio general que el mar es libre.

Los publicistas alegan muchas razones para fundar este principio, pero segun nosotros, hay una que disipa todo género de duda. El mar presenta dos objetos de utilidad, la navegacion y la pesca; es inagotable respecto de los dos, por consiguiente todos pueden participar de ellos y ninguno puede alegar el interés de su conservacion, ni aun el de goces para abrogarse un derecho exclusivo.

El orgulloso Edgard, rey de Inglaterra, se llegó á creer señor del mar, de tal modo, que tenia la imprudencia de abrogarse los vanos y pomposos títulos de emperador y señor de todos los reyes del Occéano, y de todas las naciones establecidas en sus costas.

El rey Canuto, uno de los mas célebres y poderosos de su tiempo, que ceñia sus sienes con la triple corona de Dinamarca, de Noruega y de Inglaterra, tuvo muy diferente conducta. Queriendo lisonjearle sus cortesanos, trataron un dia de persuadirle de que su poder sobre el mar era ilimitado; pero este sábio príncipe, sin darles la menor respuesta, los convidó á una gran pesca, y habiendo preparado para despues una comida suntuosa á la orilla misma del mar, y sentándose á la mesa al tiempo de comenzar el reflujó, vió luego retirarse sus convidados por miedo de que el agua no los cubriese; mas el rey permaneció inmóvil ordenando á las aguas que retrocedieran, y como ellas continuasen creciendo, fingió arder en cólera, exclamando: «Olas del Occéano, ¿así respetais á vuestro señor?» Volvióse luego hácia sus cortesanos con una sonrisa de desprecio, y les dijo: «El que lleva en su mano poderosa las riendas del Universo, es el único que puede mandar los elementos, y señalar límites al mar.»

Algunas naciones han reclamado constantemente de las que están en guerra, el derecho de navegacion é independencia contra los principios establecidos por las Constituciones de Venecia y Génova, reconocidos por Grocio y Pufendorff, seguidos por la mayor parte de los que han escrito sobre el derecho de gentes, y adoptados hoy generalmente por todas las naciones.

Respetamos estas autoridades ; pero no podemos dejar de considerar muy justas las reclamaciones de las naciones neutrales contra aquellas leyes y para no reconocer absolutamente mas que el derecho natural ó de gentes, que asegura la libertad de los mares y su independencia , y el establecido por los tratados internacionales, que es una ley sagrada que nadie puede quebrantar.

Los principios del derecho de gentes son contrarios á lo que se ha querido sostener con el apoyo de las referidas autoridades , que no es lícito á una nacion neutral trasportar ni vender á otra que está en guerra, madera de construccion, navíos y otros efectos, y que en el caso de transporte, son reputados por de contrabando, es decir, como socorro que se dá al enemigo.

Se pretende que estas mercaderías se hallan entonces sujetas al embargo y confiscacion, que el derecho de necesidad ejerce todo su imperio, y que autoriza á la nacion que se halla en guerra para privar á su enemigo de todo lo que le puede poner en estado de resistirle y perjudicarle.

Este pretendido derecho, se ha ejercitado siempre con efecto sobre el mas débil, y ha sido constantemente despreciado por el mas poderoso, lo mismo que el derecho de visita en los buques neutrales.

Se ha establecido además, como máxima del derecho de gentes, que las mercaderías pertenecientes á los enemigos, halladas en un buque neutral, pueden ser embargadas legitimamente, pagando el flete debido al patron ó capitán del buque.

Sin embargo de que el derecho de gentes siempre es el mismo, y constantemente igual en todas partes y en todos tiempos, no es uniforme este uso en todas las naciones. Las Ordenanzas de los reyes de Francia de 1543 y 1584, que permitian á esta nacion apoderarse de las mercaderías de *contrabando*, mandaban al mismo tiempo pagar su valor.

Se conoció ya en aquel tiempo, que esta ley era arbitraria y contraria á los derechos que se fundan en la equidad natural, y que

el rigor de la confiscacion no podia conciliarse con el derecho natural, y con la libertad y la independencia de las naciones neutrales.

Por eso el legislador, para salvar el agravio hecho á las naciones neutrales, recurrió al medio de mandar pagar el valor de los efectos embargados, con lo que vino á reconocer formalmente que no habia derecho para embargarlos.

En cuanto á las mercaderías del enemigo, encontradas en un buque neutral, solo se introdujo la confiscacion con el gravámen de pagar el flete al patron ó capitán del mismo, lo que manifiesta el respeto que se tenia á los principios del derecho natural, pues solo se atrevian á quebrantarlo en parte. Despues se pasó á confiscar toda la carga, y á veces el buque, en cuyo caso hay pocos ejemplares del pago del flete.

Esto ha dado lugar á una grande variedad de opiniones y juicios. Las leyes arbitrarias que se han multiplicado, solo se han sostenido por medio de la fuerza, sin tener en cuenta el derecho público de todas las naciones neutrales. ¿Puede acaso respetarse como ley el yugo que la superioridad de fuerzas ha impuesto comunmente á estas naciones, y que no tienen otro título, otro fundamento que esta superioridad? Si es preciso suscribir á ella, tambien nos es lícito consignar que solo se cede á la violencia, al imperio de la necesidad, y que pueden emplearse todos los medios necesarios para eludirla, y que no hay obligacion de reconocer sobre esta materia mas que el derecho natural y lo convenido en los tratados internacionales, que son las leyes que las naciones respectivamente se han impuesto por su mútua ventaja.

Es un principio cierto, que toda nacion es libre é independiente por el derecho natural. Luego únicamente en este estado de libertad é independencia se debe examinar si una nacion puede arrogarse el derecho de interrumpir el comercio de las otras, ó de imponerles leyes arbitrarias, bajo el principio de que tiene un enemigo que resistir, subyugar ó castigar, ó lo que es lo mismo, con el único fundamento de sus intereses.

Si algunas naciones neutrales acostumbráran hacer con las que están en guerra, en tiempo de paz algun comercio de mercaderías, que en los tratados y en el uso se ha tenido por conveniente llamar contrabando de guerra, como los cañones, pólvora, balas, buques y todo lo destinado á la marina, ¿deben dejar de introducirse estas

:

mercaderías en una de estas naciones, por la razón de que está en guerra con otra nación?

La que sujeta estas mercaderías al embargo ó confiscación en virtud de alguna ley ó costumbre, quebranta el derecho natural y destruye la libertad é independencia de la nación neutral.

Se alega para disculpar este comportamiento, el pretendido derecho que tiene la nación que se halla en guerra de impedir que el enemigo se fortifique y se haga poderoso. De modo que solo se opone como única razón el interés de la nación que está en guerra, para menguar la independencia y libertad de la nación neutral.

Este mismo interés es el apoyo del pretendido derecho de embargo y confiscación. Pero, ¿puede por sí solo ser el principio de algun derecho? El solo interés, ¿puede hacer justas y legítimas las empresas de una nación sobre la libertad é independencia de la otra? Si fuese justa esta razón indeterminada, la misma nación podría igualmente con justicia prohibir á las naciones neutrales todo comercio con su enemigo, porque cualquier comercio es una asistencia que fortifica ó mantiene las fuerzas de la nación que está en guerra, y el enemigo se hallaría bien presto debilitado y vencido por esta interrupción de comercio.

Si el interés es el único principio del derecho que se atribuye á la nación que está en guerra, igualmente milita el mismo principio para el de los comestibles, y entonces se destruiría enteramente el derecho de gentes que establece la libertad é independencia de todas las naciones.

Para legitimar el embargo y confiscación es preciso suponer, que una nación que está en guerra, tiene derecho á limitar á su arbitrio el comercio de las naciones neutrales, y que su interés es la única medida de los límites que quiera imponerle, y esto dará por legítima consecuencia el derecho de prohibir todo comercio con la nación enemiga, y la completa destrucción de la libertad ilimitada que tienen todos los pueblos para usar de la inmensidad de los mares.

Si se admite el principio de que la nación que está en guerra tiene el derecho de privar á las naciones neutrales de la navegación y de todo comercio marítimo para debilitar á su enemigo, sería preciso reconocer en esta misma nación el derecho de exigir subsidios de las naciones neutrales, porque lo mismo es exigir sub-

sidios de una nacion, que privarla de un importante ramo de comercio.

El principio de necesidad conduce visiblemente á este absurdo palpable, y á hacer forzosamente general en todas las naciones cualquiera guerra particular. Por lo comun, no se distingue bastante bien sobre esta materia el imperio del derecho de gentes, de la autoridad facticia de las leyes arbitrarias, y generalmente se sujetan los derechos sagrados de la humanidad á ciertas ideas de intereses personales.

Las constituciones marítimas antiguas, el uso que bien presto se generalizó, y los autores que han escrito sobre esta materia, y que nos han servido de guía para escribir este artículo, han reconocido formalmente la injusticia de las pretensiones de la nacion que está en guerra sobre este particular, no admitiéndolas sino con el gravámen del pago del flete de los efectos del enemigo al capitán del buque neutral.

Esto es admitir el derecho que tienen las naciones neutrales de hacer el comercio de flete, es reconocer su justicia, y que no hay derecho para privarlas de ello. Pero ¿el pago del flete es bastante para reparar la injusticia y el perjuicio que se causa con esto á una nacion neutral? Ciertamente que no, porque el beneficio del comercio de flete no está limitado á solo el trasporte de las mercancías, sino que se entiende á las otras ventajas que produce la introduccion de aquellas, como son la descarga del buque, los derechos de entrada, almacenaje y comision, los precios de la venta y las reestracciones, de cuyas ventajas no puede ser privada la nacion del buque neutral sin una infraccion manifiesta del derecho de gentes.

Por el contrario, puede reclamar su libertad ó independencia en virtud de este mismo derecho, por no ser suficiente el pago del flete de las mercaderías para indemnizarle de las indicadas pérdidas.

El uso de confiscar los efectos del enemigo á bordo de los buques neutrales, solo pudiera considerarse como una escepcion del derecho natural y de gentes, si todas las naciones estuviesen sometidas á él, porque cada una puede renunciar su derecho, como sucede todos los dias en los tratados.

Esta convencion, legitimaría la confiscacion; pero lejos de haberse sometido á ella las naciones neutrales, han contradicho siempre el uso de la confiscacion, y generalmente ninguna se ha sujetado á ella sino cediendo á la fuerza.

El derecho de la nacion que está en guerra, se limita á oponerse á todo socorro directo al enemigo, y no es posible concebir como tal el comercio que una nacion neutral hacia antes de la guerra, porque de otra suerte todo comercio podria ser turbado con el pretesto de que mantiene las fuerzas del enemigo, y que es un socorro que alarga la guerra. Esto seria un absurdo.

El imperio del mar seria una quimera, si se tomase esta voz en la significacion de un uso esclusivo, de una posesion ó de una propiedad. Su natural sentido se reduce á la superioridad de las fuerzas marítimas, cuyo uso legitimo no puede pasar mas allá de la proteccion, sin perjudicar los derechos, la libertad y los intereses de las naciones soberanas. La fuerza y el derecho, jamás pueden ser voces comunes. La fuerza y la guerra, por legítimas que sean, nunca pueden atribuir el derecho de perjudicar á una nacion neutral.

Siendo libre el comercio marítimo á las naciones neutrales en tiempo de guerra sobre el mismo pié que en el de paz, las que están en guerra, sin jurisdiccion respecto de los neutrales, sin ofensa por parte de estas, no tienen mas autoridad moral en tiempo de guerra que en el de paz para privarlas de su comercio marítimo, si este no se halla prohibido á aquellas naciones por algun tratado ó convencion que hubiesen celebrado con la que está en guerra.

Haciendo aplicacion de estos principios, es fácil juzgar de la legitimidad de las presas en todos los casos. Las embarcaciones neutrales autorizadas por los despachos y bandera de sus soberanos, por los conocimientos, factura y lista de equipaje, que regularmente verifica su nacion, no pueden ser detenidas en los casos siguientes:

Primero. Cuando no hacen mas que el comercio de su nacion sobre el mismo pié que en tiempo de paz.

Segundo. Cuando no mantienen correspondencia alguna con las plazas sitiadas ó bloqueadas.

Tercero. Cuando se hallan en algun puerto al tiempo de acabar de ser bloqueado ó tomado por el enemigo.

Cuarto. Cuando están cargadas de mercaderías pertenecientes al enemigo y solo hacen el comercio de flete, como lo hacian en tiempo de paz.

Esto está fundado en la recta razon, en los principios invariables de la equidad natural, y puede considerarse como la única ley de todas las naciones emanada de su derecho público, excepto en los casos de convenciones particulares.

Las naciones que se hallan en guerra, no están mas autorizadas para usurpar los derechos de las que viven en paz, que estas para interrumpir el ejercicio de los derechos que atribuye la guerra á las naciones beligerantes. El rigor y la violencia de que estas pueden usar legítimamente, no deben estenderse mas allá de sus enemigos, y de los que visiblemente los asisten; porque de otra suerte la guerra marítima vendría á ser una piratería. El mismo comercio, el mismo derecho, la misma libertad de que goza la nacion en tiempo de paz, deben estar exentos de toda vejacion y de todo perjuicio en tiempo de guerra.

Antiguamente, jamás se ponía obstáculo alguno á la libertad de comercio de las naciones, á escepcion de las municiones de boca y guerra, destinadas á las plazas, campos ó parages sitiados, bloqueados ó atacadas por el enemigo. Solo en esto se conocía que el derecho natural y de gentes coartaba el comercio de las neutrales, puesto que estas son las únicas mercaderías que en rigor se pueden comprender en el llamado *contrabando de guerra*, salvo el caso en que se hubiere derogado este derecho por medio de tratados.

Mas en el dia, en que ha adelantado tanto la civilizacion, hemos visto desconocer estos principios, que tienen por base la razon y el derecho público de todas las naciones, y se han presentado como reglas de conducta de las naciones soberanas máximas mal entendidas, nacidas en el centro de la barbarie, de la ignorancia ó del interés particular, y se han erigido como leyes de las naciones los usos injustos y dominantes de algunas de ellas.

Este ha sido el origen de los defectos de que adolece la legislacion universal de las potencias soberanas, hasta el punto de que el conjunto de sus determinaciones, mas bien presenta una coleccion de preceptos que se destruyen mutuamente, que un verdadero código de la humanidad, que un código propio para servir de base á la tranquilidad y á la prosperidad de los imperios.

Segun los rigurosos principios del derecho natural y de gentes, la nacion que se halla en guerra, ni aun tiene derecho para pedir, como se ha hecho muy á menudo, el juramento, ni otra especie de prueba, de que la carga no pertenece al enemigo. Los buques neutrales por lo comun solo hacen el comercio de flete y de comision, y es tan injusto privar al comerciante de sus mercaderías, que se hallen á bordo de alguno de estos buques, como lo seria el arrebatar su cosecha al labrador con el pretexto de que la ha vendido al enemigo.

La nacion que pretende poner estos estorbos al comercio de los pueblos amigos con los Estados de su enemigo, cuando este comercio no tiene relacion alguna directa é inmediata con la guerra y sus operaciones, se arroga una autoridad que no pertenece á ninguno de la tierra. Las naciones que están en guerra, se colocan en el caso de la violencia y de la piratería cuando se apartan de las leyes de la equidad, ó de las condiciones de los tratados.

Sino puede negarse á estas naciones el derecho de visitar á los buques neutrales, es preciso reconocer tambien los justos límites que ha puesto el derecho natural al ejercicio de aquella facultad.

El derecho de investigacion, del que tambien nos hemos propuesto tratar en este artículo, es el que tiene todo buque que representa la fuerza pública de un Estado para cerciorarse de la nacionalidad de otro mercante que se encuentra en mares comunes. De este derecho, aunque establecido para destruir la piratería, se debe, sin embargo, usar con mucha templanza para que no degeneren en vejámenes atentatorios á la independencia de las naciones. Así es que en su forma es muy sencillo, pues se reduce á imponer á todo buque mercante el deber de izar su pabellon, cuando encuentra en alta mar á uno de guerra, con el fin de que sea respetada su nacionalidad. Si no lo verifica, á pesar de que el buque de guerra ize el suyo, entonces puede tirársele un cañonazo sin bala, y si esto no basta, puede repetirse el tiro con bala, y aun proceder á abordar el buque, si por cualquiera circunstancia pareciese sospechoso. Cuando al buque registrado se le encuentre en regla, se debe dar satisfaccion á su comandante, haciéndole sentir que su propia seguridad ha sido la causa de su detencion. Una visita hecha por sospechas fundadas y suspendida tan pronto como se conoce la nacionalidad del mercante visitado, no dá motivo fundado de queja de ninguna especie.

En cuanto al derecho de visita, es el que tiene todo buque de Estado que está en guerra con otro, de cerciorarse de la nacionalidad y neutralidad de los mercantes que encuentra en el mar. Este derecho de visita se diferencia mucho en su esencia, en su forma y en su origen, del de investigacion de que acabamos de hablar.

La investigacion, como se ha dicho, tiene por objeto el interés universal de la seguridad de los mares, y la visita nace del interés especial de alguna nacion que está en guerra con otra, para evitar que los buques de comercio de naciones neutrales, se ocupen en suministrar armas y pertrechos militares á su enemigo.

Los buques enemigos navegan, mientras les parece que lo pueden hacer, bajo la máscara de buques neutrales. Este disfraz, aunque permitido para huir del enemigo, autoriza á este á detener el buque y á examinar los papeles que acreditan la nacion á que pertenece. Pero este derecho no puede estenderse á mas, ni aun usarse sino con las embarcaciones mercantes que navegan sin convoy, pues es necesario distinguir los buques de guerra y los convoyados.

Las leyes de España y los tratados celebrados entre esta y otras potencias, están conformes con la doctrina que queda establecida. Los artículos desde el 86 al 90, tít. 5.º, tratado 2.º de las Ordenanzas de la Armada, declaran que los buques de guerra tienen derecho en todo tiempo á registrar á cualquiera buque mercante, nacional ó extranjero, para cerciorarse de su nacionalidad, y de la legitimidad de su navegacion; pero en tiempo de guerra, esta visita se estiende á conocer si el buque lleva ó no contrabando: que el primer acto de inquirir debe ser á la voz, y solo cuando esta indagacion no satisfaga, podrá procederse á la visita por un oficial y dos ó tres hombres, nada mas que para examinar los papeles, pues solo en el caso de haberse de marinar una embarcacion podrá subirse á ella, ó hacer trasbordo de sus efectos.

Por el art. 22 de las Ordenanzas de Corso, que es la ley 2.ª, título 8.º, libro 6.º de la Novísima Recopilacion, se declara que cuando la detencion de un buque no se pudiese justificar por sus papeles, por su carga ó por sus maniobras, el que causó la detencion deberá indemnizar los perjuicios que haya ocasionado.

Por último, la España tiene pactado en sus tratados internacionales, que el derecho de visita no se ejerza sino en caso de guerra, y que se limite á enviar el visitador un bote con dos ó tres hombres para cerciorarse que el visitado no lleva contrabando, manteniéndose entretanto á la distancia de tiro de cañon.

Por el tratado de Munster, celebrado con los Países-Bajos en 30 de enero de 1648, se estipuló, que los buques mercantes no serian molestados en alta mar ni obligados á vender el todo ó parte de su cargamento. Conforme con la doctrina establecida están redactados el art. 14 del tratado de 1667 con Inglaterra; el 8.º del de 1650 con los mismos Países-Bajos; el 8.º del de 1725 con Austria; el 7.º del de 1742 con Dinamarca; el 48 del de 1793 con los Estados-Unidos de América; el 11 del de 1782 con la Sublime Puerta; el 4.º del

de 1784 con la Regencia de Trípoli; el 2.º del de 1794 con Túnez, y el 17 del de 1799 con el emperador de Marruecos.

De modo que segun la legislacion internacional de España está admitido el derecho de visita, haciendo la diferencia del tiempo de paz al de guerra, y procurando limitarlo á lo mas indispensable, dulcificándolo cuanto sea posible en la forma.

Este derecho no es universal, como se ha manifestado, sino estipulado con algunas naciones, y solo se ejerce en cierta zona de determinados mares, con el objeto especial de extinguir la trata de esclavos.

La España tiene pactada con la Inglaterra la abolicion de este tráfico por los tratados de 1817 y 1835; y para hacer efectivas las penas que impone la ley penal, promulgada por el Gobierno español, á los que se aprehendan ocupándose en este tráfico declarado ilícito, han establecido ambos gobiernos un derecho recíproco de visita en cierto límite de mares, y lo que es de inmensas consecuencias, que se pueda aprehender aun por indicios los mas leves y dudosos.

El llevar calderas de rancho, mas víveres, mas aguada que la estrictamente necesaria para la tripulacion, ó algunas tablas que puedan acomodarse para arreglar el transporte de los negros, se consideran indicios *prima facie* suficientes para la aprehension del buque, sin tener en cuenta que en las espediciones al Africa se necesitan mas preparativos de víveres y efectos, porque en aquellos mares las navegaciones son inseguras en su plazo, los víveres y aguada no pueden reponerse sino con mucha dificultad, y sobre todo en aquellos climas se consume mas agua que de ordinario, por la sed que causa el calor abrasador.

La arbitrariedad á que por este derecho de visita quedan espuestos los buques mercantes españoles que comercian en la costa de Africa, unida á otros abusos á que dá lugar la creacion de las comisiones mistas, han acabado, como dice un autor moderno, con nuestro comercio de aquella parte del mundo, el que no volverá á reponerse mientras dure la prepotencia de una nacion y la tolerancia de las demás.

Francisco de Pau.

DE LA CITACION Á INSTANCIA DE PARTE.

Quando un juzgado, á instancia de parte, cita á alguno para que reconozca su firma ó deuda, y prepare así la accion ejecutiva, ¿es obligatorio que el citado asista y declare?

La duda que presentamos á la consideracion ilustrada de nuestros lectores, se halla de hecho resuelta en sentido afirmativo; pero eso mismo nos impulsa á escribir, porque lo conceptuamos poco conforme con las leyes.

Es obvio que esta clase de juicios, si juicios pueden llamarse, se introdujeron en beneficio esclusivo del acreedor; y la moderna ley de Enjuiciamiento civil conserva en un todo esa tendencia. Facilitar y abreviar el cobro de la deuda cuando aparece, limitando, á nuestro dictámen, con escésivo rigor los medios y los plazos de escepcion, hé aquí el manifiesto-propósito y rumbo de la tramitacion actual. Ella señala tres clases de títulos que dan entrada á este terrible procedimiento, la escritura pública, la firma reconocida y la deuda confesada, y en esas tres clases comprende todos los casos del mútuo ó préstamo: ella cae de sorpresa sobre el perseguido, embargando su dinero ó bienes por principal y costas, y le apercibe el remate aunque esté ausente: aquí suspende la accion solos tres dias para que el deudor pueda oponerse, por medio de procurador, y no de otro modo; si en tan angustioso plazo no ha podido averiguar que se necesita representante, ó habilitarlo, le niega la defensa: si se opone, le concede cuatro dias para alegar algunas de las causas *admisibles*, cerrando los oidos del juez á toda otra, por razonable que fuere; señala para su prueba diez mas, y termina el juicio, haciendo imposible hasta la apelacion suspensiva en caso de condenar al reo, siempre que el actor dé fianza.

Pero ya que la ley es tan rígida con quien tiene la desgracia de deber, sabe Dios por qué y con cuáles condiciones, es tambien por lo mismo de interpretacion estricta y de aplicacion rigorosa, debiéndose presumir que no quiere lo que no manda. ¿Y manda, por ventura, que tales juicios se multipliquen, ó que se reduzcan á los tres medios de ejecucion los variados lances de la vida? De ningun modo: la ley dispone que, una vez dentro de ellos, se proceda en

esa forma tirante; pero nunca establece que la autoridad empuje al deudor de buena fé hácia tal derrumbadero: y decimos *deudor de buena fé*, porque al malicioso le importa poco el formidable aparato que se le presenta, debiendo ser muy otro el rumbo para con él. Lo único que autoriza el art. 942 es, que *se pueda pedir* la confesion judicial ó el reconocimiento de firma, y que *deba ordenarse* sin examen la declaracion solicitada, bajo juramento indecisorio, no es poco, ciertamente; pero la práctica avanza mucho mas allá. Ordena la comparecencia á declarar, no parece sino que la causa interesa á la jurisdiccion, y que á todo trance debe ser obedecida: piérdese de vista que la posicion de los jueces los eleva sobre las personas y las cosas, á una altura donde no llegan jamás las aspiraciones privadas, único móvil aquí de su conducta; y amalgamando la ley, la autoridad y el derecho particular de quien las invoca, se muestra una actitud imponente contra el que resiste, siquiera lo haga con timidez por medio de la escusa y del pretesto. Así pues, el citado que no acude al llamamiento, se encuentra castigado con multa, apercibido y en peligro de ser tratado como desobediente. Lo propio sucede si se presenta y resiste declarar: por manera que el precepto legal *puede pedirse y debe ordenarse* la declaracion, queda convertido en que *debe irremisiblemente prestarse, y esto con palabras terminantes* que dan márgen, si no fueren exactas, á una fácil estension de los arts. 244 y 249 del Código penal.

Semejante conducta dá margen en la vida comun, á los abusos mas repugnantes de parte del acreedor, seálo aparente ó verdadero. Bajo nuestra direccion han corrido casos de no haber querido recibir el pago, y en seguida ejecutar al que ansiaba hacerlo, y aun cuando este consignó la suma total reclamada en el acto del requerimiento, la ejecucion prosiguió adelante, porque reconocida la firma, se dice, debe marchar; y porque, la escepcion aun cuando resulte probada, y hasta confesada por el ejecutante, no es ninguna de las de ley. Sufre, pues, el demandado, sin culpa y sin escape, las costas y el descrédito que en especiales situaciones es de consecuencias incalculables. Otros muchos ejemplos pudieran citarse, atendibles bajo mil aspectos; pero abusaríamos de nuestros lectores, y falsearíamos el propósito de este artículo, que es demostrar la razon de la práctica introducida.

Con efecto, la igualdad y libertad de los litigantes, exigen que, pues uno de ellos reclama el auxilio judicial en su provecho, el otro

pueda utilizarlo en igual sentido; que si aquel pide y consigue un llamamiento á juicio, este puede oponerse sujetándose á las consecuencias legales de su conducta; que si el acreedor, en fin, halla cómodo que el mismo ejecutado le dé preparada la accion ejecutiva, el deudor encuentre posible al menos, remitirle á otros medios de disponerla. El respeto al juzgado y la consiguiente obediencia, nada tienen que hacer en este asunto; la ley así lo reconoce y acepta, como veremos; por tanto es inconcebible el empeño á favor del primero que le interesó. Decimos que la ley admite el caso de resistencia, sin considerar por ello agraviado al juez; y es así: el artículo 22 establece lo que há de practicarse cuando alguno *no quiere* firmar la notificacion que se le hace por mandato judicial; y en los arts. 295, 296 y 297, se habla del litigante á quien su contrario pretende hacer confesar, como medio de prueba y él *se niega* á declarar, ó *dá respuestas evasivas*, ó *no quiere firmar* la declaracion, ó *persiste* en cualquiera de estas cosas á pesar del apercibimiento que se le haya hecho de tenerlo por confeso. Preciso es tomar en cuenta, que la jurisdiccion ó autoridad del juez, no son menos en el término de prueba que antes de principiár el litigio; al contrario, el llamado á preparar ejecucion, puede interponer la incompetencia, que no cabe despues de sometido el pleito al conocimiento del juzgado: mayor motivo habria, pues, para la conminacion con multa y para la vindicta del desacato en el término probatorio, ó en el emplazamiento comun; y cuando en estos casos no hay castigo que interese al noble oficio del juez, menos debe haberlo en la citacion preparatoria; y si entonces puede el llamado obrar contra los deseos de quien pidió se le llamase, con mayor copia de razon deberá permitírsele aquí. ¿Por qué, pues, no sucede lo que era de esperar? En nuestro concepto por una costumbre inveterada, viciosa y anti-filosófica que perturba las ideas. Ensayemos esplicarla.

El juicio ejecutivo moderno no es mas que una ordenada reforma para ciertos casos, del apremio y antiquísima vía de posesion que en la infancia del procedimiento se dió contra el moroso y contumaz, como remedio de sentido comun. En la legislacion romana, en la goda y en la española, tropezamos con este modo natural de hacer efectivo el derecho del querellosó; pero en todas ellas se descubre una triste verdad, á saber: que la persona jurídicamente deudora, ha sido siempre asunto de menosprecio en la consideracion social, con grave detrimento de la sociedad misma. Sabemos que en la ley

de las Doce Tablas (1), tenia el condenado á pagar, un plazo de treinta dias para cumplir la sentencia; si no lo hacia, el actor se apoderaba de él, le conservaba preso otros sesenta, y en tres de mercado mandaba pregonar su nombre y el importe de la deuda, por si habia quien le facilitase la caucion ó fianza conveniente: no dando resultado, era su esclavo; le podia matar ó venderlo al extranjero; y concurriendo muchos acreedores (2), tenian la facultad de cortarle en pedazos. No hay sin embargo ejemplo de semejante atrocidad. El derecho pretorio y el procedimiento por fórmulas que sustituyó al de las acciones de la ley, mitigaron este rigor (3), haciendo posible que el demandante se apoderase de los bienes (*missio in possessionem*) por medio de un decreto, y con auxilio de los oficiales de justicia, lo cual tenia lugar tambien (4) contra el ausente y el que se ocultaba ó se negaba á responder ante la autoridad: pero siempre quedó la esclavitud para el insolvente (5) por medio de la adjudicacion (*manus injectio*); si bien se le consideró como un mero trabajador forzado hasta amortizar la deuda, conservándole los derechos de ingenuo, prohibiendo las prisiones particulares como crimen de lesa majestad, é impidiendo que se estendiese la condena ó sus efectos á los hijos del paciente. Estas doctrinas importó en España la conquista, y fueron adoptadas por los godos sus nuevos dominadores. El Fuero Juzgo confirma el propio rumbo de ideas respecto al infeliz que debe, y le compara á los culpados: la ley de Recesvinto, 5.^a del tít. 6, lib. 5, establece que *el culpado de muchas deudas*, si no puede pagar á cada uno, sea siervo de todos; y si pagare á algunos, sea siervo de los demás. A esta miserable condicion vino á suceder la prision por deudas, no menos repugnante y dura. La ley 10, tít. 4.^o, lib. 3 del Fuero Viejo de Castilla, dispone en tono compasivo, que si el insolvente fuere preso, «el que lo ficiere prender devel dar cada dia de pan é del agua cuanto quisier:» y la 15 manda que no salga de prision *fasta que dé fiador*. Las leyes del Estilo, escritas sin duda para mejor inteligencia del Fuero Real, y conformes á la práctica mas autorizada, hablan en igual

(1) Gellius, XV, 13.

(2) Gel. XX, 1.

(3) Walter, Enj. rom. VIII, 2.

(4) Walter, VIII, 3.

(5) Rubria, c. 21, 22; Nov. 135, c. 1: L. 8, C. *qui bon céd.*

sentido. El propio Fuero Real refleja tal dureza con respecto al deudor, que la ley 15, tít. 20 de su lib. 3.º, trata del caso en que se refugia á la iglesia; previene no se le estraiga de ella sino acudiendo al clérigo; y causa duelo leer, que el clérigo «ruegue á aquel que demanda, que dé mayor plazo á aquel su deudor; é si no lo quisiere dar mas plazo, ruégele que le no denueste, ni le ligue, ni le hiera.» El Ordenamiento de Alcalá reconoce igual derecho (1); los fueros municipales participan de él, aunque con tendencia á modificarlo, y al prohibir severamente que los nobles y señores prendan por sí al deudor, manifiestan cuán cundida y arraigada se hallaba esta doctrina en España. El Fuero de Sepúlveda, uno de los mas famosos, dice en su tít. 19. «Et el sennor non prenda vecino, maguer sea vencido por su debdo propio, ó por calonna (multa); mas el juez lo tenga preso en su casa, fasta que pague lo que debe.»

Era, pues, el contrato civil un medio preparatorio de atentar á la libertad personal; y no debe maravillarnos que una furiosa reaccion de ideas (el socialismo y el comunismo) haya querido destruir por su base, en nuestros dias, todo derecho de propiedad, recordando que á tales cosas, y por tan largo tiempo, dió márgen. Con efecto, esa dureza no tanto se puede considerar introducida y perpetuada en ódio y desprecio del pobre, cuanto en ventaja y privilegio del rico, del poderoso: cuando el acreedor no tenia este carácter social, el principio era ya muy distinto: así vemos escrito en la ley 20 del Estilo. «El abogado por su salario, si aquel que ha de dar salario no ha bienes de que lo pague, no gelo dará preso: vaya el ayuda que le fizo por el amor de Dios.» Por manera, que mientras el demandado conserva su posicion de litigante, y es dudoso el triunfo, la ley procura igualarlo con el demandante y le dispensa la mayor consideracion. Solo él con su adversario, ó bien el príncipe y sus representantes, eligen juez que falle su pleito (2). Si el rey quiere encomendarlo á otro que no sea el natural, necesita el consentimiento de ambas partes (3): Las dos pueden recusarle por sospechoso (4): á la par del emplazado tiene obligacion el que le emplazó de acudir an-

(1) L. 5.ª, tít. 20.

(2) L. 13, tít. 1, lib. 2, F. Juzgo.

(3) L. 28 del Estilo.

(4) L. 22, del Est.

te la autoridad (1): el malicioso emplazador sufre pena (2): finalmente, si el emplazado no quiere comparecer, la vía de asentamiento, ó la multa, con el mayor castigo que la ley permite, en lugar de los treinta azotes que el Fuero Juzgo (3) mandaba dar (4); y esto, por razon del desprecio que se creía hacer al alcalde, rey ó señor; de donde se llamó pena del *desprez*. Conserva, pues, su dignidad, se mantiene á nivel de su adversario; pero desde el momento de la sentencia, ó de la confesion en juicio (5), todo cambia de aspecto; ya solo se trata de un *sometido* por razon de la deuda, y se creen excusadas las contemplaciones, puesto que su persona, sus bienes y hasta sus hijos pertenecen al acreedor ú obligante: y la ley abrumba al perseguido, para evitarle mayor opresion de parte del perseguidor.

Ni esto se circunscribe á las épocas y naciones que hemos recordado; antes parece como enfermedad endémica, ó tendencia innata de la humanidad: el mismo pueblo de Dios (6) profesó estas máximas, y Eliseo multiplicó el aceite á la pobre viuda, para que tuviese de qué pagar á sus acreedores, preservando así á sus hijos de la esclavitud. Desde este punto de vista adquieren un valor práctico, lleno de caridad y uncion, además del sentido místico y principal, aquellas divinas palabras que el Salvador enseñó á los judíos para que las repitiesen en su oracion; «perdona nuestras deudas, como nosotros perdonamos á nuestros deudores.»

Bajo tales auspicios, nace el juicio ejecutivo, como medio de hacer cumplir cualquier fallo judicial, ora verse sobre deudas, ó sobre otro contrato; por eso se llaman *cartas ejecutorias* los preceptos del magistrado que ya no admiten controversia (7). Para obligar á la entrega ó pago, se interponia la accion cuya fórmula ha durado hasta nosotros, *contra la persona y bienes* del sentenciado ó confeso; si bien la ley y la práctica inclinan desde que lo regularizan, á que se

(1) L. 4, tít. 2, lib. 2, F. Juzgo: l. 6, tít. 4, lib. 2, F. Real: l. 4, tít. 3, Ord. de Alcalá: 21 del Est.

(2) Ll. 1 y 2, tít. 2, Ord. de Alcalá.

(3) L. 17, tít. 1, lib. 2.

(4) L. 3, tít. 1, lib. 3, F. Viejo: l. 4, tít. 2, Ord. de Alcalá.

(5) Ll. 5 y 6, tít. 4, lib. 3, F. Viejo: l. 1, tít. 7, lib. 2, F. Real.

(6) Fléury; Costumbres de los Israelitas, c. 24.

(7) Gomez Negro, Prác. forense, p. 163 y 171, citando las leyes recopiladas: l. 19, tít. 22, p. 3.^a

aplique especialmente á las dendas, y por ello exigen los autores desde el principio, que sea líquida la cantidad. La preponderancia del acreedor, que desde la ley romana era el único apto para apoderarse de una persona (1), hace que á él, y no al alguacil directamente, se entregue el mandamiento de ejecucion, so pena de nulidad (2). Pero veintitres siglos de esperiencia dejan por fin entrever los males públicos que resultan de encarcelar al deudor, perteneciente por lo comun á las clases mas útiles, ó de quitarle los medios de trabajar, y vemos exentos á los labradores y operarios, por privilegio á los nobles y doctores, y por compasion á los que ceden sus bienes, quedando tambien exceptuados de embargo los aperos y bestias de labor, los tornos, telares é instrumentos de la industria, los caballos, armas y sueldos de los militares, los navíos que traen mercaderías, y los libros de los hombres científicos. Por lo demás, el rigor legal no cesa hasta la consumacion de la obra: pocas y difíciles excepciones se conceden al ejecutado con un angustioso término de prueba, y solo la fianza de la ley de Toledo le presenta algun remedio tardío é insuficiente contra la ruina sufrida.

El enjuiciamiento civil moderno se resiente de estas costumbres jurídicas, aun cuando las modifica; pero ya que ha creído justa, si se quiere conveniente, la adopcion de tales máximas, siempre que el deudor se coloca en uno de sus tres casos, al menos los jueces no le precisen á colocarse; que esto no lo manda la ley, y por su naturaleza es de interpretacion estricta. Consideren que no se trata del bien público, ni obran en nombre de la sociedad, sino del particular que mil veces abusa á su sombra, y permitan que el citado no comparezca, ó resista declarar en su beneficio, á la manera que el demandante se lo exige en ventaja propia: si se niega el llamado á darle la prueba hecha, válgase de otros medios, y no se obstine, auxiliado del juzgador, en arrancar semejante inmenso provecho. Así lo practican por disposicion legal los jueces de paz, y antes los alcaldes, en las conciliaciones, sin que por eso se deprima su autoridad, respetrable como la de los juzgados. Tengan entendido, que la administracion de justicia se hace odiosa por la manera de aplicarla, y debe elevarse á la altura que le corresponde. No crean que por ello se privará de sus derechos al acreedor, que harto sabe buscar

(1) Gel., XX, 1.

(2) L. 10, tit. 28, lib. 11, Nov. Rec.

garantías, aun dentro del Código penal: lo único que sucederá, y será altamente ventajoso, es que se cuidará de reducir á escrituras solemnes los préstamos; ó bien que se llevarán preparadas pruebas al tribunal, ya que para el demandante no está tasado el tiempo; y el deudor cuando caiga bajo las severas prescripciones de la ley, vendrá vencido por la justicia, nunca por las formas del procedimiento que frecuentemente la eclipsan; en una palabra, traerá merecida su suerte.

Eduardo Gomez Santa María.

DE LAS ESPOSICIONES RAZONADAS SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY.

La Comision de Codificacion presentó en junio al Gobierno el Proyecto de Ley hipotecaria (1) acompañándole de una esposicion razonada de los motivos que habian aconsejado las grandes y radicales reformas que proponia en nuestro derecho antiguo. Separóse en esto la Comision de lo que hasta aquí se habia hecho contrabajos de igual clase, pues que ni el proyecto del Código penal ni el de la ley de Enjuiciamiento civil fueron de este modo presentados al Gobierno. El Ministro de Gracia y Justicia creyendo que la esposicion de los motivos es un dato importante para ilustrar la discusion y comprender la estension, espírita y enlace de todas las disposiciones del Proyecto, la ha llevado á las Córtes, diciendo que la estima como *el mejor preámbulo y mas autorizado comentario de la ley*. Esta declaracion dá á los Motivos un valor superior al que tendrian por sí solos; valor que se aumentará si en la discusion de los Cuerpos Colegisladores se les dá la misma importancia; considerados en sí mismos tendrian un valor doctrinal: considerados como la esplicacion de la ley por los altos poderes del Estado, tendrian además la autoridad mayor que pueden llevar las obras de su clase.

¿Y es esto conveniente? ¿es preferible razonar estos proyectos, como sucede en el presente caso, al de presentarlos desuados de todo preámbulo y de todo comentario?

(1) Mas adelante insertamos este importantísimo Proyecto y las esposiciones á que aquí nos referimos.

Séneca no era partidario de que las leyes fueran razonadas: recomendando su brevedad, para que pudieran mas fácilmente grabarse en la memoria de las personas imperitās, pretendiendo que fueran consideradas como una voz descendida del cielo, queria que mandasen, no que discutiesen: en su concepto nada habia mas frio, nada mas insustancial, que una ley con prólogo (1). Así discurría el filósofo cortesano de Neron, y no estaba desprovista de fundamento su opinion en vista de los preámbulos de algunas leyes, que, lejos de conducir á la inteligencia de la parte preceptiva, son ajenos al espíritu del legislador, y aun á las veces lo contradicen.

La opinion de Séneca prevaleció en el Fuero Juzgo. En la ley primera del título que trata *del legislador* (2), al hablar del arte con que las leyes deben ser formadas, quiere que se huya en ellas de toda polémica, y que con frases sencillas y puras se espresen los preceptos que contengan. Mas concisa aun y mas enérgica es la ley segunda, al inculcar la misma regla: *Formandarum artifex legum non disceptatione debet uti sed jure* (3). El pensamiento es el mismo de Séneca: las palabras semejantes.

No era sin duda de esta opinion nuestro gran legislador del siglo XIII. La mas importante de sus obras, el colosal Código de las Siete Partidas lo demuestra: objeto de crítica ha sido en los tiempos modernos el empeño de razonarlo todo y de aparecer en las palabras del legislador que manda las miras del filósofo, las investigaciones del historiador y las pretensiones del erudito.

El célebre canciller Bacon, que sin duda fué una de las inteligencias superiores del siglo XVI, participó tambien de la opinion de Séneca y del Fuero Juzgo, si bien la modificó, atendida la época en que vivia y la forma del gobierno de su patria: *si pudieran sostenerse las costumbres antiguas, nos dice, no me agradarian los*

(1) *Legem enim brevem esse oportet quo facilius ab imperitis teneatur velut emissa divinitus lex sit. Jubeat non disputet. Nihil videtur mihi frigidius, nihil ineptius quam lex cuam prologo.* (Epistola XCIV).

(2) Ley 2, tít. I, lib. I. *Neque syllogismorum acumine figuras imprimet disputationi, sed puris, honestioque præceptis modeste statuat articulos legis: ó como dicen los Códices romanceados que non sea fecha por sofística de silogismos, nin por desputacion, mas sea fecha de buenos é honestos comendamientos.*

(3) No es tan clara como el texto latino la version castellana de los Códices romanceados: *El fazedor de las leyes non debe facer el derecho por diputacion, mas debe facer el derecho.*

prólogos de las leyes, considerados antiguamente como ineptos (1) y que introducen leyes disputadoras, no preceptivas (2). Pero el ciudadano inglés sabia muy bien que esto no satisfacía á su país, y reconocia la necesidad de motivar las leyes, si bien en su concepto no era para explicarlas, sino para aconsejarlas al parlamento y para satisfacer á la espectacion pública (3). Pero dominado siempre de la misma idea, queria que á pesar de esto los prólogos se evitaran en cuanto fuera posible y que la ley contuviera preceptos solamente (4).

Otro juriconsulto inglés de nuestro siglo, Jeremías Bentham, se encargó de contestar á su compatriota, y con energia combatió la opinion de los que pretenden que solo se vea en la ley el carácter de la autoridad absoluta. Hé aquí sus palabras explicando las causas que movieron al célebre canciller á opinar como lo hizo. «El »canciller Bacon, este gran restaurador del entendimiento humano, »no queria que se motivaran las leyes, y no veía en ello mas que »un gérmen de disputas y un modo de debilitarlas. En esto pagaba »un tributo á las ideas de su siglo, y sobre todo al príncipe de »quien era cortesano. La sabiduría de los reyes no debia ser pues- »ta en duda: *Sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*: esta era su »divisa. Es menester convenir que en la época de Bacon las nocio- »nes sobre el principio de las leyes eran imperfectas para poder »servir de base á un sistema razonado. Nadie mas capaz que él de »conocer la debilidad de las mejores razones que podrian darse pa- »ra justificar la mayor parte de las leyes existentes: no debian suje- »tarse á una prueba que no podian resistir.»

Contra la opinion de Bacon podemos tambien citar la autoridad de d'Aguesseau cuando dice que la verdadera doctrina que consiste en penetrar en el espíritu de las leyes es superior á su mismo conocimiento.

(1) Alude sin duda á la calificacion que hizo Séneca de los prólogos de las leyes.

(2) Neque nobis prologi legum, qui inepti olim habiti sunt, et leges introducuut disputantes, non jubentes, utique placerent, si prisicos mores ferre possemus.

(3) Sed prologi isti legum, plerumque (ut nunc sunt tempora) necessario adhibentur, non tam ad explicationem legis, quam instar suasionis, ad perferendam legem incomitiis; et rarius ad satisfaciendum populo.

(4) Quantum fieri potest tamen prologi evitentur, et lex incipiat á jussione.

La sociedad en nuestros días mas exigente que en los tiempos que pasaron, no se contenta con ser gobernada, sino que quiere ser bien gobernada; no basta darle leyes, es menester que¹ estas sean las mejores posibles, atendida la época y las circunstancias; no obedece en silencio, entra por el contrario en investigaciones sobre la justicia, la utilidad y la conveniencia de los preceptos legislativos; eminentemente discutidora; lleva el exámen y la polémica á todas las cuestiones sociales, políticas y civiles. La ley no hiere ahora de improviso como un rayo á los que han de obedecerla: suelen prepararle el camino trabajos científicos y razonados que, ilustrando la opinion pública, allanan el paso al legislador y hacen que su obra sea esperada y hasta deseada. En las asambleas deliberantes de los pueblos regidos constitucionalmente como el nuestro, encuentran eco los sistemas diferentes que dividen á los hombres de la ciencia, se ponen unos en frente de otros, y en la lucha salen vencedores los que por acomodarse mas á las necesidades y condiciones de la sociedad actual, consultan mejor á la conveniencia pública, y ofrecen ventajas mas prácticas en su realizacion. Querer que el principio de autoridad sola y exclusivamente domine al mundo, es hoy un imposible. Bajo este punto de vista seria insostenible lo que en otros tiempos hubiera presentado menos dificultades.

Pero prescindiendo de las consideraciones especiales de la época que alcanzamos, creemos que es conveniente que aparezcan los motivos que tiene el legislador, especialmente cuando se trata de hacer reformas radicales. La ciencia del derecho no consiste en tener el conocimiento de la letra de las leyes; un hombre dotado de una memoria felicísima, podria entonces á poca costa aparecer como un gran jurisconsulto, aunque no comprendiera su filosofía, á pesar de que nuestros padres le llamaban por desprecio leguleyo. El verdadero conocimiento de las leyes está en su espíritu, no en las palabras de que el legislador se vale para espresar su voluntad soberana: *el saber de las leyes* (1), dice el Rey Sábio, *non es tan solamente en aprender é decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas*: y antes habia escrito: *entenderse deben las leyes bien é derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento dellas á la mas sana parte é mas provechosa*,

(1) Ley 13, tít. 1, Part. I.

segund las palabras que y fueren puestas. La ley se quebranta aun cuando se dé culto aparente á sus palabras, si se desatiende la intencion del legislador, por lo que cuando su letra y su espíritu aparecen en contradiccion, debe estarse al espíritu (1) que es el pensamiento legislativo. *Saber las leyes*, decia el juriconsulto Celso, *no es retener en la memoria sus palabras, sino conocer su fuerza y su valor* (2). Para esto necesario es ~~propone~~ en la intencion del legislador, investigar el objeto ~~que se propone~~, estudiar los principios en que se funda y examinar con cuidadoso afan el modo de desarrollarse. ~~Para facilitar esta, ya en las con-~~ ~~diciones de las leyes, como vemos con frecuencia en~~ ~~las recopilaciones, ya á los razonamientos mezclados con el precepto~~ ~~legislativo como en las Partidas, ya á las exposiciones de motivos~~ ~~de las Comisiones encargadas de la preparacion de la ley ó en las~~ ~~que el Gobierno hace aconsejando su adopcion, como sucede en la~~ ~~actualidad frecuentemente entre nosotros. Con el mismo objeto~~ ~~hemos visto tambien publicarse las discusiones de que ha nacido la~~ ~~ley y en que se ven la formacion del pensamiento del legislador,~~ ~~su sucesivo desarrollo, las dificultades con que ha tenido que lu-~~ ~~char, su predileccion á las veces por teorías que se ha visto en~~ ~~el caso de desechar al tratar de ensayarlas en la vida civil, las~~ ~~causas que le han movido á conservar lo antiguo, á reformarlo,~~ ~~ó á proscribirlo por completo, la verdadera significacion que~~ ~~quiere dar á las palabras que emplea, la estension y límites del~~ ~~precepto, en fin, todas las laboriosas tareas en que se ha empe-~~

(1) Fragmento tomado del juriconsulto Pando en la ley 29, tít. III, libro I. del Digesto. *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem verò qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit.* Este fragmento se completa con otro del juriconsulto Ulpiano, que está tambien en el Digesto (ley 30 del mismo título y libro), que dice: *fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit.*

Fragmento tomado del mismo juriconsulto (ley 19, tít. IV, lib. X del Digesto). *Respondit, non oportere jus civile calumniari, neque verbis captari, sed, quæ mente quid dicatur, animadvertere convenire.*

Los emperadores Teodosio y Valentiniano se espresan acerca de este punto en los términos siguientes: *non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis vitatur voluntatem. Nec pœnas insertas legibus evitaat, qui se contra juris sententiam sæva prerogativa verborum fraudulenter escusat.* (ley 5, tít. XIV, lib. I, del Código *repetita prædilectionis.*)

(2) *Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem* (ley 47, tít. III, lib. I del Dig.)

ñado hasta llevar á término su obra. En manos de todos corren los motivos y discusiones del Código civil francés, los notabilísimos discursos y discusiones en el Consejo de Estado, en el Tribunalado, y en el Cuerpo legislativo á que tantas veces se acude en el vecino Imperio para fijar el sentido de una ley dudosa, y es aquí muy conocida tambien la publicacion que de los demás trabajos de la Codificacion francesa en el primer imperio hizo el baron de Loaré, publicacion de un gran valor para las naciones regidas por los códigos franceses, para las que con pocas variantes los han adoptado, y aun para las que no han seguido el ejemplo de la Francia. Bentham quiere que al lado de la ley haya un comentario razonado, y el reino de Baviera ha dado el ejemplo de poner un comentario oficial, cosa semejante á lo que se hizo en tiempo de Alarico en el Breviario de Aniano. Se vé, pues, cuan general es la opinion de que el precepto del legislador debe ir acompañado de documentos, trabajos y consideraciones que descubriendo bien su espíritu faciliten su inteligencia y preparen su aplicacion.

¿Y serán solo estas las ventajas que resultan del conocimiento de espíritu de las leyes? ¿Cuál es la causa principal de que sea reputado el estudio del derecho como tan árido y aun de que algunos crean que requiera mas memoria que talento? Es principalmente por el dogmatismo severo, tan comun en los libros de jurisprudencia, que mas ocupados en la letra del precepto legislativo que en su espíritu, miran, sino con desprecio, con indiferencia al menos, la historia de las leyes, su filosofia, las ideas de la época en que se dictaron, los errores y las preocupaciones del legislador, la conveniencia de su continuacion ó la necesidad de reformarlas. Es cierto que no debe pretenderse dar razon de todo lo que el legislador escribe: lo que lleva en sí el asentimiento universal, está justificado y no necesita explicarse; el legislador no lo crea, lo respeta, lo supone y así á las veces le dá una nueva sancion espresa. Dice d'Aguesseau á este propósito, que no debe pedirse cuenta de las creencias de nuestros antepasados ni ponerse en cuestion lo que está reconocido por el consentimiento unánime de la humanidad, pero no por huir de ese extremo ha de evitarse investigar el principio racional de las instituciones y de las leyes por que se rigen los Estados.

Quando el estudio de las leyes se hace de esta manera, desaparece la aridez que fatiga á los que lo cultivan; la participacion que se tiene en los secretos del legislador, alienta para seguirlo hasta las

últimas consecuencias que emanan de los principios fundamentales de su obra: la imaginacion se pone en actividad; el talento se ejercita, y la memoria no necesita hacer tantos esfuerzos; porque la filosofía de la ley, mas fácil de retener que su texto, impide que este se olvide por completo. Bien entendido el estudio de las leyes de un país encierra en sí el conocimiento de su historia social, política y civil, los principios universales de la moral y del derecho: es un estudio profundamente filosófico. Bentham ha dicho á este propósito: «la esposicion de las razones de las leyes» facilita su inteligencia: una disposicion cuya causa se ignora no «se arraiga tan profundamente en la inteligencia: no se comprenden bien las cosas cuando se ignoran sus causas: los términos de «la ley pueden ser claros y hasta familiares, pero la luz se aumenta «cuando al lado del precepto del legislador está la razon de la ley, «porque entonces ya no puede haber duda sobre la verdadera intencion del legislador: la inteligencia de los que la leen se pone «en comunicacion inmediata con aquellos que la formaron. Cuanto «mas fácilmente se entienden las leyes, mas posible es retenerlas «en la memoria: las razones son una especie de memoria técnica «que sirven de lazo y de cimiento á todas sus disposiciones, que «sin ellas no serian mas que fragmentos y ruinas dispersas. Las «leyes, por sí solas pueden compararse á un diccionario de palabras: las leyes acompañadas de las razones en que se fundan, son «una especie de lengua cuyos principios y analogías se conocen.»

Revelar el espíritu de las leyes, cuando esta revelacion procede del que las forma, evita además interpretaciones arbitrarias é inmotivadas, cierra la puerta á abusos que de otro modo van prevaleciendo en la práctica á la sombra de la letra de las leyes, dá un criterio seguro á los que han de aplicarlas para suplir su insuficiencia en los casos que no están comprendidos en sus palabras, hace respetable la autoridad de las que son buenas, y les presta desde su origen un prestigio y una fuerza semejante á la de las instituciones antiguas que están incrustadas en la vida del pueblo á que se dieron, y es un aviso continuo, eficaz y perpétuo que escita la reforma de las malas.

Partiendo, pues, de la conveniencia de que aparezca el espíritu del legislador, ¿cuál es el medio mas ventajoso para conseguirlo? Desechamos desde luego toda expresion de motivos y doctrinas que estén dentro de la misma ley, bien sea en su preámbulo, bien mez-

clada con las reglas que establece. El precepto del legislador debe estar redactado con cuanta concision sea compatible con la claridad: toda palabra que no es absolutamente indispensable en el texto de la ley, sobre rebajar su magestad, daña á su inteligencia: no debe formar un solo cuerpo lo que se ordena que es propiamente la ley, con la esposicion de las razones que ha habido para ordenarlo, que son los motivos de la ley. Esta mezcla produce la confusion, y hace que lo que es la causa de las leyes se tome frecuentemente como ley. Ejemplos presentan de esto algunas leyes nuestras, á que, contra la voluntad del legislador, pero siguiendo sus razonamientos, se les ha dado una estension que no se les habia querido otorgar. La ley solo, pues, debe comprender al precepto, bien sea imperativo, bien prohibitivo.

Tampoco somos partidarios de los comentarios legales, ó de los racionales, como quiere Bentham, escritos por el legislador. A las razones que dejamos indicadas al hablar de los motivos espuestos dentro de la ley misma se agrega que este sistema haria demasiado voluminoso el cuerpo de leyes de cualquier país y que dañaría á la claridad de su conjunto.

Parécenos preferible el sistema de la publicacion de las esposiciones de los motivos que han tenido en cuenta los encargados de preparar las leyes, y de las discusiones de los cuerpos en que se han debatido. Estos cuerpos pueden ser de dos clases: científicos unos, en que por su índole sobresale el carácter técnico y que son llamados á preparar lo que los cuerpos políticos que son parte del poder legislativo examinan despues, y adoptan, si lo creen conveniente al país para que legislan. Las discusiones de los cuerpos científicos, nunca han visto en España la luz pública: discusiones concienzudas y modestas al mismo tiempo que diffeiles y de gravísimas consecuencias en el órden moral, civil y aun en el político apenas se conservan en la memoria de los que toman parte en ellas: las luminosas observaciones de una sesion se olvídan con las impresiones de las sesiones que siguen: por lo mismo que no hay en estas reuniones la pretension de hacer discursos de grandes formas, ni de producir efectos deslumbradores, ni de arrebatat aplausos, las reflexiones son concretas, la polémica, aunque animada á veces, no es apasionada; todas las opiniones son escuchadas, y los mismos que en el campo de la política parecen mas alejados en opiniones, se entienden con facilidad en las pacíficas tareas de la ciencia á que to-

dos se hallan consagrados. No serian, pues, ociosos para la inteligencia de la ley los debates de estos cuerpos, si de ellos quedara un extracto suficiente á formar idea exacta de las discusiones. Mas ya que esto no se haga tal vez con el loable fin de dar mas libertad á la emision de las ideas, quitando á las sesiones el carácter solemne que no podrian menos de tener, si de todas las indicaciones, de todos los argumentos, de todos los aciertos y de todos los errores se tomaran notas taquigráficas, lo que tal vez retraería de hacer algunas observaciones á jurisoconsultos eminentes, pero modestos y tímidos, aprovéchese la luz que para comprender el espíritu de la ley arrojan las esposiciones que en determinados proyectos elevan al Gobierno. No son ellos en verdad los legisladores; pero son sin duda los mas competentes para explicar sus pensamientos, y para atestiguar perpétuamente qué principios prevalecieron en la formacion de los proyectos que redactaron con una atencion, con una asiduidad y con un detenimiento que no les puedan dedicar los cuerpos políticos, por celosos que sean, distraidos por otra multitud de atenciones legislativas y por las continuas cuestiones de la política militante. En las comisiones científicas, como en la de Codificacion, no es lo mas el debate de los principios, lo es el modo de desenvolverlos, y la forma de espresarlos: no hay una palabra que no sea estudiada y elegida como la mas conveniente para espresar la idea que envuelve: no hay una coma solamente que esté puesta impremeditadamente. De aquí que no se hagan los proyectos de ley con la celeridad que algunos impacientes quisieran: para ellos formular, por ejemplo, el Código civil es tan fácil como redactar un reglamento de administracion, ó un bando de policía. La autoridad, pues, de las esposiciones de Motivos, hechas por los cuerpos científicos, es de grandísimo peso.

Los cuerpos políticos que legislan no pueden descender á tantos pormenores: bastante exigir de ellos es que examinando los principios fundamentales de las leyes que en su redaccion no pueden menos de ser rigurosamente técnicas, eleven las discusiones á la altura á que lo hacen generalmente entre nosotros con aplauso general; son sin duda los cuerpos mas competentes para juzgar de la conveniencia ó inconveniencia de las reformas consideradas en su conjunto, y en sus disposiciones principales: sus discusiones que ven la luz pública deben ser estudiadas por los que han de aplicar las leyes que las promovieron, pero ha de cuidarse de no tomar la

que solo es la opinion individual del diputado ó del senador, y aun la del ministro de la Corona, como si fuera la del cuerpo colegislador en que se emite; esto llevaria á consecuencias que en último resultado vendrian á falsear la letra y el espíritu de las leyes.

Pocas veces descienden los cuerpos políticos á discutir detenidamente todas las disposiciones de leyes tan complejas como los códigos ú otras de grande estension y de riguroso tecnicismo. No es este lugar de examinar las causas que así lo aconsejan: el ejemplo de la discusion del Código penal de 1822, que por tanto tiempo duró en las Córtes, compuestas entonces de un solo cuerpo, difícilmente volverá á repetirse. Los reglamentos de nuestras asambleas legislativas facilitan la discusion de estas leyes, que de otro modo no seria posible: á la discusion de los artículos sustituye la de los títulos ó capitulos, si bien la votacion recae individualmente sobre aquellos. De aquí que pocas veces se descienda á pormenores puramente científicos, ni aun á los de aplicacion: la discusion principalmente versa sobre los principios fundamentales, y aun sobre los de segundo orden: los artículos de la ley no suelen gozar de esta ventaja, aunque sean muy trascendentales, é introduzcan reformas, sino tan relumbrantes, no menos radicales. Para esto son utilísimas las esposiciones de Motivos hechas por los cuerpos científicos que han preparado las leyes, especialmente si lo hacen con alguna estension, como lo ha verificado la de Codificacion al presentar su Proyecto de ley hipotecaria.

¿Y cuál será el valor de esta esposicion en el dia en que el Proyecto presentado llegue á ser ley? ¿Será un comentario auténtico de ella? Este es un punto sobre el que no creemos ocioso dar alguna esplicacion, y para ello conviene que fijemos bien la significacion que encierra la frase de *comentario auténtico*.

Cuando el Emperador Augusto, mirando con desconfianza la gran popularidad de que gozaban los jurisconsultos, y la influencia justa que ejercian por la sabiduría de sus respuestas en las cuestiones de derecho civil, quiso rebajar su importancia, discurrió el medio de autorizar á algunos para que en su nombre consultáran, y declaró que sus respuestas eran obligatorias para los jueces. De este modo, al mismo tiempo que hacia que fueran menos estimados los dictámenes de aquellos que no tenia por adictos, revestia con el sello de una especie de autoridad pública los de los jurisconsultos á que queria favorecer. A estos jurisconsultos se hubiera dado en

nuestros dias el nombre de *auténticos*, como si digéramos de fé cierta y de autoridad incontestable. Esponer las vicisitudes por que pasó en Roma esta autoridad, nos separaria de nuestro propósito; bástanos decir, que la constitucion de los Emperadores Teodosio II y Valenttiniano III, á que se suele dar el nombre de *ley de citaciones*, fijó de un modo definitivo la fuerza que debia darse á las respectivas opiniones de los jurisconsultos antiguos en el caso de que entre ellos hubiera discordancia.

A imitacion de lo que sucedió en Roma, hubo un tiempo en que en España habia tambien jurisconsultos auténticos. D. Juan I, al ordenar que en los tribunales no pudiera citarse mas que la autoridad de Bártolo y de Juan Andrés, abrió este camino: D. Juan II lo ensanchó al ordenar que en el foro no pudiera alegarse mas autoridad ni glosa que de los doctores canonistas ó legistas anteriores á Bártolo y á Juan Andrés, y como si estos hubieran pronunciado la última palabra de la ciencia, añadia que tampoco podrian citarse as opiniones de los *doctores que de aquí adelante fueren*. Los Reyes Católicos fueron mas allá en la Ordenanza de Madrid de 1499, en que fijaron la autoridad que respectivamente debian tener las opiniones de Bártolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad Panormitano. No puede negarse que el deseo de poner término á las dificultades que en el foro ofrecia la divergencia de las opiniones de los jurisconsultos de los siglos XIII, XIV y XV, fué lo que promovió la solicitud de los reyes para adoptar estas medidas; pero el medio no conducia al fin que se proponian: no debia el juez buscar el espíritu de la ley ni su interpretacion; habia de desentenderse de esto: bastaba que hubiera duda para que tuviera que subordinar su razon á la de un jurisconsulto de los autorizados en la Ordenanza: la autoridad particular, pues, vino á reemplazar á la pública: la opinion de un sabio, á la ley: el juez no podia tener opinion propia; por eminente jurisconsulto que fuese, por fijo que fuera su dictámen en un punto dado, tenia que renunciar á él, ponerse en contradiccion con su conciencia, y adoptar como propias las opiniones ajenas, por mas que no le parecieran ajustadas á la verdadera inteligencia que á la ley debia darse. No es estraño, pues, que los Reyes Católicos, tan celosos por el bien de los pueblos, convencidos de los males que producia su pragmática, pocos años despues se determinaran á reformarla: su error era disculpable; porque lo era de la época: gloria merecen por haberse prestado dócilmente á cor-

regirlo, tan luego como se apercibieron de sus inconvenientes.

Desde que se publicaron las leyes de Toro desaparecieron entre nosotros los juriscultos auténticos: ya no hay autoridad legal en las opiniones de ningun jurisculto: su fuerza dimana sola y esclusivamente de las razones en que se funda: el que logra llevar la conviccion al ánimo de los jueces, es el que prevalece: no se cuentan los que opinan en cada sentido, sino que se pesan sus racionios. Mal, pues, haríamos en querer resucitar hoy lo que hace mas de tres siglos y medio que se rechazó como malo: mal haríamos en reproducir, aunque bajo distinta forma, la olvidada institucion de los juriscultos auténticos.

Y así lo ha comprendido el Gobierno: con cuidadosa diligencia se ha limitado á decir que la esposicion de motivos de la Comision de Codificacion es en su concepto el mejor preámbulo y mas autorizado comentario de la ley: ha dejado abierto el palenque de la ciencia; no ha cerrado la puerta á apreciaciones mas exactas que se puedan hacer sobre el verdadero sentido de algunas disposiciones legales. Y con razon, porque los motivos de la ley no son la ley, aunque sirven grandemente para explicarla y facilitar su inteligencia: su autoridad es meramente doctrinal, si bien muy fuerte bajo este concepto, porque dimana de los mismos que han formado el proyecto de ley, y que son tan competentes para esponer las razones que los han movido, el espíritu que los ha animado en todas y en cada una de las disposiciones que han presentado articuladas. Pero no se puede confundir el valor doctrinal de estas opiniones con el legal que tendria un comentario auténtico: serán sin duda de gran peso en el foro, pero no podrán forzar la conviccion de los magistrados.

Pedro Gomez de la Serna.

PROYECTO DE LA LEY HIPOTECARIA (1).

À LAS CÔRTES.

Convencido el Ministro que suscribe de la urgente necesidad de reformar nuestra defectuosa legislacion hipotecaria, si tal nombre merece el cúmulo de disposiciones incoherentes que la forman, deducidas unas de los principios del derecho romano, tomadas otras de las instituciones del sistema feudal, consideró como uno de sus primeros deberes el de escitar á la Comision de Códigos para que con el celo é inteligencia que tanto la distinguen concluyese cuanto antes el proyecto de ley hipotecaria que le estaba encomendado.

Ya los Ministros sus predecesores, movidos por la misma idea, habian presentado en dos legislaturas consecutivas las bases que habian de servir de fundamento al proyecto de reforma. Estas bases, si bien reducidas en número, dejaban ya comprender que en vista del desarrollo de la industria y del comercio, del espíritu de especulacion que agita á las sociedades modernas, y del prodigioso aumento de la riqueza pública, la nueva ley ofreceria á la propiedad territorial, mas fija, y por su índole menos dispuesta á seguir igual movimiento, los medios de atraer á sí los capitales que le son necesarios para su fomento y mejora. La agricultura en sus diversos ramos no puede llegar al grado de perfeccion que reclama su importancia, sin emprender obras costosas que exigen considerables anticipos, sin enterrar, por decirlo así, en el suelo tesoros inmensos que multiplicando sus fuerzas naturales producen en lo porvenir abundantes frutos. Estos recursos los proporciona el crédito territorial que se desarrolla á la sombra de una buena legislacion hipotecaria, porque dando á conocer el verdadero estado de la propiedad, asegura á los que toman parte en tales empresas el reembolso y el interés de sus capitales.

Estas consideraciones arraigadas en el ánimo de todos, y la comun impaciencia por gozar cuanto antes de los beneficios de una le-

(1) Este es el proyecto á que nos referimos en el artículo anterior, y el cual fué leído en el Senado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia en la sesion de 4 de julio.

gislación á la altura de las necesidades presentes, no consentian que se aguardase á la publicacion del Código civil, del que esta ley habia de formar uno de sus títulos; ley por otra parte de tal dificultad y de tan graves complicaciones, que los pueblos mas adelantados en civilizacion están continuamente y con sumo estudio retocando para mejorarla.

El Gobierno ha creído preferible al sistema de bases seguido hasta ahora, presentar la ley íntegra á la deliberacion de las Córtes, para que examinando el conjunto de sus disposiciones, y conociendo mejor sus tendencias, pudieran con tranquilo ánimo prestarle su voto. Y la Comision de Códigos, respondiendo con laudable celo á los deseos del Gobierno, presentó acabada su obra, acompañándola de una esposicion de los motivos que le sirven de fundamento, y que á la vez esplican la estension, espíritu y enlace de todas sus disposiciones.

Examinados ambos documentos, y conforme con su doctrina el Ministro que suscribe, tiene la honra de presentar á las Córtes competentemente autorizado por S. M., el adjunto proyecto de ley hipotecaria. Como dato importante para ilustrar la discusion, acompaña la citada esposicion de motivos, que estima como el mejor preámbulo y mas autorizado comentario de la ley.

Madrid 3 de julio de 1860.—Santiago Fernandez Negrete.

ESPOSICION

DE LOS MOTIVOS Y FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY HIPOTECARIA (1).

La Comision de Codificacion tiene la honra de elevar á manos de V. E. el adjunto proyecto de ley de hipotecas. Al cumplir con este deber, cree que está en el caso de manifestar los fundamentos cardinales del proyecto y de las disposiciones mas importantes que contiene.

No necesita la Comision examinar los vicios de nuestro actual sistema hipotecario. El digno antecesor de V. E. que aconsejó

(1) Componen la Comision de Codificacion, y han suscrito la Esposicion de Motivos y el Proyecto de ley, los Sres. D. Manuel Cortina, D. Pedro Gomez de la Serna, D. Pascual Bayarri, D. Juan Manuel Gonzalez Acevedo, D. José Ibarra, D. Manuel García Gallardo y D. Francisco Cárdenas.

á S. M. el Real decreto de 8 de agosto de 1855, espuso su insuficiencia y la necesidad apremiante de la reforma. Con sobrado motivo decia que nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razon, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad á la circulacion de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisicion á los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente á los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situacion, añadia el Gobierno, que la reforma era urgente é indispensable para la creacion de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y á los demás derechos en la cosa, para poner límites á la mala fé, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados. Nada añade la Comision por su parte: bástale decir que en sentir del Gobierno está definitivamente juzgada nuestra actual legislacion hipotecaria, y que exige reformas radicales para que pueda satisfacer las condiciones que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestras dias.

Pero ¿cuáles deben ser las bases capitales de la nueva ley? El Gobierno no las prescribió á la Comision, si bien en Real orden de 10 de agosto del mismo año manifestó el deseo de que la nueva ley partiera del principio de publicidad, que no se reconocieran para lo sucesivo hipotecas generales, que se establecieran formalidades esterioras para la traslacion de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, que se meditase con detencion la conveniencia ó inconveniencia de suprimir las hipotecas legales, y que en el primer caso se escogitaran los medios de conciliar la supresion con los intereses que antes protegia el privilegio, y especialmente los de las mujeres casadas, menores é incapacitados. Mas reconociendo el Gobierno la grave trascendencia de estas cuestiones, confió á la Comision la difícil tarea de examinarlas, en la seguridad de que estudiaría los trabajos anteriores, los compararía con las leyes de las demás naciones, y prepararía un proyecto digno de ser ley, y que fuera base y punto de partida para plantear reformas vivamente ansiadas por el país, algunas iniciadas ó reclamadas enérgicamente por sus representantes.

La plena confianza que el Gobierno ha depositado en la Comision, y la libertad en que la dejó para seguir sus propias inspiraciones, la han comprometido mas y mas á procurar el acierto: estudios

concienzudos y detenidos, discusiones frecuentes y prolongadas, y multiplicadas revisiones, han sido por mucho tiempo la tarea continua de la Comision, que si no ha llegado á llenar su encargo tan cumplidamente como deseara, puede asegurar al menos que ha puesto en contribucion cuanto alcanzaba para conseguirlo. Pero á pesar de haber encontrado, no solo aceptables, sino preferibles los principios indicados por el Gobierno, no por eso tiene la presuncion de haber acertado. En materias tan dificiles, tan complicadas, en que vienen á jugar todas las instituciones sociales, nadie, por grandes que sean sus esfuerzos, puede confiar en su trabajo: bastante gloria es la de emprenderlo y llevar una piedra á la grande obra de la regeneracion del derecho.

Y esta desconfianza que naturalmente tiene la Comision en todos sus trabajos, debe ser mayor al tratar del sistema hipotecario. No sucede respecto á él lo que en la mayor parte de las instituciones del derecho civil, en que la ciencia y la esperiencia de una larga série de siglos han llegado á formar reglas admitidas universalmente, y que vienen á formar el derecho comun de los pueblos civilizados.

La legislacion hipotecaria, como sistema, es hoy objeto de grandes controversias: la última palabra de la ciencia respecto de las bases sobre que debe descansar, no ha sido pronunciada todavia. Las naciones de Europa están divididas en el modo de resolver las grandes cuestiones á que dá lugar tan interesante parte de la legislacion civil: disputanse el terreno dos sistemas puestos frente á frente: el que introdujo el código civil francés, imitado por otros muchos pueblos, y el que, nacido en Prusia, ha llegado á obtener en sus reglas capitales tantos partidarios y dominado en tantos países.

Si en esta materia tuvieran que seguirse las tradiciones españolas, la cuestion acerca de las bases fundamentales de la ley estaria resuelta. Nuestra actual legislacion hipotecaria adopta un sistema misto: lejos de seguir el que puede llamarse germánico, cuyas bases son la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de las hipotecas, admite una combinacion de este sistema con el de las hipotecas ocultas y generales, no ya circunscrito como lo han hecho otras naciones, en favor de las mujeres casadas, de los menores, de los incapacitados y de la firmeza de los actos judiciales, sino con una estension que, aun dentro de su base, no está siempre justificada.

Mas la Comision, que por regla general propende en todos sus

actos á lo histórico, á lo tradicional, y que no cree que deben las leyes cambiar las bases del derecho antiguo, sino cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar á tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra mas adecuada á las exigencias de la época, se vé hoy obligada á presentarse como innovadora, á pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren á las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de la Comision cuando á pesar de su religioso respeto al derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado.

La primera cuestion que ha tenido la Comision que resolver, es si el proyecto de ley deberá limitarse á la reforma del sistema hipotecario que viene en observancia, ó ser estensivo á asentar la propiedad territorial y todas sus desmembraciones y modificaciones en bases mas seguras que las en que hoy descansa. Basta á la Comision leer la esposicion de motivos que preceden al Real decreto de 8 de agosto, para comprender que la intencion del Gobierno se estendia tambien á este punto. Ni podia ser de otra manera: la condicion mas esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si esta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se trasciben ó no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio, no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito.

Así se ha comprendido entre nosotros en todos tiempos el sistema hipotecario, desde que D. Carlos y Doña Juana, accediendo á las peticiones del reino en las Córtes de Toledo, y adelantándose á lo que mas de ciento treinta años despues ideó para Francia la inteligencia privilegiada de Colbert, allegaron en 1539 por primera vez materiales para la obra que ahora se trata de levantar sobre bases mas sólidas. Entonces, con sábia prevision, plantearon el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislacion hipotecaria, el de adquirir sin *temor de perder* lo adquirido, y el de prestar sobre la propiedad raiz con la seguridad de que no sería ineficaz la hipoteca. *Nos es fecha relacion*, decian los Reyes, *que se escusarian muchos pleitos*,

sabiendo los que *cómp*ran los censos y tributos que tienen las heredas que compran, lo cual encubren y callan los vendedores. Que la inscripcion, pues, ó trascripcion de la propiedad inmueble debe comprenderse en el proyecto, está fuera de duda: no seria reformar nuestra legislacion hipotecaria en sentido progresivo, sino empeorarla, ó por mejor decir, anularla por completo, si se prescindiese de que la primera base de la ley fuera el registro de la propiedad.

Resuelto este primer punto, la Comision tenia que decidir ante todo cuál era el sistema hipotecario que debia adoptarse. Esto naturalmente la empenó en el exámen del mérito relativo de los sistemas que hoy dividen á los pueblos y á los hombres de la ciencia. El antiguo sistema de las hipotecas ocultas desde luego debió ser desechado por la Comision. Con él es incompatible el crédito territorial, por que equipara la condicion de la propiedad gravada con créditos superiores á su valor, á la propiedad libre de todo gravámen, y en último resultado desnaturaliza la hipoteca, haciendo que en lugar de buscarse como garantía el crédito *real* del deudor, se prefiera mas bien su crédito *personal*. Todas las naciones modernas y la nuestra lo han anatematizado; por esto puede decirse que su causa está irremisiblemente juzgada por la historia; por las leyes y por la ciencia. Partiendo este sistema del principio de las hipotecas privilegiadas y de las hipotecas generales, es injusto aun respecto á las comunes y especiales. La preferencia que se dá al acreedor hipotecario mas antiguo sobre el mas moderno, es una consecuencia lógica y natural del sistema de publicidad: en él el segundo acreedor conoce el derecho adquirido antes por otro; sabe que este ha de ser antepuesto; contrata con pleno conocimiento de la estension de sus derechos y de los demás que pueden concurrir á participar en su dia del valor de la propiedad hipotecada. Pero cuando las hipotecas son ocultas, esta preferencia es injustificable: todos han prestado á ciegas; las hipotecas anteriores les son desconocidas; cada uno se reputa bastante asegurado, y frecuentemente todos, menos uno, son engañados, y á veces lo son todos, porque á ellos se antepone otro que tiene hipoteca legal privilegiada. Aun sin tan poderosas consideraciones, la Comision hubiera rechazado este sistema como fuente de estelionatos y causa de usuras inmoderadas, pues que el peligro que incesantemente corren los acreedores, suelen compensarlo con intereses exorbitantes.

No presenta tantos inconvenientes el sistema que, admitien-

do la publicidad de las hipotecas como una de sus bases al lado de ella conserva hipotecas ocultas que, sin necesidad de contrato especial, y solo en virtud del beneficio de la ley, protejen los intereses de personas desvalidas, ó aseguran créditos á que el derecho presta especial amparo y garantía. Pero este sistema que, como queda dicho, es el adoptado por nuestras leyes, tampoco es aceptable á juicio de la Comision. Amalgama de dos sistemas que se escluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspeccion de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor: en los momentos mismos en que contrata, despues de asegurarse por el registro de la propiedad de que sus garantías son buenas, despues de adquirir por el registro de hipotecas la conviccion de que ningun otro tiene inscrito un crédito que pueda anteponerse al suyo, se encuentra burlado, porque una hipoteca legal, desconocida tal vez hasta para el deudor mismo, viene á frustrar sus cuidadosas investigaciones, á convertir un contrato calculado con toda prevision y prudencia en un juego de azar, y á privarle de su derecho. El sistema misto, pues, si bien preferible al de hipotecas ocultas, no dá la seguridad absoluta que necesitan los acreedores para que el crédito territorial sea fecundo; sistema de transaccion, no satisface á las necesidades para que se ha creado. Ni es esto discurrir sobre teorías; la esperiencia lo ha puesto bien de realce en la larga série de años que ha dominado en España: lejos de consultar de un modo conveniente al crédito territorial, ha dado lugar á que por medio de artificios jurídicos buscaran los acreedores la seguridad que la ley no les ofrecía. Si en España no se ha publicado, como ha sucedido en el vecino imperio, un libro sobre el peligro de prestar con hipoteca, puede asegurarse que hay muchos contratos que, siendo en rigor por la voluntad de los contrayentes préstamos con hipoteca, se han otorgado como ventas con pacto de retro, originándose pérdidas considerables para el supuesto vendedor, y dándose lugar al escándalo de que bajo el nombre de un contrato lícito tenga fuerza el reprobado *pacto de comiso* en un préstamo con garantía. Y es que dentro de la ley no hay medios para que el acreedor se libre del riesgo de que se convierta en ineficaz la hipoteca, porque el mas detenido y profundo estudio de la legislacion en materia tan difícil, y el examen mas circunspecto de la historia de las fincas, el conocimiento de las personas que las han obtenido, de los cargos públicos que han desempeñado, de las empresas en que han

tenido intervencion, de las responsabilidades que en el órden de familia puedan haber contraído, no alcanzan á poner al acreedor á cubierto de los peligros de créditos olvidados de todos ó desconocidos y cuya existencia no puede sospechar ni la prevision mas esquisita. Por esto la mayor parte de las naciones que, á imitacion de Francia adoptaron este sistema misto, lo han abandonado, y quizá no esté lejána la época en que quede tan desantorizado como el de la hipoteca oculta que tenían los romanos.

No hay, pues, mas que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas.

Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comision cómo entiende la publicidad. Consiste esta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fé ninguna carga que grave sobre la propiedad, si no se halla escrita en el registro; que el que tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que á él solo es imputable, al que sin haberla cometido ni podido conocer, adquiera la finca gravada ó la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; que el registro de la propiedad, que el registro de las hipotecas, se franqueen á todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes. No son de temer en este sistema pesquissas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito.

Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comision, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislacion hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, mas bien que á la persona, puede decirse que presta á la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligacion: el deudor es solo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesa el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona á quien dá su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es, que la finca baste á reintegrarle en su dia de lo que dió. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto á sus vicisitudes: lo que importa al acreedor es que

la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito á la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores: está en el mismo caso que si se hubiese señalado una parte del precio de la finca para el día en que se hiciera el pago, y esto sin temor á privilegios de hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el registro. Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional á su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad.

Mas este sistema, que parece tan sencillo, y cuya adopción se presenta á primera vista tan fácil como poco complicada, ha sido objeto de fuertísimas impugnaciones. La Comisión, que las manifestará con franqueza, cree poder desvanecerlas.

Las hipotecas legales: hé aquí la primera, la capital dificultad que se opone á su sistema: *En nombre de la familia, dicea sus contradictores, os pedimos proteccion para la mujer y para los hijos: en nombre de la orfandad y de la desgracia, os pedimos piedad para el huérfano y para el incapacitado: en nombre de la justicia, os conjuramos á que á una cuestión de forma, á una solemnidad esterna, no sacrifiqueis derechos que han sido respetados en todos los siglos; y en nombre de la santidad de las leyes, no deis á una omision mas fuerza que al precepto soberano del legislador, cuando estiende su mano protectora á la mujer, al huérfano y al desvalido.* Necesario es que sea arraigada la convicción de la Comisión para sobreponerse á estas objeciones.

Desde luego se advierte, que los que invocan la subsistencia de las hipotecas legales se limitan solo á las que pueden considerarse como mas justificadas. Pero fuera de ellas, hay otras muchas en nuestras leyes á que nunca alcanzaria la piedad generosa de los impugnadores del sistema absoluto de publicidad.

La proteccion de las mujeres casadas, de los hijos, de los menores y de los incapacitados, puede existir en igual, y aun en mayor escala que en la actualidad, sin la hipoteca legal, tácita y general que le dan nuestras leyes. El ejemplo de Inglaterra bastaria á demostrarlo: mas la Comisión no aboga por la supresion de la hipoteca

legal; se limita á proponer que desaparezcan las que no deben existir; y respecto á las demás, y entre ellas las que se refieren á la sociedad doméstica y á la proteccion de los desvalidos, cambia su forma, convirtiendo en hipotecas legales espresas las hipotecas legales tácitas, y dando á los intereses que deben proteger una garantía infinitamente superior á la escrita hoy en nuestras leyes. La Comision, lejos de poner en pugna los derechos seculares de la mujer y del menor, con los no menos respetables de los que con buena fé han adquirido el dominio ú otros derechos reales, los armoniza; no sacrifica á la facilidad de los préstamos hipotecarios un interés mas grande, mas moral, el interés de la familia y del Estado; al contrario, fortaleciendo estos intereses, que mira con veneracion, hace compatible con ellos el crédito territorial. Prefiere darles una proteccion verdadera á otra menos real, aunque mayor en la apariencia: respetando derechos que están consignados en nuestra historia, en nuestras costumbres y en nuestros hábitos, no lleva su exajeracion hasta el extremo de que absorban otros igualmente legitimos; pero no quiere tampoco ver reducidos al marido y al tutor á la condicion tristísima de no poder enajenar sus bienes ni levantar préstamos sobre ellos, ó de hacerlo con condiciones onerosísimas por la poca seguridad que prestan las hipotecas: procura evitar la ruina de los acreedores de buena fé, restringir el estelionato, multiplicar los recursos del propietario con la estension del crédito, y no convertir la proteccion justa que debe dispensarse al constituido bajo potestad ó tutela ó curaduría en una injusticia escandalosa.

A estas consideraciones, que son generales, se agregan otras no menos importantes con relacion á nuestra patria.

España es una nacion principalmente agricultora; y si en ella no ha prosperado la mas antigua y la primera de las artes tanto como es de desear, débese á la falta de capitales. Estos buscan con preferencia otras empresas, ya por el aliciente de las mayores ganancias que producen, ya por la poca seguridad que inspira el estado actual de la propiedad rústica. En esta situacion, con el aumento rápido y progresivo de la riqueza pública, de la industria y del comercio, debe el legislador procurar por medios indirectos que los capitales no vayan todos á buscar las empresas mercantiles y comerciales, sino que tambien vengán en auxilio de la propiedad territorial y de la agricultura. Conveniente es que los capitales se distribuyan entre los diferentes ramos que, con beneficio general de los particulares

y del Estado, pueden darles cómoda colocacion: es menester, por lo tanto, contrapesar la propension de los capitalistas á emplear sus fondos en las empresas de la primera clase, porque les reportan mas crecidos intereses, y es mas breve y fácil el reembolso, con la seguridad de la garantía en las segundas, poniendo la publicidad como una de las bases del sistema hipotecario.

Consecuencia lógica del sistema de publicidad de las hipotecas es que desaparezcan de nuestro derecho las generales: si prevalece el principio de la Comision, quedarán desde luego reformadas todas las leyes que las prescriben ó autorizan, y nada significará la cláusula de hipoteca general que en adelante se ponga en los contratos entre particulares, cómo de hecho no lo ha significado desde la creacion de las contadurías de hipotecas. La hipoteca general, aunque se limite á los bienes presentes, y no se estienda, como es muy comun, á los que en adelante puedan adquirirse, dá por resultado la falta de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que ésta es pública, en cuanto esté inscrita en el registro con individual expresion de la finca á que afecta y de la cantidad á que se estiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad.

Aun sin esta consideracion, que en el sistema adoptado es decisiva, no hubiera dejado la Comision de suprimir las hipotecas generales, porque su misma estension las hace ilusorias. Por lo mismo que comprenden todos los bienes presentes y futuros del deudor, éste tiene que quedar en libertad de enajenarlos; y si lo hace con todos, desaparece la garantía, sin que haya derecho á reclamar contra el comprador, viniendo así á hacer nulo en realidad el derecho *en la cosa*, porque hipoteca que no sigue á la finca, cualquiera que sea su poseedor, no merece llamarse hipoteca.

Largos debates ha suscitado en la Comision la cuestion de las hipotecas judiciales. Nuestro antiguo derecho escrito las admitia con mas estension que la práctica vigente al publicarse la ley de Enjuiciamiento civil. La vía de asentamiento, ese apremio contra los contumaces, que era una verdadera hipoteca judicial, habia caido en desuso, porque aun despues de pasar los términos prescritos para oír al rebelde que no acudia á los llamamientos judiciales, quedaba abierta la puerta al juicio de propiedad por un tiempo ilimitado: A la vía de asentamiento habia sustituido el procedimiento en rebeldía, ficcion legal en que se supone presente al que no lo está, en

que se dá vida á los estrados, considerándolos como imagen y representacion jurídica del contumaz, procedimiento que si no tenia fórmula expresa en la ley, la encontró en el foro, por la necesidad de hacer respetable la justicia.

La Comision que redactó la ley de Enjuiciamiento civil no se decidió esclusivamente por ninguno de los dos sistemas, creyendo que en ambos habia principios aceptables. Partiendo de la prosecucion del pleito en estrados, autorizó al juez para que desde el momento en que se declarara la rebeldía, pudiera á instancia de parte decretar, además de la retencion de los bienes muebles, el embargo de los inmuebles, en cuanto fuera necesario para asegurar el éxito del juicio; es decir, que constituyó una hipoteca judicial sobre la propiedad raíz, hipoteca que lleva consigo la prohibicion absoluta de vender, gravar ú obligar las propiedades sobre que recae. La misma ley establece otras hipotecas judiciales, siempre especiales y públicas, al tratar de la ejecucion de las sentencias, del embargo preventivo, del juicio ejecutivo, del procedimiento de apremio; hipotecas que hoy son siempre necesarias, y que antes solo se exigian á petición de los interesados, y aun en esto no era uniforme la práctica. Hay mas: separándose la misma ley del derecho antiguo, que fundado en motivos históricos, establecia que la fianza dada por los tutores y curadores fuera personal, regla que, á pesar de ser una especie de anacronismo, atendidas las condiciones de la sociedad actual, habia permanecido firme en la ley en medio del movimiento general de los tiempos modernos, ya que no lo estuviera siempre en la práctica, ordenó que la garantía con que se asegurasen los bienes de los menores, y de los incapacitados fuese hipotecaria, y que el juez mismo la exigiera, es decir, que creó una hipoteca judicial, especial, diferente en su intension y efectos de la general tácita que por ministerio de la ley pesa aun hoy sobre todos los bienes del tutor ó curador, hasta que, concluido su cargo, y dadas cuentas y entregados los bienes y los alcances, queda libre de las obligaciones que su cargo le impuso. Puede decirse en virtud de esto, que nuestro derecho novísimo ha propendido mucho á la constitucion de hipotecas judiciales, porque ha ordenado á los jueces que de oficio las exijan en muchos casos, y les ha dado una estension antes desconocida. No puede decirse en verdad que la ley de Enjuiciamiento civil haya adoptado esplicitamente el principio de que todas las hipotecas judiciales deban ser especiales y expresas: no podia adop-

tarlo, porque no era el lugar oportuno para hacerlo; pero al menos por lo que á ella toca, aplicó los principios de publicidad y especialidad que la Comision proclama en este proyecto de ley como únicos para lo sucesivo. Tal es el giro que en los últimos tiempos han tomado las hipotecas judiciales, tanta su importancia, tanta la seguridad que prestan para que sean respetados los actos que garantizan. No corresponde á la Comision mas que continuar la obra comenzada, la cual acabará de adquirir toda su perfeccion y complemento, formados que sean la ley de Enjuiciamiento criminal y el Código civil, y reformadas las leyes mercantiles, quedando así armonizado todo nuestro derecho.

Mas á poco que se consideren los distintos casos en que pueda haber lugar á la hipoteca judicial, se observa que, si bien en algunos, como sucede en el de la tutela y curaduría, tiene un carácter en cierto modo permanente, siendo la aplicacion de una ley civil, casi siempre se constituye para que sea respetada la administracion de justicia; para evitar que se eludan las sentencias haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecucion del fallo. Entonces su objeto solo dura mientras dura el juicio y se ejecuta la sentencia; puede así decirse, que mas que á las leyes que deben comprenderse en el Código civil, se refiere á las de procedimientos; que las leyes que la establecen ó autorizan no crean un derecho verdadero, sino que garantizan un derecho constituido al parecer, aunque controvertido, y que su carácter es tan transitorio como el peligro que se trata de evitar. Por esto la Comision, dando á la nomenclatura una importancia que no debe parecer escesaiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creido que á la denominacion antigua de *hipoteca judicial*, debia sustituir la de *anotacion preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su dia la sentencia tenga ejecucion cumplida. Por razones fáciles de comprender, sin necesidad de esponerlas, ha hecho estensiva esta denominacion á las inscripciones de los derechos reales, que aun no han llegado á su perfeccion, ni están consumados, ó que son eventuales ó transitorios, ó que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanacion antes de ser inscritos definitivamente en los registros. Este cambio de nomenclatura no es nuevo; el sistema germánico la adopta con el nombre de *prenotacion*.

El haber sido siempre y ser hoy entre nosotros especial la hipoteca judicial, liberta á la Comision de la necesidad de entrar en la

cuestion á que en otros países ha dado lugar la que se estiende sobre todos los bienes presentes y aun sobre los futuros. Al propósito de la Comision basta decir que, recayendo siempre la hipoteca judicial sobre un derecho real determinado por la inscripcion, cabe perfectamente dentro del sistema adoptado, porque ni perjudica al crédito territorial, ni disminuye el principio de la publicidad, base cardinal de que nunca se prescinde en el proyecto.

Si respecto á este punto tenía la Comision ya recientemente trazado su camino, y puede aun decirse que conforme á los principios del derecho secular, lo mismo sucede en lo concerniente á los efectos de la hipoteca judicial. No debió buscarse el ejemplo de los pueblos en que, prevaleciendo el principio de que las sentencias constituyen de derecho una hipoteca sobre todos los bienes del condenado en ellas, cambian el crédito personal en un crédito real. Este principio, ni ha estado nunca escrito en nuestras leyes, ni ha sido introducido por la práctica.

Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante segun el proyecto llevarán el nombre de anotaciones preventivas, solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningun derecho, ni menos convierten *en real* al que no tenia antes semejante carácter: no puede decirse de ellas que son el premio de la carrera, como en otra nacion se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para anticiparse á obtener la anotacion, al afan con que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos: no son un favor inmerecido que se dá al acreedor mas exigente: no modifican el carácter de las obligaciones cambiando las simples en hipotecarias, ni hacen al juez ajente de los litigantes, compeliéndole á que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habria constituido. La hipoca judicial, que solo tiene por objeto asegurar las consecuencias del juicio, nunca ha tenido este carácter en España: no ha creado desde luego una accion hipotecaria á favor de aquel que habia obtenido la retencion, el embargo, ó la providencia de que no pudiera enajenarse la cosa mientras estaba pendiente el litigio: el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter: solo ha adquirido mayor seguridad, bajo el punto de vista de quitar al deudor los medios de destruir la cosa, de enajenarla y de constituirse él mismo en insolvencia. Por esto, en un concurso de acreedores ó en una quie-

:

bra, los que han obtenido á su favor hipotecas judiciales de la clase de las á que aqui nos referimos, no han tenido nunca, no tienen ahora por esta consideracion un título de preferencia sobre los demás acreedores de su especie, ni son calificados entre los hipotecarios.

Adoptando el proyecto estos mismos principios, dá nueva vida á nuestro derecho antiguo, proclamando otra vez que el acreedor que obtiene á su favor una anotacion preventiva, cuyo objeto sea garantizar las consecuencias de un fallo, solo gozará de preferencia sobre los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad á la anotacion. Ni podia ser de otra manera sin violar los principios de justicia. El que contrata y no exige hipoteca, se contenta con la garantía que le dá el crédito personal del deudor, y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido, podrá el acreedor compelerle al pago acudiendo á la vía judicial; pero esta demanda no cambia ni la naturaleza del crédito ni la fuerza del título. Si se estableciera otra regla, resultaria que entre diversos acreedores de un mismo deudor que se hallarán en idéntico caso, seria de mejor condicion el mas exigente, el que guardara menos consideraciones, el que por mejores ó peores medios adquiriera noticias mas exactas del verdadero estado en que se hallara la fortuna del deudor, el que tuviera un procurador mas diligente. La Comision, atemperándose el antiguo derecho, ha creido que ninguna de estas causas debia serlo de preferencia.

No faltará tal vez quien, apoyándose en el ejemplo de otros pueblos, invocando la santidad de la cosa juzgada, ponderando el escándalo que resulta de que cuando existe una condenacion definitiva, pueda el deudor vender los bienes inmuebles que posea y alzarse con su precio ó gravarlos con cargas que antes no tenian ó con hipotecas convencionales, viniendo de este modo á burlarse de la ley y de la ejecutoria, pretenda que toda sentencia condenatoria debe llevar consigo irremisiblemente una hipoteca sobre los bienes del condenado, hipoteca que en el sistema de publicidad y especialidad adoptado por la Comision, deberia convertirse en una inscripcion sobre bienes determinados. La Comision no lo reputa necesario, porque, segun el proyecto, no solo el que ha vencido en juicio y obtenido ya una ejecutoria que obliga á su contrario á entregarle alguna cosa ó á satisfacer alguna cantidad determinada, sino tambien el que

ha pedido y conseguido un embargo, un secuestro ó una prohibicion de enajenar bienes inmuebles, ó la declaracion de incapacidad, de presuncion de muerte por ausencia, ó de interdiccion de una persona, pueden obtener la anotacion preventiva que les ponga á cubierto de todo peligro. El que no usa del derecho que la ley le dá, impútase á sí mismo el perjuicio que su omision le origine. Esto, y solo esto, es lo que exige la justicia, porque la autoridad de la cosa juzgada solo consiste en que no encuentre obstáculos la ejecucion de la sentencia, y en que se asegure su cumplimiento sin perjuicio de otros que tengan igual ó mejor derecho; no en dar al vencedor seguridad de pago que no estipuló, ni preferencias sobre otros acreedores dignos de igual proteccion que el que se anticipó á litigar, ó que obtuvo antes una sentencia favorable. Lo que queda dicho respecto á las anotaciones preventivas que dimanen de actos judiciales para asegurar el éxito del juicio, es estensivo á las que pueden obtenerse tambien del juez para evitar el abuso que en daño del acreedor pueda cometer el deudor de una cosa que posee ó de su estimacion.

No es menos grave que las cuestiones hasta aquí espuestas la de la estension que debe darse á los efectos de la falta de inscripcion de los derechos reales en el registro. ¿Deberán limitarse á los terceros interesados, ó comprender tambien en su rigor á los mismos contrayentes? Los que quieren que el registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinion. En su concepto deben ser los registros un gran medio que ha de tener la Administracion para auxiliarse en sus trabajos estadísticos; y esta idea, si no se ha de predominar sobre el interés civil y sobre el interés social, ha de ser igual, cuando menos á ellos.

No es esta la opinion de la Comision: sin negar que los registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir al auxilio de la Administracion en las árduas tareas que para el beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto á fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervencion directa en ellos á la Administracion, conduce irremediabilmente á desconocer su carácter social, económico y civil y á sacrificar lo principal á lo accesorio.

La Comision ha considerado ante todo en la cuestion propuesta los principios de justicia; no ha creido que con arreglo á ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripcion, deba ser de condicion mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega á cumplir el contrato celebrado ó pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando á la buena fé, á la lealtad que se deben los contrayentes; buena fé que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla en cuanto alcance. Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos á la traslacion de la propiedad y á sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestion es entre los mismos contrayentes: por esto se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por D. Carlos y Doña Juana, y seguido por D. Felipe II, por D. Felipe V y por D. Carlos III, de que la falta de inscripcion solo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.

Y aquí debe con franqueza esponer la Comision el gran cambio que acerca de este punto introduce el proyecto en los principios generales del derecho actual. Nuestras leyes, siguiendo á las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título solo produjera accion personal, pero que la propiedad y los demás derechos *en* la cosa, y por lo tanto las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradicion, ó lo que es lo mismo, de la posesion de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende á dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesion. Los romanos, á pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto esterno, público, y que se pudiera apreciar por todos, debia señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó tambien en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se esceptúa el reino de Aragon, en el que basta la reduccion de un contrato de enajenacion de inmuebles á escritura pública, para que el dominio ó el derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés. Separándose este del derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del

año VII, buscó un principio mas espiritualista, mas filosófico, sin duda, pero mas espuesto tambien á graves inconvenientes: el de que la propiedad se trasmitiera, tanto respecto á los contrayentes como á un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde á la Comision apreciar este principio cuando se limita á los mismos contrayentes; no toca á la ley de hipotecas, al menos bajo el punto de vista del proyecto, entrar en su exámen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el órden de las transacciones, dá lugar á que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento.

Segun el sistema de la Comision, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos ó traspasados, en cuanto conste su inscripcion en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripcion, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradicion, no traspasa al comprador el dominio en ningun caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesion, será dueño con relacion al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripcion.

Esta manera que tiene la Comision de considerar la ley de hipotecas, necesariamente habia de conducirla á consignar como una de las bases capitales del proyecto que los registros deben estar bajo la dependencia esclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspeccion de la autoridad judicial, siendo esta únicamente la llamada á decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que á derechos civiles se refiere no puede, con arreglo á nuestra legislacion política, estar subordinado á las autoridades del órden administrativo, á lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administracion activa. Y que esta ha sido la intencion del Gobierno al encargar la formacion del proyecto, aparece claramente, tanto por emanar del espresado Ministerio las órdenes que al efecto se han comunicado, como por haberse confiado este trabajo á la Comision de Codificacion y haber sido el Ministro de Gracia y Justicia el que en las Córtes presentó

el proyecto de autorizacion en que se propuso esta como una de sus bases. Ni se crea que por esto podrán ser perjudicados los intereses del Erario y defraudados los impuestos que sobre la comunicacion ó trasmision de la propiedad y de los demás derechos en las cosas inmuebles establecen ahora, ó en adelante establezcan las leyes: en tanto podrán hacerse inscripciones en los registros, en cuanto estén satisfechos los impuestos que graviten sobre los actos civiles que sean objeto de la inscripcion. Los registros vendrán de este modo á auxiliar la accion fiscal, pero sin ser absorbidos por ella.

Aunque la reforma fuese de eficacisimos resultados para el porvenir, no produciria desde luego todos los que se apetecen, si no procurase que se arreglaran á su sistema los contratos y actos anteriores á ella. Esto lo hace, ya ofreciendo estímulos á la inscripcion, ya negando fuerza contra terceros á los títulos que en contravencion á las leyes anteriores dejaron de inscribirse, mientras no se subsane el defecto, y entonces solo desde la inscripcion. Con estas prescripciones y con otras que se adoptan para el tránsito del antiguo al nuevo sistema, espera la Comision que si su proyecto llegase á ser ley, pronto se conocerán los felices resultados que se ha prometido el Gobierno al promover la reforma del derecho antiguo.

Por la misma causa ha creido la Comision que debia establecer reglas para libertar la propiedad de cargas que, aunque resultan de sus títulos sin que conste su redencion, han dejado á veces por el trascurso de siglos de afectar de hecho á las fincas sobre las cuales se impusieron. Lejos de perjudicarse con esto ningun derecho legitimo, todos son consultados, y sin producir vacilacion ni dudas en los que en realidad existen, se introduce la presuncion legal de que las fincas están libres de las cargas que ha anulado una prescripcion secular fortalecida con el silencio continuado de los que tenian facultad de reclamarlas, con la imposibilidad frecuente de saber si han sido redimidas, con haberse perdido la memoria de aquellos á cuyo favor estuvieron constituidas, y con no presentarse quien tenga á ellas derecho. Los medios de publicidad que para estas liberaciones se proponen, alejan hasta la sombra del fraude, y darán lugar á que muchos que tienen derechos que ignoran, y que probablemente perderian para siempre sin el procedimiento que se establece, puedan reclamarlos y entrar así en el disfrute de lo que ni siquiera imaginaban.

Los grandes cambios que en los principios de las leyes hipoteca-

rias se introducen, hacen indispensable que el proyecto sea estenso y descienda á muchos pormenores para que no pueda haber dudas acerca de lo antiguo que queda ó derogado, ó reformado, ó subsistente. La Comision, sin embargo, ha procurado no comprender en la ley mas disposiciones que las que por su naturaleza corresponden á ella, y cree poder contestar satisfactoriamente á los que la censuran, ó por demasiado larga, ó por reglamentaria.

Si la legislacion hipotecaria estuviera comprendida en un código civil cuyas partes guardasen entre sí la unidad y correspondencia necesarias, sin duda muchas de las disposiciones que están escritas en el proyecto no se encontrarían en el título del código consagrado especialmente á las hipotecas, sino que estarían diseminadas en toda la obra. Si existiendo un Código civil homogéneo en todas sus partes, se tratara para completarlo de establecer una ley especial de hipotecas, tampoco sería necesario dar tanta estension á la obra; en el Código civil se encontraría considerable número de las disposiciones á que se dá cabida en el proyecto. Si, aun fuera de estos casos, la Comision adoptara los principios establecidos en nuestras leyes seculares, y respetando lo que existe se limitara á desenvolver prácticamente las reglas escritas en nuestro antiguo derecho, sería también fundada la censura. Pero nada de esto sucede: el proyecto cambia profunda y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislacion de hipotecas: casi todas las disposiciones que hasta aqui han regido respecto á ellas, sufren en mayor ó menor escala cambios importantes: el derecho civil experimenta alteraciones trascendentales: apenas hay una de sus instituciones á que no afecte la innovacion: en el orden de la familia, la sociedad conyugal y la potestad paterna: en el de tutelas y curadurías, las relaciones entre el menor ó incapacitado y los que están encargados de su guarda: en el de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, su adquisicion, su conservacion, su trasmision y sus modificaciones; en el de las sucesiones, el respeto á la voluntad del testador ó á la disposicion de las leyes; en el de contratos, la seguridad del cumplimiento de muchos importantísimos.

Todo esto está íntimamente ligado con la ley de hipotecas; á todo afecta gravemente el nuevo sistema; todo ha sido sujetado á revision; todo ha sufrido grandes modificaciones. Y no son solo las leyes puramente civiles las modificadas, aunque bajo esta denominacion se comprendan las prescripciones del Código de Comercio; lo

son tambien las de procedimientos, porque es menester para evitar que las sentencias sean eludidas, adoptar medidas de precaucion conocidas actualmente con el nombre de hipotecas judiciales, que impidan la desaparicion de la cosa litigiosa y su enajenacion, ó que en perjuicio del acreedor demandante se constituya el deudor en insolvencia. Ni están menos interesadas las leyes administrativas que en justa proteccion á los intereses fiscales y comunes crean á favor del Estado, de las provincias, de los pueblos y de los establecimientos públicos hipotecas sobre los bienes de sus deudores; las que para precaver daños á la Administracion exigen garantías sobre los bienes inmuebles de los que con ella contratan; las que consideran afectas ante todo las propiedades al pago de los tributos no satisfechos oportunamente, y las que provienen de la gestion de los que han manejado caudales públicos.

A estas consideraciones, que por sí solas bastarian para justificar la estension de la ley, debe añadirse otra importantísima. El legislador, al hacer cambios aunque no sean tan profundos como los que comprende el proyecto, debe ante todo respetar los derechos adquiridos, porque de otro modo su obra seria efímera y caeria ante las justas reclamaciones de los perjudicados. Para hacer este tránsito sin violencia conciliando todos los intereses, ha sido necesario descender á muchos pormenores. Puede considerarse esta parte del proyecto como una ley distinta é independiente de la de hipotecas, que lejos de tener como esta un carácter de perpetuidad, es pasajera, porque se limita á salvar los derechos adquiridos á la sombra de la legislacion que concluye.

Sin embargo, conveniente es que forme un solo cuerpo con la ley que cambia el antiguo sistema hipotecario, para que en un mismo acto aparezca el legislador innovando el derecho y respetando los hechos que bajo la ley antigua se crearon, atendiendo á las nuevas exigencias de la sociedad, pero salvando al propio tiempo con cuidadoso afan y con veneracion religiosa los derechos que, sometidos imprudentemente á la innovacion quedarian en realidad violados.

¿Y podrá ser la ley tachada con justicia de reglamentaria? La Comision no duda responder negativamente. No siempre es fácil fijar hasta donde debe llegar la ley y donde debe comenzar el reglamento, porque no lo es señalar con exactitud matemática los límites respectivos de los poderes legislativo y ejecutivo. Muchas veces se ha debatido esta cuestion en nuestro Parlamento; nunca ha dominado un

principio que pueda considerarse generador de derecho en materia tan grave. En la práctica se ha visto descender algunas leyes, no solo á pormenores que suelen tener carácter de estabilidad, bajo cuyo concepto caben muy bien en reglamentos, sino á disposiciones meramente transitorias y aun á algunas de mera ejecucion que parecen mas bien objeto de circulares ó de instrucciones para plantear la nueva ley. De aquí se infiere que en esto hay mucho de arbitrario, y que en cada caso el legislador, segun la mayor ó menor importancia que quiere dar á su obra, deja, ya mas, ya menos, á la apreciacion del poder ejecutivo.

Supuesto esto, y libre la Comision del temor de proponer una invasion peligrosa, ha podido seguir sus propias inspiraciones. Convencida profundamente de que todas las declaraciones que pueden atribuir, negar, aumentar ó disminuir derechos civiles, corresponden al legislador, ha huido de dejar al Gobierno atribuciones que en muchos puntos vendrian á hacerle árbitro de cuestiones graves en el terreno del derecho civil. Nada hay de cuanto está escrito en el proyecto, que mas ó menos inmediatamente no se refiera á la declaracion de derechos y á las garantías que se han creído indispensables para que la ley en su dia sea bien entendida y aplicada.

Prescindiendo de estas importantes consideraciones, hay otras que han movido á la Comision. En su concepto, al poder legislativo toca exclusivamente dictar las reglas á que se quiere dar gran estabilidad, y que se dirigen á producir á veces efectos para larga série de siglos. Estas prescripciones, que tienen cierto carácter de perpetuidad, exigen para su prestigio la sancion de la autoridad legislativa, que es la única que les imprime ese sello de respeto que las hace atravesar de unas á otras generaciones, y mirar como una profanacion el cambiarlas sin que esté sobradamente justificada la reforma. No debe quedar, en concepto de la Comision, al arbitrio del Gobierno nada que pueda debilitar la firmeza de los principios que se proclaman, ni aun con motivo de esplicarlos, de aclararlos y de fijar su sentido verdadero. Las cuestiones á que pueda dar lugar la ley (y las habrá sin duda) deben dejarse á los tribunales, para que las resuelvan, no por medidas generales que no caben dentro de sus atribuciones constitucionales, sino aplicando la ley en los casos que ocurran y creando jurisprudencia, que es la mejor regla de interpretacion y el mejor suplemento del derecho escrito.

Una consideracion añadirá por último la Comision á las que deja

:

espuestas. Había ya formado la ley, é iba á hacer su revision última, cuando tuvo el encargo del Gobierno de preparar el reglamento para su ejecucion: suspendió entonces la revision definitiva del trabajo hecho, con el objeto de perfeccionarlo mas, si en vista de las nuevas tareas á que iba á dedicarse y de las disouisiones á que dieran lugar, apareciera la conveniencia de hacerlo. Teniendo entonces que descender á muchos pormenores de ejeoucion, se convenció de que algunos de ellos afectaban mas ó menos directamente á derechos civiles, y que por lo tanto no debian comprenderse en el reglamento, sino en la ley, como los comprendió, no encontrando uno solo de los artículos de la ley que debiera pasar al reglamento.

Y esto se explica fácilmente, teniendo en cuenta que la ley tiene por objeto asegurar derechos; que al efecto requiere formalidades rigurosas; que la omision de estas solemnidades dá lugar alguna vez hasta á la pena de nulidad; que esta pena lleva envuelta la pérdida de un derecho civil, y por lo tanto que todo esto debe ser obra de la ley y no de un reglamento administrativo. La Comision puede haberse equivocado en algunas de sus apreciaciones; pero no será por falta de estudio y de discusiones detenidas.

Espuestos los motivos capitales del proyecto, pasa la Comision á los especiales en las diversas partes del mismo.

PUEBLOS EN QUE DEBEN ESTABLECERSE LOS REGISTROS.

Nada hay que justifique variar respecto á los pueblos en que han de establecerse los nuevos registros, lo que ya de antiguo se halla dispuesto. Cuando hace mas de tres siglos se crearon los oficios de hipotecas, se ordenó que los hubiese en las ciudades, villas ó lugares *donde hubiera cabeza de jurisdiccion*: posteriormente el Señor Don Carlos III fijó mas el antiguo precepto, mandando que se establecieran en los pueblos cabezas de partido, que es lo que se viene observando hasta nuestros dias. Parecerá tal vez á algunos excesivo el número de registros de hipotecas, y querrian en su lugar que existieran solo en las capitales de provincia, ó quizá que se limitaran á aquellas en que se hallan establecidos los tribunales superiores. La conveniencia de reducir el número de registros, la facilidad de vigilarlos y de elegir las personas mas idóneas para su desempeño son los argumentos que pueden oponerse al sistema adoptado. La Comision, sin embargo, no ha dudado en desechar toda innova-

cion respecto á este punto: ha creído que lo que principalmente debe tenerse en cuenta es la facilidad de los que hayan de hacer las inscripciones. Alejar los registros de los que han de acudir á ellos, equivale frecuentemente, y con especialidad cuando es corto el valor de las fincas, á hacerlos inaccesibles.

No por esto dejarán de estar encomendados á personas capaces de comprender en toda su estension los deberes que la ley les impone, ni de estar bajo una vigilancia continua y eficaz; las disposiciones que al efecto establece el proyecto, satisfacen cumplidamente estas necesidades.

TÍTULOS SUJETOS Á INSCRIPCION.

Después de expresar en los términos que ha creído mas á propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse á la inscripción por ser traslativos de dominio ó constitutivos de un derecho real, ha añadido la Comision algunos otros documentos cuya inscripción ha considerado no menos necesaria. A esta clase corresponden ante todo las ejecutorias de los tribunales en que se declara la incapacidad legal para administrar, ó la presuncion de muerte de personas ausentes, ó se impone la pena de interdiccion ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto á la libre disposicion de los bienes. Esta prescripcion es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada ya en el proyecto de Código civil, pero su simple enunciacion la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, no basta que el vendedor ó el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos á otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que trasmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Solo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, á que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra seria incompleta y no produciria frecuentemente el efecto apetecido.

Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados á una obligacion personal. De aquí ha dimanado la doctrina juridica de que solo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal, está obligado á respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el

que lo hace por títulos singulares. Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos á que suelen comprometer á los arrendatarios, y la proteccion debida á la buena fé, clave del crédito, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. Ya se habia encargado la práctica de ir allanando el camino para la reforma, convirtiendo contra los cánones recibidos en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razon en los registros de hipotecas. Y es que cuando el derecho escrito ó la doctrina legal no alcanza á satisfacer una necesidad, se encarga la costumbre de llenarla, y cuando esto acontece, toca al legislador convertir en ley y dar forma y regularidad á lo que ya es una necesidad reconocida. De este modo, sin perjuicio del dueño que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buena fé que entra en el contrato con el conocimiento de una obligacion de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se prefijan.

La Comision no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real.

No tiene esto nada de comun con la inscripcion de los arriendos y subarriendos de los bienes inmuebles que por la legislacion fiscal se han introducido, ya para hacer efectivos los impuestos sobre los arrendamientos, ya despues de suprimidos los impuestos, como un medio para perfeccionar la estadística de la riqueza raiz y conseguir un repartimiento mas equitativo de las contribuciones. Segun queda manifestado, ni una ni otra consideracion cabian en el proyecto, si la Comision habia de ser consecuente con los principios que proclama.

Solo han sido hasta aquí objeto de inscripcion los títulos cuya autenticidad aparecia desde luego: los documentos privados no solian admitirse en los registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condicion de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público mas que lo que no deje dudas de su legitimidad. Por esto la Comision, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto del Código civil, propone que solo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias ó en documentos auténticos espedidos en forma legal por el Gobierno ó por sus agentes.

Otra cuestion importante y nueva en nuestra patria debia resolver la Comision, á saber : si han de ser inscritos los documentos ó titulos otorgados en el extranjero que á haberse celebrado en España estarian sujetos á la inscripcion. No puede en nuestros dias el legislador desentenderse del derecho internacional privado, que menos importante en otros tiempos, hoy, gracias al aumento de las comunicaciones siempre crecientes entre todos los pueblos civilizados, á los enlaces de familias extranjeras con nacionales, á la multiplicacion de las empresas industriales y agrícolas, y al cosmopolitismo, si así puede decirse, de la edad presente, no debe pasar olvidado, como tampoco quedar en incierto los intereses que protege. La soberanía del legislador está en verdad limitada por las fronteras; este principio, que no obsta á que los extranjeros entren, pasen y se establezcan en el territorio de una nacion que no es la suya, á que ejerzan en ella su industria ó su comercio, á que adquieran bienes, y á que sucedan, ya en virtud de disposicion testamentaria, ya por llamamientos de la ley, con subordinacion siempre á las restricciones que en cada caso se hallan establecidas por las legislaciones especiales de cada pueblo, está limitado por razones de conveniencia universal de todas las naciones. El derecho escrito es en verdad escaso por do quiera en disposiciones referentes á las personas, á los bienes y actos de los regnícolas en el extranjero y de los extranjeros en el reino; pero motivos de utilidad que ninguna nacion ha desconocido, han hecho que en cada Estado se dé á las leyes extranjeras efectos mas ó menos estensos, efectos que, escritos pocas veces en las leyes, han venido á formar, con la repeticion de actos, la jurisprudencia de los tribunales.

Los principios de este derecho internacional, formulados por ilustres escritores, desenvueltos en gran parte por la práctica judicial, sancionados, aunque en menor escala, por algunos tratados entre las diferentes potencias de Europa y de América y comenzados á escribir con timidez y concision en las leyes, van ya formando un derecho consuetudinario, que mas pronto ó mas tarde concluirá por dominar en todas las naciones civilizadas. No será España la que mas tarde en entrar en este camino: la historia de lo pasado es el pronóstico para lo futuro.

Cuando nuestra patria estaba fraccionada en pequeñas monarquías, y estas monarquías lo estaban por los estatutos, ya provinciales ya municipales, por los fueros y por las costumbres; cuando

en medio de este desconcierto general se empezaba á sentir la necesidad de fijar reglas para los conflictos ocasionados por dos ó mas legislaciones diversas, pero que la ciencia no habia comprendido aun esta necesidad; cuando los grandes juriseconsultos de la escuela de Bolonia, sin conocer el vacío, dejaban al siglo siguiente y á Baldo y Bártolo la gloria de llevar la primera piedra á la ciencia del derecho internacional privado, D. Alfonso X, adelantándose á su época, fijaba como legislador los principios que hoy prevalecen en Europa.

Al renacer en España en este siglo el espíritu codificador que animó al Rey Sábio, las mismas han sido sus tendencias. En diferentes disposiciones del Gobierno, en el proyecto de Código civil, en la ley vigente de Enjuiciamiento para los negocios civiles, ha predominado la idea de escribir en las leyes los principios que recomienda la ciencia, y que van siendo práctica general de las naciones.

Fiel la Comision á estos antecedentes, que tiene tambien muy en cuenta en el proyecto de ley de Enjuiciamiento criminal, en cuya redaccion se ocupa, no ha creído que debia prescindir de ellos en la de hipotecas. Por esto propone que los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por tribunales extranjeros, á que según lo prescrito en la ley de Enjuiciamiento civil deba darse cumplimiento en España, se inscriban en el registro correspondiente, siempre que debieran inscribirse los mismos documentos si constituyeran actos celebrados ó sentencias pronunciadas en el reino. La Comision confia en que si su propuesta merece la aprobacion del Gobierno, resultará de ello el mismo ó quizá mayor beneficio á los nacionales que á los extranjeros. De otro modo, todos los actos de comunicacion ó de trasmision de la propiedad ó de la constitucion de un derecho real verificados en el extranjero por extranjeros ó regnícolas que se refieran á bienes sitos en España, aunque con arreglo á nuestras leyes fueran aquí válidos, no podrian inscribirse, ni aparecerian tampoco en el registro las incapacidades para enajenar, que obrando dentro de sus atribuciones y derechos indisputables, impusieran los tribunales extranjeros, conforme á las reglas del *estatuto personal*, por el que se gradúa la capacidad civil de las personas, á súbditos suyos que tuvieran en nuestro país bienes inmuebles, que siempre son regidos por el *estatuto real*, ó lo que es lo mismo, por la ley del suelo en que se hallan.

BIENES QUE SE REPUTAN INMUEBLES PARA LOS EFECTOS DE LA LEY.

No corresponde á la ley de hipotecas definir y clasificar las diferentes clases de bienes que comprende por regla general la division de estos en muebles y raices. Pero no podia desentenderse la Comision de resolver algunas dudas con que en la práctica vendria á tropezarse: esta es la causa por que debe dar algunas esplicaciones. Sabido es que los oficios públicos enajenados de la Corona se equiparaban en la práctica á los bienes raices; que sobre ellos se imponian censos, y que se les gravaba con hipotecas á ciencia y paciencia del legislador. Esto, que en los tiempos en que dominaban otras ideas no parecia extraño, en la actualidad seria un anacronismo. Cuando está universalmente reconocida la necesidad de que vuelvan al Estado todos los oficios públicos; cuando ya muchos de estos oficios han revertido á él; cuando para la supresion de otros pende solo la cuestion del modo de indemnizar á sus dueños; cuando ya hay presentados á las Cortes proyectos de ley proponiendo la reversion de los que aun subsisten, no parece propio de una ley nueva dar cabida á abusos injustificables, que partian de la ficcion de que el desempeño de un oficio público era igual al derecho de propiedad en una finca, y que debia ser igualado á él en los efectos: unida esta consideracion á la conveniencia de no aumentar las dificultades para la reversion de estos oficios á la Corona, de la que con tanto perjuicio del país fueron desmembrados, ha movido á la Comision á proponer que para los efectos de la ley no se consideren tales oficios como bienes inmuebles.

Menor dificultad se presenta respecto de las inscripciones de la deuda pública, acciones de bancos y de compañías mercantiles. Desde luego aparece que cuando estos títulos ó acciones son al portador, no pueden ser objeto de inscripcion, porque tampoco lo son de endoso: en el terreno del derecho consuetudinario, parece que debe reputarse como dueño el que las posee y presenta, si las ha adquirido en forma legal; y su carácter distintivo está en que inmediatamente que se adquieren, su propiedad quede prescrita de derecho, impidiendo que sobre ella pueda reclamarse. Los títulos ó acciones nominativas no están á la verdad en el mismo caso; solo el que legitimamente las adquiere del que es su dueño, tiene el verdadero dominio de ellas; y como á veces con la representacion de de-

rechos en bienes inmuebles, podria dudarse si realmente les correspondia esta clasificacion. La Comision ha creido que la índole de las sociedades por acciones se opone á darles semejante carácter: cualesquiera que sean los objetos de las asociaciones, el carácter comercial prevalece en ellas; aglomerar las formalidades para su tramitacion es desnaturalizarlas. Podrán poseer bienes inmuebles; pero aunque por ser estos de la sociedad, son de todos los socios en comun, no puede en rigor decirse que están representados por las acciones: las acciones solo representan una parte alícuota de todo el capital social, sin determinacion de los bienes en que consiste, ya sean raices, ya muebles, ya cosas incorporeales.

FORMA DE LA INSCRIPCION.

¿Deberá trasladarse al registro copia literal de las escrituras de todos los actos traslativos de la propiedad y de los que la modifican, ó solamente se pondrá en él un extracto de las escrituras? En otros términos: ¿deberá adoptarse el principio de la *trascricion*, ó el de la *inscripcion*? Nuestro derecho hasta ahora ha preferido la *inscripcion*; no hubiera esto sido motivo suficiente para decidir á la Comision, si la *inscripcion* no fuera bastante, á fin de dar á la propiedad, á los demás derechos en la cosa, á la contratacion y al crédito, toda la firmeza que se busca al reformar la legislacion antigua.

Las legislaciones modernas no están acordes respecto á este punto: unas trascriben, otras inscriben. La *trascricion* tiene las ventajas de representar con toda fidelidad el documento, de constituir dobles archivos que mutuamente se fiscalicen, de evitar los errores á que pueda dar lugar un extracto mal hecho, y de necesitar menos capacidad en los registradores. Al lado de estas ventajas tiene graves inconvenientes nacidos de la complicacion y abultado volúmen de las titulaciones, de la poca sencillez y precision de los formularios de las escrituras, que aun dado caso que se reformaran desde luego, no podria remediarse el mal respecto á los títulos anteriores, y sobre todo el de que en las enajenaciones y constitucion de derechos reales de poco valor difícilmente compensa los gastos que requiere. La Comision ha creido que la *inscripcion* minuciosa que propone, las fórmulas concretas y comprensivas de todas las circunstancias que se han de hacer constar en los registros, los modelos que acompaña, y las precauciones que adopta para que no se eluda la ley, sa-

tisfacen cumplidamente á las ventajas de la trascripcion salvando sus inconvenientes.

En el sistema de la Comision no cabe fijar un término, dentro del cual se lleven al registro los títulos que para ser eficaces contra tercero, necesitan la inscripcion. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopcion de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero solo cuando esta haya inducido á otro por error á contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la Comision ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio no pueda inscribirse ningun otro de fecha anterior por el cual se trasmita ó grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y dá lugar á que el segundo se celebre ó inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero: este no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada ó minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente.

No es estensivo esto á las hipotecas: la anterior no inscrita será postergada á la que de fecha mas moderna se inscribió mas pronto; aquí ya no existe peligro alguno; si la finca hipotecada basta para pagar á ambos, ninguno queda perjudicado; si no alcanza á tanto, el que inscribió primero será siempre el atendido con preferencia; si solo se puede cubrir el crédito del primero que inscribió, este exclusivamente se aprovechará de la hipoteca.

EFFECTOS DE LA INSCRIPCION.

Ya queda espuesto anteriormente que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican á tercero, es una de las bases de la ley. La Comision, que lo ha admitido sin escepcion, ha consignado como consecuencia indeclinable que debia tener fuerza aun contra los acreedores singularmente privilegiados. En esto ha reformado el antiguo derecho solamente en la parte que se refiere á las hipotecas, porque el privilegio nunca ha alcanzado á los demás derechos reales; ha sido únicamente una prelación entre acreedores, no estensiva á los que tenian ya adquirida la propiedad á cualquiera de sus desmenbraciones. Otras innovaciones no menos

trascendentales introduce el proyecto en el antiguo derecho respecto á las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, á no violarse el principio adoptado, no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio, cuando no aparezca la causa de ellas en el registro.

Las innovaciones que con este motivo ha introducido la Comision se refieren á la revocacion de las donaciones, al retracto legal por causa de venta, á las rescisiones de las ventas por no haberse pagado el todo ó parte del precio al comprador, y por haberse vendido y entregado á un segundo comprador lo vendido antes á otro, á las rescisiones por lesion enorme y enormísima, á la restitution *in integrum*, y á la rescision de enajenaciones hechas en fraude de acreedores. Puntos son estos sobre los cuales es indispensable que la Comision dé algunas esplicaciones.

Respecto á la revocacion de las donaciones.

Disto mucho de ser uniforme el derecho en las diferentes provincias de nuestro territorio, respecto á la revocacion de las donaciones. La legislacion aragonesa declara irrevocables las que consisten en bienes raices entregados con la debida solemnidad: la de Castilla, por el contrario, establece espresamente la revocacion por las causas de ingratitud y de superveniencia de hijos: la de Cataluña, por costumbre elevada á derecho escrito, la admite solo por la superveniencia de hijos, y esto despues de la muerte del padre, y cuando es la donacion de todos los bienes y perjudica á los legítimos, y la de Navarra en su silencio es suplida por el derecho romano, que establece terminantemente la revocacion por ingratitud, y que dá lugar á reñidas cuestiones entre los intérpretes, respecto á la que tiene lugar por el nacimiento de hijos posterior á la donacion.

Se vé, pues, que la legislacion mas favorable á la revocacion de las donaciones es la de Castilla, que adoptando una opinion mas seguida en los siglos medios que en nuestros dias, erigió en ley lo que opinaban algunos jurisconsultos, á saber; que el derecho romano, al establecer la revocacion de las donaciones, refiriéndose especialmente á las relaciones entre los patronos y libertos, debia aplicarse como regla general á todos los casos que se presentaran, cualesquiera que fueran los donantes y donatarios. No cabe dentro de los limites á que tiene que circunscribirse el proyecto, borrar estas desigualdades: solo al Código civil está reservada la nivelacion; pero si

está la Comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta á los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condicion rescisoria á que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio, ú obtiene sobre ella algun derecho real. Y esta regla solo podia ser la de que no estando inscrita la condicion rescisoria, no perjudicara á tercero, porque de otro modo quedaria falseado el sistema elegido.

En este punto sufrirán una reforma todas las legislaciones de la Península; no así en las relaciones entre los donantes y adquirentes, respecto á los cuales quedará subsistente el antiguo derecho en lo que concierne á la accion personal, y aun tambien por lo tocante á la real, mientras que la cosa donada no haya pasado á manos de un tercer poseedor, ó no haya sido gravada con una carga real ó con una hipoteca. No es esta reforma tan grave como á primera vista aparece, si se atiende á que son pocos los ejemplos que se presentan de revocacion de donaciones por ingratitud ó por superveniencia de hijos. Pero aun en el caso de que el proyecto pase á ser ley, podrán seguir gozando los donantes de los beneficios hasta aquí establecidos, sin mas que espresar en las donaciones, que estas quedarán revocadas en los casos referidos ó en otros que estimen conveniente.

Conforme está en parte con lo que propone la Comisión el proyecto del Código civil: éste, despues de limitar mucho en su estension y efectos la revocacion de las donaciones por la ingratitud del donatario, establece que cuando por esta causa sea revocada la donacion, queden subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la inscripcion de la demanda de revocacion en el registro de hipotecas, y que las posteriores sean anuladas. Sigue en este punto á la ley romana que lo estableció, y cuyos fundamentos son que al adquirente de buena fé no debe perjudicar el castigo justo que se impone á la ingratitud del donatario; que la traslacion hecha por este dá al tercero un derecho absoluto no sujeto á actos ajenos, y que en el hecho de no haber reclamado el donante, dá una prueba de que ha remitido la ofensa. No es igual la decision del proyecto de Código civil respecto al caso de revocacion por la superveniencia de hijos; pero la Comisión, sin falsear su sistema, no podia admitirla.

Respecto al retracto legal en las ventas.

Tampoco podia admitir la Comisión, que pasada la cosa á un tercer poseedor, hubiera lugar al retracto legal en la venta. El re-

tracto convencional no necesita esta declaracion , porque si la venta está inscrita en el registro, la condicion resolutoria del contrato aparecerá tambien en él, y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna. Si no está inscrita la condicion resolutoria , será porque no se haya espresado en el contrato , tal vez para burlar la ley ; pero sea la omision efecto de descuido ó de mala fé, solo debe perjudicar á los negligentes y á los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condicion resolutoria. La dificultad, pues , solo puede existir respecto al retracto gentilicio y al de comuneros, bien lo sean en el dominio absoluto de la finca, ó por estar divididos entre ellos el dominio directo y útil. No corresponde á la Comision examinar en esta esposicion las ventajas ó inconvenientes de semejantes clases de retractos : no tiene para qué recordar tampoco la censura de que son objeto, la odiosidad que en sentido de sus mismos defensores tienen, la necesidad legal de interpretarlos siempre estrechamente , la opinion de uno de los Cuerpos colegisladores marcada muy significativamente respecto del retracto gentilicio , la omision de este en el proyecto del Código civil , y la restriccion grande que pone al de comuneros, concediéndolo solamente en el caso de que se venda al estraño por uno de los conductos la cosa que no pueda dividirse cómodamente ó sin menoscabo: tampoco le corresponde entrar en el exámen de las legislaciones forales , en algunas de las cuales se dá mucha mayor estension á los retractos. Respetando lo existente tal como se halla, solo propone reforma en la parte en que se opondrá á los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título ; de otro modo , para ser consecuente , seria necesario admitir la regla del derecho aragonés, en virtud de la cual el comprador de una cosa sujeta á retracto no la puede vender dentro del término legal para retraer, lo que en último resultado vendria á convertir en derecho de tanteo el que es de retracto, y haria indispensable en todas las adquisiciones por título universal de cosas que procedieran de padres ó de abuelos, la cláusula de que quedaban sujetas al retracto. En los términos cortos y fatajes en que es permitido el retracto, pocas veces se presentará el caso de haberse hecho á un tercero la enajenacion de la heredad sujeta á él, y que esta se haya inscrito en el registro; pero cuando ocurra, no debe disimular la Comision que se separa, ya que no del derecho escrito, de la jurisprudencia.

dencia recibida por regla general, la cual, fundada en que el retracto nace inmediatamente de la ley, estima que, á imitacion de las acciones reales, debe darse contra cualquiera poseedor á que pase la cosa durante todo el término concedido para retraer.

Al derecho de tanteo en la enfitéusis es estensivo lo que queda espuesto respecto al retracto legal por la venta. Pero la Comision no se cansa de repetirlo: esto solo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta á las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente ó tanteante.

Por no haberse pagado el todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta de la inscripcion haber sido aplazado el pago.

Siempre que en la escritura de venta no aparece que está el precio por satisfacer total ó parcialmente, nace la presuncion legal de que íntegramente ha sido satisfecho. El tercero que compra ó adquiere un derecho real sobre lo así vendido, si despues se vé privado de ello, realmente es perjudicado por un hecho ajeno imputable al vendedor y al comprador, y sobre todo al primero, en cuyo interés está hacer que conste la falta de pago en la escritura y en el registro. Mas justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dió lugar á él, que sobre el que no pudo preverlo ni evitarlo, cuya buena fé no debe quedar burlada.

Por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no haya sido inscrita.

Consecuencia es esto del principio espuesto al manifestar los motivos de las bases de la ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero solo se entenderá trasmitido el dominio desde la inscripcion, no desde la posesion, y menos desde el convenio. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. Así lo establece tambien el proyecto de Código civil, ordenando que cuando el propietario enajene unos mismos bienes inmuebles á varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título.

Por causa de lesion enorme y enormísima.

El Fuero Juzgo dijo sucinta y genéricamente que ninguno podia deshacer la validez de la venta, fundándose en haber vendido la cosa en menos de su valor. El Fuero Real y las Partidas, no aceptando

el derecho visigodo, al que siguieron los fueros municipales, sustituyeron á esta regla la romana, segun la cual procedia la rescision, siempre que la lesion excediera de la mitad del justo precio. No sucedió lo mismo en Aragon, en donde rige la regla de que tanto es el valor de la cosa en cuanto se puede vender. Los códigos modernos establecen doctrinas diferentes, ya respecto á rechazar ó admitir la rescision por esta causa, ya acerca de si deberá limitarse al comprador ó al vendedor, ó ser extensiva á ambas, ya respecto á la cantidad que debe servir de tipo para graduar la lesion, ya respecto á si es ó no renunciable este derecho, ya á si ha de comprender los bienes inmuebles ó circunscribirse solamente á los muebles, ya, por último, respecto al tiempo en que puede ejercitarse el derecho de pedirla. En España está iniciada esta cuestion en sentido de negar que las enajenaciones sean rescindibles por lesion. El Código de Comercio establece que las ventas mercantiles no se rescindan por lesion enorme ó enormísima, y que solo tenga lugar la repeticion de daños y perjuicios contra el contratante que proceda con dolo en el contrato ó en su cumplimiento. Es verdad que en las cosas muebles, y con especialidad en las que son objeto de contratacion mercantil, hay motivos especiales que así le aconsejan; pero los principios capitales en que se funda la abolicion del antiguo derecho, son aplicables igualmente á la propiedad inmueble. Por esto sin duda, en el proyecto del Código civil se establece como regla general, si bien despues se hacen determinadas escepciones, que ninguna obligacion ó convenio se rescinda por lesion, aunque sea enormísima. Ni se contentaron los autores del proyecto con dejar de hacer mencion de ella, lo que por si solo bastaria para que no pudiera solicitarse ni acordarse: fueron mas adelante; consignaron su opinion de un modo que no se pudiera atribuir su silencio á que no la hubieran tenido en cuenta: desecharon la rescision por lesion en el precio, dejando escrita de un modo solemne la reprobacion que les merecia. Los que buscan el equilibrio entre el valor de la cosa y el precio que por ella se dá hasta el punto de permitir la rescision á título de lesiones, deben considerar que es inadmisibile en las subastas públicas, á pesar de las grandes diferencias que hay á veces entre la tasacion de las fincas y el precio en que se rematan, y que no debe considerarse ni inamoral ni falto de consentimiento en el contrato otorgado privadamente entre particulares, cuando en iguales condiciones no lo es entre un particular y el Estado, ó si se verifica con intervencion de

las autoridades judiciales. Mas la Comision, limitándose á lo que á la ley corresponde, no ha procedido á la reforma del derecho civil en este punto, sino solo en cuanto se refiere á un tercer poseedor que tal vez haya pagado el precio verdadero de la cosa.

Por efecto de la restitucion in integrum.

La restitucion *in integrum* concedida á los menores, á los incapacitados y á algunas personas jurídicas á quienes la ley ha creído que debía dispensar este beneficio, no está admitida en todo el territorio español. La legislacion aragonesa la rechaza por completo, y los redactores del proyecto del Código civil, si bien no creyeron que debian estender á toda la monarquía la ley aragonesa aboliendo la restitucion, la limitaron mucho, no concediéndola mas que á los menores é incapacitados, y nunca contra el poseedor extraño al contrato hecho en nombre de ellos, si bajo la salvaguardia de la ley habia adquirido un derecho real. *El beneficio de la restitucion*, dicen los redactores del proyecto, *solamente tiene lugar contra el tercero que contrató con el tutor ó curador, y no contra los ulteriores adquirentes, á no ser contra el que hubiere adquirido de mala fé;* y como si esta limitacion no les satisficiera bastante, añadieron que no gozarian los menores del beneficio de la restitucion respecto á los daños que se les hubieran hecho en las capitulaciones matrimoniales celebradas con las solemnidades de derecho, ni en los convenios ni actos del tutor ó curador sobre los cuales hubiera recaído la aprobacion judicial. La Comision cree que el beneficio de la restitucion se convierte frecuentemente contra las personas á cuyo favor se ha introducido, haciendo mas triste su condicion, porque aminora su crédito, porque dejando en incierto derechos legítimos, retrae de contratar con ellas á muchos que sin el privilegio no dejarían de hacerlo, y porque los mismos favorecidos ó que creen serlo se ven obligados en su consecuencia á pasar por las exigencias de usureros, que compensan el riesgo á que se esponen con lo escetivo de la ganancia á que aspiran. Hoy es una verdad reconocida que los menores y los que á ellos en el derecho se equiparan, están abrumados con el peso de los beneficios que á manos llenas han querido dispensarles los legisladores. Lévese enhorabuena la proteccion hasta el punto adonde pueda llegarse sin perjudicarles; pero que esta proteccion tenga por objeto impedir la superveniencia del mal; que por medios eficaces en este sentido se multipliquen los

beneficios; pero que no se busque en acciones rescisorias, remedios por su indole extraordinarios, la anulacion del crédito de los protegidos, ni se dé lugar á los efectos lamentables que son siempre su resultado; en una palabra, que la ley sea mas previsora, siguiendo el adagio jurídico segun el cual, mas vale precaver oportunamente el mal, que tratar de atajar sus consecuencias. Por estas consideraciones la Comision, circunscribiéndose á los límites indispensables del proyecto, y fiel á su pensamiento, niega el beneficio de la restitution para despojar de la propiedad ó de cualquiera otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fé, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio.

Por enajenaciones verificadas en fraude de los acreedores.

Las leyes mismas que han establecido la revocacion de las enajenaciones hechas en fraude de los acreedores, se han mostrado muy cuidadosas de restringir los efectos de semejante derogacion de los principios que protegen el derecho de contratacion. Limitando la accion de los acreedores al corto espacio de un año, estableciéndola para el caso en que las enajenaciones provengan de títulos meramente gratuitos, y solamente de los onerosos cuando el adquirente es partícipe del engaño, exigiendo, no solo que haya habido intencion de defraudar, sino que la intencion haya producido su efecto, no admitiendo otra presuncion de derecho para juzgar de la intencion que la de haber sido el deudor condenado á satisfacer deudas ó á hacer entrega de sus bienes á los acreedores, dan á entender muy claramente la timidez y desconfianza con que procedia el legislador en esta delicada materia. En el proyecto de Código civil no podian menos de tomarse en cuenta los inconvenientes del derecho antiguo respecto á la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fé, y del peligro que corrian de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido. Así, al tratar de la rescision de las obligaciones á instancia de los acreedores, se fijaron algunas reglas respecto á las cosas inmuebles, que han sido sustancialmente adoptadas por la Comision. Segun estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles á título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescision se haya anotado en el registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenacion; tambien se rescinden, aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el registro, si el adquirente obró dolosamente,

salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entre tanto con buena fé; y por último las enajenaciones á título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, son rescindidas como fraudulentas á instancia de los acreedores. La Comision ha seguido este ejemplo en la parte que cabia en el proyecto, proponiendo que la accion rescisoria por enajenacion en fraude de acreedores no se dé en perjuicio de tercero que tenga inscrito el título de su derecho, á menos que la segunda enajenacion sea á título gratuito, ó que el tercero haya sido participante en el fraude. Ha ido mas adelante aun, proponiendo que en estos casos el año establecido por la ley se cuente desde el dia de la enajenacion fraudulenta, corrigiéndolo en esto las Leyes de Partida que lo contaban solo desde el día en que los acreedores sabian la enajenacion. La publicidad del registro en el que debe constar la enajenacion hecha en fraude de los acreedores, el concederse la reduccion del término solamente al que tiene inscrito su derecho, y la odiosidad de estos remedios rescisorios, motivo por el que han sido siempre de interpretacion estrecha, esplican la conducta de la Comision.

Para la claridad de la ley es menester fijar con precision qué es lo que debe entenderse por enajenacion á título gratuito, hacer aplicaciones prácticas de la definicion, y declarar tambien quiénes deben ser considerados como participantes del fraude.

La Comision lo ha hecho en los términos que ha considerado mas convenientes, y cree que su simple lectura bastará para que todos conozcan los motivos en que se fundan las disposiciones adoptadas: mas que establecer derecho nuevo, puede decirse que en esta parte del proyecto se limita á formular lo que ó antes estaba escrito en la ley sin concretarlo al caso actual, ó lo que viene recibido como doctrina, é interpretado prácticamente por la jurisprudencia de los tribunales. Sin dar grandes dimensiones á esta esposicion de motivos, no puede descenderse á otros pormenores.

ANOTACIONES PREVENTIVAS.

Ya deja la Comision espuestos los motivos que la han obligado á sustituir esta denominacion á la antigua de *hipotecas judiciales*, y esplicados los principios que respecto á ella prevalecen en el proyecto. Ahora le toca descender á algunas disposiciones particulares.

Por lo mismo que la hipoteca judicial no emana de la voluntad

:

del dueño de la cosa hipotecada, debe restringirse la facultad de los particulares para pedirla y la del juez para decretarla. Solo puede justificarse la coartación del derecho de propiedad cuando tenga por objeto la protección de otros derechos no menos atendibles, ó la necesidad de adoptar precauciones que impidan al deudor ó litigante hacer imposible en su día el cumplimiento de una sentencia ejecutoria, ó constituirse en el caso de no tener bienes con que responder á las reclamaciones justas que contra él se dirijan.

Esto lo ha procurado hacer la Comisión, señalando esplicitamente los casos en que podrá tener lugar la anotación preventiva.

Pero además de las anotaciones preventivas que exige el curso de los procedimientos judiciales, se necesitan otras que tiendan á asegurar ciertos derechos reales ya existentes, pero que no se hallan en el caso de ser inscritos, bien porque no son aun definitivos, ó bien porque su verdadera importancia no está aun determinada.

Este es el fundamento de las anotaciones preventivas á favor de los legatarios y de los acreedores refaccionarios.

Respecto al legatario. Desde luego puede comprenderse que la facultad de pedir la anotación preventiva solo se debe dar al legatario que no tiene el derecho de provocar el juicio de testamentaria. El legatario de parte alcuota, mas que legatario, puede considerarse como heredero; su condición es parecida en muchas cosas á la de este, y con el derecho que tiene de salvar sus legítimos intereses, impetrando la intervención de la autoridad judicial, está suficientemente garantido.

La protección de la ley de hipotecas solo pues debe venir en auxilio del que carezca de aquel derecho. Cuando la cosa legada es determinada é inmueble con arreglo á los principios del derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que espira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por esto pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño á impedir que la cosa se enajene á un tercero, que por tener inscrito un derecho y ser adquirente de buena fé, pueda despues defenderse con éxito de la reivindicación. Lo que se dice del legatario de bienes inmuebles es aplicable por identidad de razon al legatario de créditos ó pensiones consignados sobre bienes raíces tambien, porque tiene sobre ellos un verdadero derecho real.

No es esta regla aplicable exactamente al legatario de género, aunque lo sea su espíritu. El legatario de género no tiene una acción real en virtud de la cual pueda reivindicar una cosa determinada de la herencia; tiene solo una acción personal por la cual puede obligar al heredero á que cumpla con la voluntad del testador; pero si bien esto es cierto, también lo es que nuestro derecho, adoptando la innovación introducida por el Emperador Justiniano, ha constituido como garantía de la obligación personal del heredero, una hipoteca tácita en todos los bienes hereditarios. Justo es pues, que con una anotación preventiva ponga á salvo su derecho el legatario, ya lo sea de bienes muebles determinados, de género ó de cantidad, ya de bienes inmuebles, de las dilapidaciones ó fraudes de un heredero poco respetuoso á la memoria de su favorecedor. Mas esto debe entenderse sin perjuicio del que tenga un derecho preferente sobre cosa determinada: por esto ha añadido la Comisión que el legatario de género ó cantidad no pueda exigir anotación sobre bienes inmuebles legados especialmente á otro, lo que equivaldría á anular la transmisión en estos del dominio que la ley establece á su favor, y que después de obtenida la anotación tampoco tenga derecho á impedir que otro legatario obtenga igual beneficio dentro del plazo concedido á todos. Tiene aquí aplicación lo que respecto á la concurrencia de las anotaciones preventivas, llamadas hasta ahora hipotecas judiciales, queda supuesto anteriormente.

Este derecho no debe ser ilimitado; solo debe durar el tiempo que los legatarios no tengan espedita la facultad de reclamar con éxito la cosa legada. Las leyes por justas causas establecen que mientras dure el tiempo otorgado para la formación del inventario, no puedan ser los herederos inquietados por los legatarios. Proteger á estos, principalmente mientras por otros medios mas eficaces y directos no puedan obtener las mandas, es lo que hace el proyecto. Pero el término para formar el inventario no es siempre el mismo, ni con arreglo á la legislación actual, ni segun el proyecto del Código civil: segun la legislación actual, porque ordena que para acogerse á su beneficio ha de comenzar dentro de los treinta dias contados desde que los herederos sepan que lo son, y concluirse dentro de tres meses estando en el mismo pueblo todos los bienes hereditarios, y dentro de un año si están en pueblos diferentes: segun el nuevo proyecto, porque después de establecer que el inven-

tario se principie á mas tardar dentro de treinta dias desde que espiró el término señalado para que asistan á su formacion los acreedores y legatarios, ordena que se concluya dentro de otros sesenta.

Por esto la Comision creyó preferible establecer un término general para el solo efecto de poder pedir la anotacion preventiva sobre cualesquiera bienes hereditarios, dejando despues libre la facultad de reclamarla en todo tiempo sobre los bienes que subsistan, pero sin que la anotacion surta efecto contra el que antes haya inscrito su derecho sobre los mismos bienes. De este modo, los que adquieren bienes inmuebles ú otros derechos reales sobre la propiedad raiz hereditaria en los ciento ochenta dias espresados, saben el peligro á que se esponen. Si una anotacion preventiva les daña, impútenselo á sí mismos, porque no debian ignorar que durante el término que queda señalado, están sujetos á responder á los legatarios en lo que alcanzaren los bienes inmuebles que pertenecian á la herencia. Así se evitan fraudes por parte de los herederos, y se les dá un estímulo para que cumplan cuanto antes la voluntad del testador, al mismo tiempo que se consulta al interés de los legatarios y al legítimo de los que despues de espirar el plazo hayan adquirido derechos reales. Mas estas anotaciones preventivas no tienen fuerza indefinidamente; el trascurso de un año basta para quitársela, á no ser que ni aun entonces sea exigible el legado, en cuyo caso la anotacion subsistirá en todo su vigor hasta dos meses despues del dia en que pueda exigirse. Fúndase esto en que el que tiene medios eficaces para conseguir el legado, y deja de hacerlo, no merece la proteccion que se dispensa al que de otro modo no puede mantener incólume su derecho.

Mas la ley no seria justa si al mismo tiempo que consulta los derechos de los legatarios, no lo hiciera tambien con los del heredero. Puede este apresurarse á cumplir la voluntad del finado; puede satisfacer tambien á los legatarios de un modo que sea útil para todos: impedir que en estos casos el heredero inscriba las fincas á su favor antes del término de los ciento ochenta dias, equivaldria á privarle, aunque temporalmente, del derecho de propiedad, ó á considerarlo obligado con una hipoteca que ya no tiene objeto. Por esto el proyecto ordena que puede hacer á su favor la inscripcion de los bienes hereditarios en el plazo referido, con tal que todos los legatarios renuncien préviamente y en escritura pública á su derecho de ano-

tacion, ó que en defecto de esta renuncia se notifique solemnemente á los legatarios con treinta dias de anticipacion la solicitud del heredero, para que durante este término puedan usar del derecho de anotacion.

Respecto al refaccionario. Si digno es de ser considerado como hipotecario el crédito del que dá su dinero para la construccion ó reparacion de un edificio, despues de invertirse en la obra toda la cantidad convenida, aun en el caso de que espresamente no se haya pactado la hipoteca, digno es tambien de ser considerado como hipotecario por las cantidades que parcialmente vaya anticipando mientras dure la edificacion, concediéndole al efecto el derecho de exigir una anotacion preventiva sobre la finca refaccionada por las cantidades que hubiere anticipado.

Mas respecto á esta hipoteca, tan privilegiada en nuestro derecho actual, ha tenido la Comision que entrar en algunas consideraciones. Justo es que los acreedores refaccionarios tengan una hipoteca sobre la finca que tal vez deba solo su existencia y casi siempre su mayor valor á las construccion hechas con el dinero tomado á préstamo para su reparacion; pero no es tan justificable el privilegio que les dá la ley de ser antepuestos á todos los demás acreedores hipotecarios mas antiguos, esceptuando el fisco y la mujer, por lo que á la dote se refiere, los cuales gozando de igual privilegio guardan entre sí el orden de antigüedad. Proviene de aquí que cuando concurren varios acreedores refaccionarios, sean satisfechos por orden inverso comenzando por los mas modernos, preferencia que se funda en el beneficio que á todos produce la conservacion de la cosa que se supone debida al último acreedor. No es tan aceptable esta regla como aparece á primera vista. Su resultado puede ser que los acreedores hipotecarios anteriores pierdan por completo su derecho por reparaciones que tal vez no sean necesarias ni útiles, sino hechas indiscretamente, quizá por capricho y sin la intervencion de los que se ven privados de su derecho por una preferencia fundada en la presuncion de que les es provechoso lo que en realidad les trae perjuicios irreparables. Justo indudablemente es que su hipoteca sea preferida á cualquiera otra mas antigua, por el mayor valor que la finca reciba en virtud de las nuevas construccion, pero quedando subsistente el derecho de los acreedores anteriores por un valor igual al que realmente tenia al emprenderse la reparacion. En esto se funda la Comision para proponer que el acreedor refaccionario

sea considerado como hipotecario legal respecto á lo que escada el valor de la finca al de las obligaciones anteriores reales que están inscritas, y en todo caso respecto á la diferencia entre el precio dado á la misma finca antes de las obras y el que alcance en su enajenacion judicial. Mas para esto es necesario, ó bien que los acreedores hipotecarios anteriores convengan unánimemente y de un modo solemne, tanto en lo tocante al valor de la finca antes de empezar las obras, como sobre el objeto y necesidad ó utilidad de la refaccion, ó que el juez, con citacion de ellos, haga constar su valor. De este modo se dá garantía bastante á los acreedores antiguos y á los refaccionarios.

TÍTULOS QUE PUEDEN ANOTARSE PREVENTIVAMENTE.

El registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos á que las leyes niegan fuerza coactiva. Cuando se presenta á la inscripcion un título de esta clase, no debe el registrador anotarlo preventivamente. Pero como la falta de que el título adolezca, puede ser subsanable ó insubsanable, deben ser diversas las resoluciones que en uno ú otro caso se adopten en el proyecto.

Si conceptúa el registrador como insubsanable la falta, sería injusto, en el supuesto de ser equivocada su apreciacion, que se siguiera de ello perjuicio al que fué oportunamente á inscribir un título válido: lo sería también que el errado concepto del registrador se convirtiera en daño de un adquirente ó de un acreedor hipotecario, que ignorando la cuestion pendiente y observando que en el registro no habia ninguna inscripcion ni anotacion, adquiriera un derecho real sobre la finca. Para obviar estas dificultades propone la Comision que en tales casos se ponga una nota marginal al asiento de la presentacion, en que concisamente se espese el motivo de haberse negado la inscripcion ó la anotacion. Esta nota marginal, que será una saludable advertencia á cuantos vean el asiento, y que bastará para que conozcan los peligros á que puede llevarlos cualquier contrato que piensen celebrar, solo surtirá efecto por el espacio de treinta dias, durante cuyo término el quejoso de la calificacion hecha por el registrador podrá acudir á los tribunales pidiendo la declaracion de validez, y solicitando al propio tiempo que se tome anotacion preventiva de la demanda, retrotrayéndose el efecto de esta á la fecha del asiento de presentacion.

Mas cuando los títulos que se llevan á la inscripcion solo tienen defectos subsanables, entonces, al paso que una anotacion preventiva pondrá á todos al corriente del verdadero estado de la finca, el que presente el título defectuoso encontrará la garantía de su derecho en el documento que podrá exigir al registrador para hacer constar en todo tiempo si habia ó no pendientes de inscripcion otros títulos relativos al mismo inmueble, y cuáles eran estos al tiempo de hacer la anotacion. Esta anotacion solo tiene carácter interino: á los interesados les corresponde subsanar el defecto y poner su derecho á cubierto de toda objeccion justa; al efecto se les señala el término de sesenta dias, que podrá, cuando concurren ciertas causas, prorogarse hasta ciento sesenta por la autoridad judicial. El que se descuida ó desprecia el precepto legal, queda castigado con la caducidad de la anotacion.

EFFECTO DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS.

• Espuestos quedan ya los efectos de las anotaciones preventivas, cuando siendo el resultado de una providencia judicial, tengan el carácter de transitorias para asegurar las consecuencias de un juicio. Fuera de estos casos, las anotaciones preventivas son precursoras de la inscripcion y hacen que esta surta su efecto desde la fecha de la anotacion. La razon de la diferencia salta á la vista; en los casos en que solo se trata de asegurar para su dia el cumplimiento de la cosa juzgada, no puede decirse con justicia, que por la providencia judicial, que solo tiene un carácter de preventiva, se cambia la índole de la obligacion, ni que de simple se convierta en hipotecaria, ni que hace peor la condicion de los acreedores que están en idéntica circunstancia, ni que destruye el orden de prelación de los créditos hipotecarios que se halla establecida por las leyes; pero las demás anotaciones preventivas son un verdadero derecho hipotecario constituido en virtud de la ley y ejercitado por el acreedor, si bien por las dudas á que dan lugar los títulos presentados ó por circunstancias transitorias no han llegado aun á la inscripcion.

DE LA ESTINCTION DE LAS INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES PREVENTIVAS.

Las disposiciones adoptadas respecto á la estinccion de inscripciones y anotaciones preventivas no presentan tanta dificultad como las que se comprenden en otros títulos del proyecto, porque no in-

roducen cambios tan profundos en nuestro derecho civil. Su simple lectura basta para que se conozcan las razones que ha tenido la Comision para formularlas, tanto en lo que toca á la cancelacion total como á la parcial. El principio dominante en toda esta materia es que las inscripciones no se estinguen en cuanto á tercero, sino por su cancelacion ó por la inscripcion de trasferencia del dominio ó derecho real inscrito; que las anotaciones preventivas, no solo se cancelan por la estincion del derecho anotado, sino tambien cuando se conviene en escritura ó se dispone por providencia judicial convertir las en inscripciones definitivas, y por último, que la cancelacion de las inscripciones ó anotaciones preventivas no estingue por su propia virtud, en cuanto á las partes, los derechos inscritos á que afectan, surtiendo todos sus efectos en cuanto á terceros que despues hayan adquirido ó inscrito algun derecho. Estas reglas solo son una consecuencia de los principios adoptados por la Comision, y que dominan en todo el proyecto. Las medidas que se establecen para evitar fraudes, las causas de nulidad ó de anulacion de las cancelaciones, y las atribuciones de los registradores para calificar la legalidad de las formas esternas, la capacidad de los otorgantes y la competencia de los jueces para ordenar que se cancele la inscripcion ó anotacion en virtud de despacho firmado por otro juez, las autoridades judiciales á que corresponde el conocimiento de las diferentes materias en este título comprendidas, cuando es necesaria su intervencion, y las formas de proceder en las diferencias que se susciten, son puntos de que la Comision no podia desentenderse y en que ha procurado conciliar la sencillez con la claridad, huyendo del escollo, no siempre evitable con facilidad, de que el proyecto incurra en el vicio de casuístico.

Pero la estincion de algunas anotaciones exige que consagre la Comision algunas líneas para esplicar su pensamiento. Esto sucede en las que se refieren á los legatarios y á los refaccionarios.

Respecto á los legatarios. Ya queda antes dicho que la anotacion preventiva para garantir el legado que no es de especie, caduca al año de su fecha, y que si al vencimiento no es aun exigible el legado, se considera subsistente la anotacion hasta dos meses despues del dia en que debe exigirse. Pero como sucede á veces que antes de estinguirse la anotacion se haga ineficaz, porque aparezca, ó bien que la cosa anotada no era hereditaria, ó bien que estaba gravada con otras cargas que antes se ignoraban, ó por cual-

quiera otro motivo, pero dando siempre por resultado que deje de ser una verdadera garantía, de aquí que para no eludir el derecho de hipoteca que nuestras leyes actuales conceden al legatario, se le dé facultad para exigir que constituya la anotación sobre otros bienes de la herencia que puedan admitir el gravámen á que se les sujeta.

Mas la garantía de la anotación preventiva, que por regla general hasta á los legatarios, no seria suficiente para aquellos en que la obligación de la persona gravada no se puede extinguir entregando la cosa ó la especie legada, sino que es de tracto sucesivo, y que por lo tanto, necesita una seguridad mas permanente que la transitoria que dá la anotación preventiva. A esta clase de legados pertenecen los que consisten en pensiones ó rentas periódicas impuestas por el testador á cargo de alguno de los herederos ó legatarios. Si el testador declara su voluntad de que esta obligación sea personal, no habrá sin duda derecho en el agraciado para exigir ninguna otra garantía. Pero si nada dijo el testador, justo es que la anotación que pudo obtener el legatario dentro del plazo de los ciento ochenta dias, se convierta en el derecho de obtener una hipoteca, bien sobre los mismos bienes anotados, ó bien sobre otros que se hayan adjudicado al que haya de pagar la pension, y que esto tenga lugar, tanto respecto al que obtuvo anotación preventiva, como al que teniendo derecho á obtenerla, fué menos exigente con el heredero ó con el legatario, si bien en este último caso solo debe surtir efecto la anotación desde su fecha.

¿Y á quien debe corresponder la elección de las fincas que han de darse en garantía? Solo al gravado con la renta ó la pension; el derecho del pensionista no debe estenderse mas que á obtener seguridad de que no haciéndose el pago á los respectivos vencimientos haya de existir una finca bastante para que pueda hacerse eficaz la obligación á su favor constituida; solo tendrá derecho para pedir que se complete la hipoteca en el caso de que los primeros bienes gravados con ella, fueren insuficientes para garantizar su legado.

Respecto al refaccionario. La anotación preventiva que obtiene el refaccionario para que sucesivamente consten en el registro sus anticipaciones, no tiene tampoco carácter permanente, sino solo provisional, hasta que llega el caso de poder totalizar su crédito y formalizar la hipoteca que le corresponde sobre los bienes refaccionados. En esto se funda el proyecto para establecer que la anota-

:

cion caducará á los sesenta dias de concluida la obra que haya sido objeto de la refaccion, pero dejando al acreedor el derecho de convertir la anotacion en inscripcion, si no está entonces aun pagado el crédito por completo. No podia la Comision omitir aquí la clase de juicio que debia seguirse para dirimir las contiendas suscitadas entre acreedores y deudores sobre la liquidacion del crédito refaccionario y sobre la constitucion de la hipoteca, y es claro que tratándose de la declaracion de derechos, la forma elegida solo podia ser la del juicio ordinario.

DE LAS HIPOTECAS.

Al tratar especialmente de las hipotecas, ha creido la Comision que debia ante todo escribir una vez mas en las leyes, que la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones á que sirve de garantía; que sigue siempre á la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos á que pase, y á pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave. Con la consignacion de este principio implícitamente se aprueba la opinion de los que sostienen que en el caso de que la cosa hipotecada haya pasado á un tercer poseedor, puede este, cuando sea demandado, exigir y obtener que el demandante persiga por accion personal al que con él se obligó, y que solo cuando, hecha escusion de sus bienes, resulte insolvencia, tenga derecho á reclamar por la accion real hipotecaria contra el poseedor de la cosa hipotecada. Así se ha dado nueva sancion al derecho antiguo que siempre ha proclamado estos principios, si bien no siempre han sido llevados á sus indeclinables consecuencias. Despues de este principio, que es cardinal y base de las disposiciones que á la hipoteca se refieren, la Comision para quitar algunas dudas y para fijar de un modo claro y terminante la diferencia entre la prenda y la hipoteca, establece que solo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre ellos que sean enajenables, quitando así la anfibologia que en las leyes y en la práctica existe respecto al uso poco preciso de estas palabras. En ello no ha hecho mas que fijar la tecnologia legal. Pero no siempre la constitucion de hipotecas se presenta de fácil apreciacion: puede dudarse hasta qué punto sean ó no hipotecables ciertos derechos, y hasta dónde son estensivos los efectos de la hipoteca. Esto dá lugar á que la Comision haya introducido en unos

casos restricciones á la estension de las hipotecas, y declarado que otros derechos no pueden ser hipotecados.

HIPOTECAS CUYOS EFECTOS ESTÁN RESTRINGIDOS EN EL PROYECTO.

La primera restriccion que el proyecto establece se refiere al que hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena ó mala fé del edificante, ó los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado. Sin resolver cuestiones ajenas á una ley especial de hipotecas, no podria la Comision entrar en tales apreciaciones; pero no debia dejar de consignar el principio de que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho comun; no hace de peor condicion al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario al derecho que aquel tiene, como lo exigen la moral, la buena fé y el respeto que debe tenerse en todos los contratos á los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí seria autorizar al edificante á que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno, que es el que tiene la presuncion de serlo tambien del edificio.

En los mismos principios del derecho comun se funda lo que propone la Comision respecto á la estension de la hipoteca constituida por el usufructuario. Regla general es que el usufructuario no pueda enajenar, ni la cosa de que no es dueño, ni el mismo derecho de usufructo, que como personalísimo, no es comunicable ni transmisible, dependiendo por lo tanto la duracion de la servidumbre, de la vida del usufructuario ó de otra limitacion que se haya prefijado; pero puede enajenar los frutos que le han de corresponder mientras exista la servidumbre. Consecuencia de esto es, que la hipoteca queda estinguida, concluido el usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario. Mas no debe parar perjuicio al acreedor hipotecario la conclusion de la hipoteca por actos que, ó no se desprendan de la naturaleza misma de esta servidumbre personal, ó de un pacto anejo á su constitucion, porque de otro modo quedaria al arbitrio del usufructuario la suerte del derecho del acreedor.

No se deriva tan inmediatamente del derecho escrito la estension que la Comision propone de la hipoteca constituida sobre la mera

propiedad al usufructo, si este se consolida con ella en la persona del propietario, á no haberse pactado otra cosa. Fúndase lo que aquí se propone en la presuncion de la voluntad de los otorgantes, que á estar animados de otras intenciones, tendrán cuidado de expresar en la constitucion de la hipoteca que siempre ha de entenderse limitada á la mera propiedad. Y esto, lejos de ser perjudicial, puede traer tambien ventajas al deudor que tal vez conseguirá así que contento el acreedor con dirigir su accion contra los frutos, no pida ejecutivamente la venta de la finca.

No es menos importante que esta declaracion la que hace el proyecto respecto á las nuevas hipotecas sobre los bienes que están ya hipotecados, aunque exista el pacto de no volverlos á hipotecar, ó lo que es lo mismo en el lenguaje del foro, el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas. Semejante convencion es absolutamente inútil. para el primer acreedor, porque además de no dar mayor firmeza á la seguridad de lo que estipula, en nada perjudica al crédito que ha inscrito, pues que ninguno de los hipotecarios posteriores puede anteponerse á él para la realizacion de lo que se le debe. Solo es una condicion onerosa que no debe tener fuerza civil obligatoria por carecer de objeto, por disminuir innecesariamente sin justicia y sin explicacion posible el crédito territorial, y por aparecer, mas que como garantía, una exigencia exorbitante arrancada á la situacion angustiosa en que en momentos dados pueda hallarse el propietario. El no haberse prescrito en las leyes actuales la ineficacia de este pacto, podrá ser efecto, ya de que no prestó el legislador á la importante materia de las hipotecas tanta atencion como exigen hoy las necesidades de la época, ya porque limitándose á considerarla solo respecto á la seguridad del acreedor, y aun esto de un modo imperfecto, se desentendió absolutamente de dar estension al crédito territorial, que es una de las causas principales que hacen necesaria la reforma emprendida. Faltando pues toda justificacion racional á la prohibicion de hipotecar impuesta por el acreedor, debe desaparecer por la misma razon que dejan de ser obligatorios otros pactos cuya injusticia aparece evidentemente en sentir de los legisladores. Pero es necesario que la ineficacia de semejante pacto esté en la ley porque la duda de que, considerándolo lícito, pudiera producir efecto, bastaría para retraer á algunos que mirando la finca como suficiente á cubrir cargas é hipotecas sobre las antiguas á que está afectada, se hallaran dispuestos á hacer nuevos préstamos sobre ella.

El proyecto contiene otras restricciones que no necesitan fundarse detenidamente para que aparezcan sus motivos. A esta clase corresponden: en la hipoteca de los derechos reales de superficie, pastos, leñas y otros semejantes, la de que siempre queden á salvo los derechos de los partícipes en la propiedad, doctrina conforme á los principios generales del derecho, y que aun sin sancion espresa sin duda prevalecería en la práctica: en la hipoteca de los ferrocarriles, canales, puentes y demás obras destinadas al servicio público, cuya explotación haya concedido el Gobierno por diez ó mas años, la restriccion de que dependa la hipoteca de la resolucion del derecho del concesionario, porque nadie puede traspasar á otro mas derechos que los que él mismo tiene.

El derecho de hipoteca, como los demás derechos reales enajenables, es susceptible de ser hipotecado. Aunque sin una declaracion espresa del proyecto esto se sobreentendería, la Comision ha creído que debía consignarlo para evitar dudas, y para fijar tambien la estension de los derechos del acreedor hipotecario. La regla en que acaba de fundarse la Comision de que nadie pueda conceder á otro mas derechos en la cosa que los que él mismo tiene, hace que no esté en las facultades del acreedor primitivo dar al subhipotecario un derecho mas estenso que el suyo en la cosa hipotecada: así, si el deudor antiguo satisface la deuda, la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente. De otro modo acontecería, que un acto ajeno al dueño de la cosa, viniera á hacer mas grave su situacion, y que la hipoteca constituida sobre otra hipoteca, esto es, sobre una cosa incorporal, sobre un derecho, se convirtiera en una hipoteca constituida directa é inmediatamente sobre una cosa corporal, sobre una propiedad inmueble. Por esto propone la Comision que las subhipotecas pendan de la resolucion de la hipoteca sobre que se hayan constituido. No sucede lo mismo si el que paga es el segundo deudor, ó lo que es igual, el subhipotecario, porque entonces, quedando estinguida la última hipoteca, subsiste la primera que tenia existencia por sí misma.

Mas la autorizacion para subhipotecar, que no presenta ningun inconveniente respecto á las hipotecas voluntarias, no puede admitirse en las legales. En estas se trata de la proteccion de personas jurídicas y desvalidas, ó de intereses á que el derecho dispensa una proteccion mas directa para que no sean perjudicados. Dar facultad para que las personas así protegidas, y que por regla general no

tienen capacidad para contraer, pudieran subhipotecar, equivaldría á destruir la hipoteca legal á favor de ellos constituida. El legislador no podría hacer esto sin destruir su propia obra, sin ponerse en contradicción con los antiguos principios en el acto mismo de proclamarlos de nuevo.

Aunque no cabe al parecer duda de que la prohibición de hipotecar impuesta á los que no tienen la libre disposición de sus bienes, está limitada á los casos en que no se observen las formalidades que la ley establece para que se verifique su enajenación, la Comisión ha creído que debía repetirlo, tanto para evitar que naciera la interpretación equivocada de que no debía en este punto seguir la hipoteca las reglas de la enajenación, como para no dar por su silencio lugar á que se suscitaran dudas peligrosas y funestamente perjudiciales á los que no tienen la libre disposición de sus bienes, acerca de si será lícito constituir hipotecas sobre las fincas, que tal vez sin este recurso tendrían que ser necesariamente enajenadas.

BIENES QUE NO PUEDEN HIPOTECARSE.

Al esponer lo que se comprende por bienes inmuebles para los efectos del proyecto, queda ya consignado que ni los oficios públicos ni los títulos de la deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, ni las obligaciones y acciones de bancos, empresas y compañías de cualquiera clase, se consideran como bienes raíces, á lo que es consiguiente que tampoco puedan constituir una hipoteca. Pero hay algunos casos en que bienes que tienen el carácter de inmuebles no deben ser objeto de hipoteca por razones especiales de que no puede desentenderse la ley.

A esta clase pertenecen, en primer lugar, los frutos y rentas pendientes, que solo pueden ser hipotecados en unión del prédio que los produce. Los árboles en pié, los frutos mientras no están separados del suelo que los produce, son por su naturaleza bienes inmuebles, y siguen la condición de la tierra en que se hallan. Como adheridos á la finca, y como parte de ella, pueden sin duda ser hipotecados, pero no independientemente del suelo en que arraigan, porque separados de él, son ya bienes muebles, y como tales, incapaces de hipoteca.

Lo mismo debe decirse de los objetos muebles colocados perma-

nementemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria. En tanto pueden ser hipotecados, en cuanto lo sean los edificios de que forman parte. A la razon de que, considerados aisladamente no son bienes raices, sino muebles, se agrega otra importantísima, la de que no son enajenables con arreglo á las leyes de Partida, que de este modo se propusieron evitar demoliciones de edificios, é impedir actos, que á veces mas podrian considerarse como de un vandalismo grosero, que como verificados bajo la proteccion tutelar de las leyes. Ver en efecto que para pagar á un acreedor no se pone en venta la casa, sino que se empieza por quitar las tejas que la cubren ó las vigas que forman la techumbre, sin otro objeto que el de sacar los materiales á la venta, seria repugnante é indigno de un pueblo civilizado.

Razones de otra clase aconsejan que no puedan ser objeto de hipoteca el derecho real en cosas, que, aunque se deban poseer, no estén aun inscritas á favor del que tenga derecho á poseerlas. El heredero por la muerte del testador entra á ocupar su lugar, es la continuacion jurídica de su persona; pero aunque por una ficcion de la ley se entiende traspasado á él el dominio de los bienes hereditarios, esta trasmision depende del hecho de la aceptacion, de que las cosas no se hayan legado determinadamente á alguno, y de la inscripcion, segun los principios del proyecto, cuando se trata de perjuicios que puedan resultar á un tercero. La retroaccion de la aceptacion al tiempo en que se verificó la muerte de la persona de cuya sucesion se trata, lo mismo que la consideracion de que la hora en que el testador ordenó su última voluntad y la de la muerte son una misma, aunque ficciones legales que traen importantes y útiles consecuencias en el derecho, no pueden exajerarse llevándolas á diferente propósito que aquel para que han sido introducidas.

Hay mas: necesario era que la ley de hipotecas se pusiera en relacion con la civil, que repugna especialmente, respecto á sucesiones, la enajenacion de la esperanza de los que tienen la presuncion de suceder á persona determinada: medida justa y profundamente moral, cuyo fundamento esplica el legislador de las Partidas en estos términos: *porque los compradores de tal esperanza ó de tal derecho non hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes por cobdicia de los aver.* Lo que se dice de los

derechos hereditarios es aplicable, aunque no con tanto motivo, á todos los demás títulos de adquirir los derechos reales.

Mas perceptible es á primera vista la razon que la Comision ha tenido para proponer que las servidumbres reales no puedan hipotecarse, á no serlo juntamente con el prédio dominante. Lo que no puede enajenarse aisladamente, como sucede con estas servidumbres, tampoco puede ser objeto de hipoteca: una y otra prohibicion se fundan en el principio, de que en tanto hay servidumbre real, en cuanto hay prédio en cuya utilidad esté constituida. El derecho romano así lo estableció espresamente respecto á las servidumbres de los prédios urbanos, y aunque admitió la posibilidad de hipotecar las servidumbres de prédios rústicos, dando fuerza al pacto en que se constituían en favor de un acreedor, mientras no fuese pagado, esta servidumbre solo podia constituirse en favor del que tenia un prédio inmediato, y si al cumplir el plazo el deudor no pagaba, la enajenacion podia hacerse únicamente á favor de quien tuviera tambien un prédio vecino. De aquí se infiere que aun dentro de este sistema la servidumbre nunca podia hipotecarse aisladamente, porque tampoco aisladamente podia constituirse, sino con relacion siempre á un prédio dominante, viniendo á ser un derecho que duraba temporalmente y dependia de la condicion resolutoria puesta á su concesion. No puede estar comprendida en esta regla general la servidumbre de aguas. En esto se ha limitado la Comision á poner en armonía el proyecto con las prescripciones de las Partidas, que despues de establecer el principio de que la servidumbre real es inalienable sin el prédio dominante, desentendiéndose de la cuestion antigua entre los Sabinianos y Proculeyanos, de la decisión dada por el emperador Justiniano, y de las dudas á que podia dar lugar su inteligencia verdadera, establecieron de un modo terminante como escepcion que la servidumbre de agua que naciese de una heredad y regase otra, pudiera despues de llegar al prédio sirviente cederse para regar campo ó viñas cercanos. Esto no es constituir una servidumbre sobre otra servidumbre, sino ceder el dueño de prédio dominante una parte del agua que ya es suya desde el momento en que llegó á su destino.

USUFRUCTO CONSTITUIDO POR LA LEY.

Al referir las cosas que pueden hipotecarse, aunque con restricciones, se comprende el derecho de percibir los frutos en el usufruc-

to. Esta regla, aunque tiene cierto carácter de general, no debe ser extensiva á los usufructos constituidos por el legislador. En este caso se halla el concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto. No debe permitirse á los así favorecidos, que recibiendo anticipaciones sobre lo que se les dá solo en concepto de jefes de familia para la manutencion de toda ella, se constituyan en el caso de no poder satisfacer esta obligacion, ni que consuma la viuda prematuramente lo que se le concede consultando al decoro y á la buena memoria de la persona á que estuvo unida en vínculo conyugal. Parecida es la condicion de éstos á la de los alimentistas que lo son por obligaciones nacidas de relaciones de familia, cuyo derecho ni es enajenable, ni admite compensacion, ni puede ser objeto de renuncia, ni sujetarse á embargo; prohibiciones cuyo objeto es que no se vea eludida la intencion del legislador al crear el derecho é imponer la obligacion de dar alimentos. Es verdad que esto no se halla ordenado de un modo espreso por nuestras leyes actuales, pero lo está en su espíritu interpretado fielmente por la práctica. En este espíritu de nuestro derecho se funda la ley de Enjuiciamiento civil al ordenar que cuando haya que hacer ejecutivamente pago á acreedores, no se embarguen los sueldos ó pensiones sino en la parte que sápone que no es absolutamente indispensable para cubrir los alimentos.

USO Y HABITACION.

No es aplicable al uso lo espuesto respecto al usufructo. Con solo considerar que el derecho del usuario está tan limitado por las Leyes de Partida, que no le es lícito arrendar, y lo que es mas, ni conceder el uso gratuito de la cosa, y por lo tanto, mucho menos enajenar el derecho que le corresponde, claro es que no puede tener la facultad de hipotecar ni la cosa ni su uso. Lo mismo debe decirse de la habitacion, en que, si bien está autorizado el que la tiene constituida á su favor para arrendar la morada en que consiste, nunca puede enajenar su derecho, y por lo tanto tampoco hipotecarlo.

OTRAS PROHIBICIONES.

Otras clases de prohibiciones hay en el proyecto, que fácilmente se comprenden: la de los bienes vendidos con pacto de retroventa,

mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta, porque hasta entonces, aunque el comprador tiene el dominio de lo vendido, este dominio es revocable: la de las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesion definitiva, porque hasta entonces no hay dominio; y esto aun en el caso de que estén situadas en terreno propio, pues que el que es dueño de la superficie, no lo es del subsuelo, á no ser que haya obtenido del Estado su propiedad por consecuencia de haberla adquirido con arreglo á las prescripciones de la ley de minería: las cosas litigiosas, porque mientras está en tela de juicio el dominio de una finca, no puede considerarse á ninguno de los contendientes con derecho ni para enajenarla ni para hipotecarla. Respecto á los bienes que por contrato ó última voluntad están sujetos á condiciones resolutorias, es aplicable en parte lo que queda espuesto acerca de los vendidos con cláusula de retroventa, y en parte lo establecido sobre el usufructo, porque reunen las dos condiciones de ser revocable el dominio y de corresponder entretanto todo el producto de los bienes al que los posee, mientras no sea una realidad el suceso incierto á que la condicion se refiere.

No es esta condicion igual al pacto de retroventa, porque en éste se fija un tiempo dentro del cual se ha de usar del derecho de retraer, tiempo que ha de llegar, lo que no sucede en el caso de la condicion, la cual hace incierta la resolucion del dominio. Sin embargo, no es inflexible el proyecto en este punto; como que la prohibicion de hipotecar está introducida solo á favor de aquel á quien en su caso puede aprovechar la condicion resolutoria, y á cada uno es lícito renunciar al derecho á su favor constituido, se permite la hipoteca con el espreso consentimiento de éste, cuando tiene capacidad civil para obligarse. Lo mismo se establece cuando el cumplimiento de la obligacion depende esclusivamente de la voluntad del que posee los bienes que se hipotecan, porque entonces hay la presuncion de que no llegará el caso de cumplirse la condicion resolutoria. Mas si subsistiendo la hipoteca, el deudor hiciere ó dejare de hacer aquello de que depende la existencia de su derecho, la obligacion perderá el carácter de hipotecaria, quedará reducida á la clase de comun, y se extinguirá el derecho *en la cosa*, si bien además de la responsabilidad civil que pese sobre el deudor, habrá lugar á una accion criminal si ha obrado con fraude y perpetrado alguno de los hechos que caen bajo las prescripciones del Código Pe-

nal. Ni podrá quejarse en este caso el acreedor que no ignoraba que al prestar con semejante garantía, tenía que confiar mas bien que en la seguridad que le inspiraba la hipoteca, en el conocimiento de las circunstancias, probidad y buena fé de aquel á quien prestaba y en la garantía personal que le ofrecia.

ESTENSION DE LA HIPOTECA.

Las Leyes de Partida, siguiendo á las romanas, establecieron que el derecho de hipoteca no se limitara á la cosa hipotecada, sino que fuera tambien estensivo á las accesiones naturales, á las mejoras y á los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligacion. Sirvióles de fundamento que todas estas agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecian á la clase de bienes inmuebles, ó bien por su naturaleza, ó bien por su adherencia á las que lo eran. Lo que hicieron las leyes de Partida ha sido admitido sin distincion en todas las legislaciones modernas; no podia, por lo tanto, desentenderse de ello la Comision, que ha creido necesario descender á fijar espresamente los casos de aplicacion del principio, para evitar en la práctica las dudas y dificultades á que es tan ocasionada esta materia, y que la diversa interpretacion de la ley destruya de hecho su armonía. Ha imitado en esto á los redactores del proyecto de Código civil, si bien dando mayor estension á sus aplicaciones, pero huyendo siempre de un casuismo peligroso. Esta estension de la hipoteca encuentra tambien apoyo en la presuncion de que tal fué la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella un derecho real.

No sucede así en el caso de que la finca hipotecada pase á manos de un tercer poseedor; la voluntad no puede presumirse en él de la misma manera: por esto la Comision, siguiendo en parte lo establecido por las leyes, y en parte ampliando el testo legal hasta donde alcanza su espíritu, consultando la equidad y procurando acercar esta parte del derecho á los principios que dominan en él por regla general, propone que los frutos pendientes y rentas vendidas no se entiendan en este caso sujetos á la hipoteca, y que lo mismo suceda respecto á los muebles colocados permanentemente en los edificios, y á las mejoras que no consistan en obras de reparacion, seguridad y trasformacion, siempre que unos ú otros se hayan costado por el mismo dueño. Pero en la aplicacion de esta regla,

necesario es evitar que se demuelan, con perjuicio de la finca, las obras en ella practicadas: por esto solo se permite la retencion de los objetos en que consista la mejora, en el caso de que pueda verificarse sin menoscabo de la propiedad á que están adheridos, teniendo opcion el poseedor, ó bien á esta retencion, ó bien á exigir el importe del valor de los objetos. Cuando las mejoras no puedan separarse sin menoscabo de la finca, solo habrá lugar á este último remedio; mas en ningun caso podrá detenerse el cumplimiento de la obligacion hipotecaria, porque seria un perjuicio injusto al acreedor: al nuevo adquirente solo le quedará el derecho de cobrar en lo que alcance el precio que produzca la venta despues de cubierto el crédito hipotecario. De creer es que todos estarán conformes con lo que se propone, porque su justicia y equidad aparecen evidentemente.

El proyecto estiende la hipoteca á otras accesiones, que si bien hasta ahora no habian sido comprendidas en el testo literal de la ley, no puede desconocerse que lo estaban en su espíritu.

A esta clase pertenecen las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario: de ellos puede decirse que reemplazan á la cosa hipotecada. Así la indemnizacion que se dá al dueño del terreno que ha sido expropiado por causa de utilidad pública, sirve de garantía al crédito que antes estaba asegurado con hipoteca sobre la finca de este modo enajenada. Es claro que solo en los pocos casos en que por convenio entre la Administracion y el antiguo propietario se permuta por vía de indemnizacion una finca con otra, habrá lugar á la constitucion de una nueva hipoteca en sustitucion de la antigua, pues que la hipoteca solo puede tener lugar sobre cosas inmuebles; pero en los demás casos, otro derecho real, el de prenda, podrá decirse que debe sustituir al hipotecario que quedó estinguido. Lo mas frecuente será que al hacerse la espropiacion perciba el acreedor lo que se le debe, quedando de este modo mas completamente consultados los derechos de todos.

En un caso semejante se halla la indemnizacion concedida ó debida al propietario por los aseguradores de bienes hipotecados ó de sus frutos, cuando el siniestro haya tenido lugar despues de constituida la hipoteca. Esta misma regla se halla escrita, aunque no con tanta precision, en el proyecto de Código civil, y guarda armonia con lo que acerca del particular se observa en Alemania. No vá en esto el proyecto tan allá como la legislacion de Baviera, seguida por

los Códigos de otros países, que dan al acreedor hipotecario el derecho de obligar al deudor á que asegure los bienes hipotecados. Nada significa que en nuestras antiguas leyes no se prescribiera lo que aquí propone la Comision: el contrato de seguro no tenia en otros tiempos la importancia, facilidad y estension que tiene en nuestros dias.

¿Y debe ser estensiva la hipoteca á garantir los intereses del capital asegurado por ella? Nada dice de esto nuestro derecho antiguo, ni era de presumir que lo dijera, cuando tan severamente reprobaba la usura, entendiendo que lo era todo aquello que el deudor tenia que dar al acreedor que escediera de la misma suma prestada, y considerando solo lícito el interés cuando lo admitian en el fuero de la conciencia los moralistas mas rígidos. Pero desde que el derecho escrito empezó á mitigar el rigor antiguo; desde que, prevaleciendo otros principios económico-políticos, quedó para siempre destruido el error de que el dinero no era productivo; desde que el legislador se convenció de que las graves penas para extinguir el interés del dinero se convertian contra las personas para cuya proteccion se habian dictado, pues que tenian que pagar un interés mas alto por los capitales que recibian (medio de compensar en cierto modo los peligros que corria el prestamista), no podian dejar de considerarse afectas las fincas hipotecadas al pago de los intereses, como lo estaban al del capital. Así lo viene entendiendo la práctica; así está aceptado por regla general en los demás pueblos de Europa; así creyeron que debian proponerlo los redactores del proyecto del Código civil. Pero no debe servir esto de motivo para que el tercer adquirente de la propiedad gravada, que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que naturalmente presume que está corriente en el pago de intereses, en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omision é incuria del acreedor, ó tal vez por mala fé de éste combinada con la del deudor. De aquí proviene que, á imitacion de muchos Códigos, se proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presuacion *juris et de jure* de que el acreedor renuncia á ella en la parte relativa á los demás intereses, en el hecho de no reclamarlos ó de no haber exigido una ampliacion de inscripcion sobre los mismos bienes hipotecados, con objeto de asegurar lo devengado antes.

Dos medios podian adoptarse al efecto: el mas general, que la

limita á número determinado de anualidades, y el que fija un máximo como el 10 ó el 20 por 100, proporcional al capital garantido. A favor del primer medio está la mejor combinacion del interés con el tiempo : á favor del segundo, en sentir de los que lo prefieren, la mayor igualdad y la mayor fijeza de la regla.

La Comision ha creido preferible el primer medio , porque sobre ser igualmente fija la regla, y no espuesta á alteraciones , á pesar de su aparente desigualdad, es en rigor mas igual, porque la igualdad aquí no debe considerarse en abstracto, sino con relacion al interés estipulado. Por estas consideraciones establece el proyecto, siguiendo al del Código civil, que la hipoteca solo asegurará con perjuicio de tercero los intereses de los dos últimos años que estén en descubierto y la parte vencida de la anualidad corriente. Mas esto solo es para el caso en que haya un tercero que pueda resultar perjudicado : cuando no sucede esto, conserva toda su fuerza la regla de que es estensiva la hipoteca á la seguridad de todos los intereses.

Lo que se dice de la estension de la hipoteca á los intereses vencidos , es aplicable por identidad de razon á las pensiones atrasadas de los censos. Nada hay que justifique establecer aquí la menor distincion, porque unos y otros son réditos de un capital anticipado y gravitan del mismo modo sobre las fincas , no habiendo entre ellas otra preferencia que la de su antigüedad respectiva.

Puede suceder que el prédio dado en enfitéusis caiga en comiso , porque cualesquiera que sean la justicia y la conveniencia de este precepto , es un hecho que hoy está escrito en la ley , que no puede ser incidentalmente discutida ni reformada en el proyecto que se presenta. Arreglándose la Comision al derecho constituido, y en armonía con él, propone que cuando por haber caido el prédio en comiso, pase el dominio útil al dueño del directo , se entienda que es con las hipotecas ó gravámenes que hubiere impuesto el enfitauta en cuanto no sean perjudicados los derechos del mismo dueño directo. Esta declaracion que, atendidas la equidad y el derecho, debería sobreentenderse, no es ociosa para quitar cuestiones fundadas en que la constitucion del enfitéusis lleva implícita la pena del comiso, y que debiendo retrotraerse á ella la caducidad del derecho del enfitauta, procede que se tengan como anuladas todas las hipotecas y cargas reales impuestas por el dueño útil.

Mas importante bajo el aspecto de la conveniencia es otra regla

adoptada por la Comision, si bien no de las capitales de la ley, que reforma nuestro antiguo derecho. Segun este, cuando se hipotecan varias fincas á la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas á una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se estiende por igual el derecho hipotecario del acreedor. Resulta de aquí que el deudor vé frecuentemente minorado su crédito territorial mucho mas de lo que en realidad han desmerecido su riqueza y la garantía que aun ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas á que se hallan afectos: resulta tambien que asi vienen á ser protegidas indirectamente por la ley las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipotecas. A estos inconvenientes ha ocurrido el proyecto proponiendo que cuando sean varias las fincas que por un solo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad ó parte de gravámen de que cada una tiene que responder. De este modo la carga real no se estiende á todo el valor de la finca, sino solamente á una cifra que puede ser muy inferior á su valor verdadero, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada, pero que tendrá preferencia sobre otros créditos y aun sobre el mismo por la parte á que no estén afectos los bienes inmuebles ó los intereses vencidos de las dos anualidades anteriores y la parte vencida tambien de la anualidad corriente.

Por consecuencia de esto, enajenada la finca á un tercero, ó constituida sobre ella una hipoteca nueva, el tercer adquirente ó hipotecario no deberá ser inquietado por la obligacion personal del deudor. Al acreedor le quedará siempre espedita la accion real para reclamar contra los demás bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor, hasta donde alcancen sus respectivas hipotecas, y respecto á la suma á que no alcancen, como su accion es puramente personal, no podrá ni perjudicar á las enajenaciones, ni pretender que queden sin efecto cualesquiera otras cargas reales que se hayan impuesto sobre la finca.

El derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo fué entre los romanos. Este princio secular, admitido en todas las naciones, no puede ser objeto de disputa. La

Comision que redactó el proyecto del Código civil creyó que la nueva proclamacion de esta máxima jurídica debia ser la primera frase que pusiera en el capitulo que trata de los efectos de las hipotecas: la que hoy se dirige á V. E., sin enunciarlo espresamente, dejando á la ciencia el cuidado de esplicarlo, se ha limitado á aplicar rigurosamente sus consecuencias. Existiendo por lo tanto la hipoteca sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, subsistirá íntegra mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligacion garantida, y permanecerá íntegramente sobre la parte de bienes que quede, en el caso de que otra parte haya desaparecido. Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es tambien, que cuando una finca hipotecada se divida, subsista la hipoteca tambien íntegramente sobre cada una de las nuevas fincas, á no ser que el deudor y el acreedor voluntariamente estipulen que se distribuya entre ellas la hipoteca. Cuando en estos términos se hace la distribucion, la antigua hipoteca queda estinguida, y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo. Por esto, pagada la parte del crédito con que está gravada alguna de ellas, queda esta libre; y por el contrario, cuando es una sola la finca hipotecada, ó cuando siendo varias, no está distribuida entre ellas la hipoteca, ni señalada la parte á que quede afecta cada una, no podrá el dueño exigir que se libre ninguno de los bienes hipotecados ni una parte de ellos, por grande que sea la cantidad que haya pagado, mientras no esté satisfecha toda la deuda.

Mas sucederá á veces, cuando se haya distribuido un crédito hipotecario entre diferentes fincas, que la parte del crédito satisfecho pueda aplicarse á la liberacion de una ú otra de las gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una; en este caso la Comision no ha dudado que la eleccion debe corresponder al deudor, ya porque es regla general que su condicion es la favorecida por el derecho, ya porque á él corresponde decir al hacer el pago, á qué finca quiere libertar de la carga hipotecaria.

Puede ocurrir que el que no aparezca en el registro con derecho para hipotecar, constituya una hipoteca, y que despues adquiera el derecho de que antes carecia. ¿Convalecerá en este caso la hipoteca? La Comision ha resuelto esta cuestion en sentido negativo; ni podia hacerlo de otro modo á no ser inconsecuente. La convalidacion

lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado; por el mero hecho, pues, de concederla, implícitamente quedarían perjudicados los que tuvieron un derecho real adquirido con posterioridad á la constitucion de la hipoteca, pero antes de su revalidacion sobre la misma finca, y así el dolo ó la incuria de unos vendria á convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fé y con diligencia. Otra razon poderosa ha movido tambien á la Comision: es necesario alejar de la propiedad inmueble y del registro en cuanto sea posible, todo lo que directa ó indirectamente propenda á disminuir el crédito territorial, y nada lo cercena tanto como la facilidad de enajenar é hipotecar, concedida á los que no tienen el título de dueños, tan solemne y públicamente reconocidos, como se propone el legislador por medio de los registros que á la propiedad inmueble se refieren.

La hipoteca, además de ser un derecho real, es la garantía de una obligacion, y por lo tanto un contrato accesorio y subsidiario de otro principal. De esto parece deducirse, que cuando la cosa hipotecada no esté ya en manos del hipotecante, sino en las de un tercer poseedor, tenga que acudirse al deudor principal para que pague antes de molestar al que por un título legítimo de adquisicion es el dueño de la finca hipotecada. Pero si esta regla no tuviera un límite breve y perentorio, no se conseguiria todo el efecto que se propuso el prestamista al buscar su seguridad, mas en la garantía que en la persona á quien prestaba. Por esto el proyecto señala el término de los diez dias siguientes al vencimiento del plazo, para que requerido el deudor principal satisfaga la deuda, sin que en este tiempo pueda ser molestado el tercer adquirente; mas pasados estos dias, ya está el acreedor en la plenitud de su derecho, dirigiéndose contra el poseedor, no solo por el capital, sino por los intereses, á que segun lo antes espuesto es estensiva á la hipoteca en perjuicio de tercero; y si el poseedor no le paga en el término de otros diez dias contados desde el requerimiento, ó no desampara los bienes hipotecados, entonces puede ya entablar directamente la accion ejecutiva contra los mismos bienes. De aquí se infiere que la Comision no ha admitido los beneficios de órden y escusion en las deudas garantidas con hipotecas, porque cualesquiera que sean su importancia y su justicia respecto á los fiadores, cuestion ajena del todo á este proyecto, no puede satisfacer al que por medio de la constitucion de un derecho real, mira la cosa hipotecada como principal ga-

:

rantía de un crédito. Envolverlo en procedimientos que den por resultado la insolvencia del deudor, obligarlo á que se hagan antes escusion y pago con los bienes no hipotecados que en los que han sido especial objeto de la hipoteca, no se aviene bien con la índole del crédito real, y destruye su principal ventaja, que es la seguridad de un próximo reintegro al vencimiento de la obligacion garantida.

No desconoce la Comision que entre nosotros, á imitacion del derecho romano, y equiparando la hipoteca á la fianza; por la analogía que hay entre ellas de ser igualmente obligaciones accesorias, se ha concedido el beneficio de escusion al tercer poseedor de los bienes hipotecados; pero prescindiendo de la vaguedad de la jurisprudencia acerca de este punto, de la dificultad de señalar cuál es la estendida mas generalmente por falta de datos que puedan servir de reguladores, y por la incertidumbre que reina, por regla general, en todo nuestro sistema hipotecario, la Comision debia mirar por los intereses que principalmente debe proteger la reforma que se le ha encomendado. En lo que propone ha seguido el ejemplo de varios códigos, y con especialidad de los que siguen el sistema hipotecario que ha prevalecido en Alemania, y lo que propusieron los redactores del proyecto de Código civil. Tampoco desconoce la Comision que la facultad de desamparar los bienes que deja propuesta, puede ser objeto de impugnacion. Se dirá tal vez que abre la puerta al tercer adquirente para que se arrepienta de la adquisicion cuando no la hizo con buenas condiciones, ó pagó por la finca un precio superior al que en realidad tenia. Pero no basta esto para hacer tan mala su condicion; porque así como sufre en toda su estension el rigor de la ley cuando el deudor no paga, justo es compensar esta desventaja con la facultad de desamparar la cosa hipotecada, y mucho mas cuando ningun perjuicio verdadero se sigue á los acreedores por el desamparo, porque el precio del remate de la finca es la mejor expresion de su valor verdadero, que es á todo lo que pueden aspirar, y todo lo que esperaron los acreedores. El perjuicio que puede resultar al deudor que vendió la finca á mas alto precio de la cantidad garantida, queda compensado con el término que se le concede para pagar, durante el cual puede procurarse su remedio, si es que con regulares condiciones hizo la enajenacion.

Puede tambien suceder que la finca hipotecada se enajene para pagar con su importe un plazo vencido estando los demás pendien-

tes todavía. Aunque al parecer no admite duda que la enajenacion debe hacerse quedando subsistente la hipoteca por la cantidad que reste por satisfacer, ha parecido conveniente consignarlo. Lo mismo ha creído la Comision que debia hacer respecto á otros casos que se prestaban á pocas dudas, pero que era mejor fijarlos en la ley que fiarlos á la interpretacion. Por esto declara que se considerará como tercer poseedor para los efectos de que acaba de hacerse mencion, al que solo hubiere adquirido el usufructo ó el dominio útil de la finca hipotecada, ó la propiedad ó el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo, é igualmente que cuando haya mas de un tercer poseedor se entienda con todos los que lo sean el requerimiento, y que corra simultáneamente para todos el término de los diez dias para pagar la deuda ó desamparar la finca.

Las Leyes de Partida señalaron cuarenta años de duracion á la accion hipotecaria, cuando se intentaba contra el deudor ó sus herederos, y treinta cuando se dirigia contra los estraños. Las de Toro ordenaron, que cuando en la obligacion hubiera hipoteca, la deuda se prescribiera por treinta años y no menos. Segun la inteligencia que mas generalmente se dá á la ley de Toro, la accion hipotecaria dura treinta años, considerando como reformado en este punto el derecho antiguo. Sin embargo, no puede dejarse de tener en cuenta que esto ha sido objeto de sérias y largas cuestiones entre los jurisconsultos, y especialmente los de los siglos XVI y XVII, que han sido reproducidas por el mas notable de los comentadores de las leyes de Toro en nuestros mismos dias. Se ha dicho contra la prescripcion de treinta años, que la ley solo se refiere á la deuda garantida con hipoteca y no á la accion hipotecaria, la cual ha quedado dentro de sus antiguas condiciones: se ha sostenido que la accion hipotecaria puede existir despues de la estincion de la obligacion á que sirve de garantía, y suceder por lo tanto que prescrita la accion personal aun dure la hipotecaria: se ha considerado, siguiendo el ejemplo del célebre jurisconsulto Cujas, que la accion hipotecaria no es accesoria á la personal, sino que existe por sí misma, y es de diferente naturaleza y calidad: se ha insistido en que no puede depender una accion real de una personal: se ha disputado acerca de si hay diferencia entre la duracion de la accion hipotecaria cuando se constituye por la seguridad de una deuda, y cuando es para la de una venta, comodato ó permuta; y se ha supuesto, por último, que la accion hipotecaria debe durar treinta

años por lo menos, pero que queda subsistente la que con arreglo á las Partidas debia tener mayor duracion. Necesario era poner límite á estas diferentes interpretaciones, y fijar el tiempo que debe durar la accion hipotecaria: la Comision propone el de veinte años, porque siendo este el señalado para la prescripcion de las acciones personales á que está adherida la hipoteca, perdiendo estas su fuerza no debe conservarla la hipotecaria, pues que estinguido el crédito, no puede menos de considerarse estinguida su garantía.

Pero no bastaba señalar el término: era necesario fijar el dia desde que habia de correr. No debia esto dar lugar á dudas: regla general es, que el tiempo de la prescripcion en las acciones corre desde su nacimiento, esto es, desde que por haber lesion del derecho por que se conceden, pueden ejercitarse: de lo contrario se seguiria que pudiera estinguirse por prescripcion un derecho que aun no tuviera verdadera existencia. Por esto, el término para la prescripcion de las acciones personales, empieza á correr desde que puede exigirse el cumplimiento de la obligacion; por esto la Comision propone que el tiempo se cuente en la accion hipotecaria desde que pueda ejercitarse.

Hay bienes, que siendo hoy hipotecables, y habiéndose constituido hipoteca sobre ellos, no lo serán en el dia en que llegue á ser ley este proyecto. Pueden servir de ejemplo los oficios enajenados de la Corona: no puede menos de fijarse cuáles serán en lo sucesivo los efectos de estas hipotecas anteriores. La Comision no ha vacilado en lo que debia hacer; salvar todos los derechos constituidos y adquiridos bajo el amparo de las leyes, y no cambiar en nada, ni su estension, ni su eficacia, declarando una vez mas que la ley no tiene fuerza retroactiva.

La armonía de la ley exige por último que las inscripciones y cancelaciones de las hipotecas se sujeten á las disposiciones generales establecidas para los demás derechos reales, sin hacer mas variaciones que las que su índole especial requiere necesariamente.

DE LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS.

Toma la Comision el derecho actual como punto de partida para establecer las reglas á que han de ajustarse las hipotecas voluntarias. Todas las disposiciones que formula ahora y antes no estaban escritas en la ley, ó son una derivacion de ella, ó consecuencia ne-

cesaria de los principios de especialidad y publicidad, que es la gran reforma que introduce el proyecto.

Siempre ha tenido el apoderado la necesidad de poder especial para sujetar á una carga hipotecaria los bienes de su representado. En la consignacion de esta regla no podia haber la menor dada. Pero en el caso de que la hipoteca se hubiera constituido por el que no estaba suficientemente autorizado y fuese despues ratificada por el dueño, podría suscitarse la cuestion del tiempo desde que debia **empezar** á surtir efecto. Basta considerar que la retroaccion de la hipoteca puede perjudicar á un segundo acreedor hipotecario, que cuando prestó lo hizo en la seguridad de que era nula la anterior hipoteca, y de consiguiente que esta no podia ser preferida á la que válidamente estipulaba, para conocer que no puede dársele efecto retroactivo.

Cuando la hipoteca se ha constituido para la garantia de una obligacion futura ó sujeta á una condicion suspensiva que se halla inscrita en el registro, debe en concepto de la Comision afectar á la finca y producir efecto contra un tercero desde su inscripcion si la obligacion ó la condicion llegan á realizarse.

Respecto á la obligacion condicional no podia haber justo motivo de duda, porque la obligacion existe aunque nada se deba ni nada pueda pedirse hasta el cumplimiento de la condicion modificadora.

No puede decirse lo mismo respecto á la obligacion futura, porque no ha tenido aun nacimiento: sin embargo, existe otra obligacion preliminar en que se constituye la hipoteca, y que lleva implícita la necesidad ó la suposicion de la existencia de la segunda.

Mas cuando la obligacion asegurada está sujeta á una condicion resolutoria, solo la hipoteca puede subsistir en toda su fuerza hasta que en el registro se haga constar el cumplimiento de la condicion, pues que desde entónces la obligacion se desvanece, y sin obligacion que garantir no puede haber garantía.

Al tratar de la estension de la hipoteca queda dicho que comprende tambien los intereses del capital prestado con las restricciones que se han creido convenientes para evitar perjuicios á tercero. Pero esta regla no puede menos de acomodarse á las condiciones de la ley que abolió la tasa del interés del dinero, la cual, si bien no prescribió ninguna restriccion legal á los préstamos usurarios,

les puso una moral, la de que habia de constar por escrito el pacto en que se estipularan.

No cree la Comision necesario descender á otras disposiciones que, ó son una nueva confirmacion del derecho antiguo, ó una aplicacion de los principios cardinales de la ley, ó una derivacion de ellos. Nadie podrá desconocer los motivos que se han tenido en cuenta al escribirlas. Hay, sin embargo, algunos puntos respecto á los cuales no serán ociosas ligeras indicaciones.

Los censos, como todos los demás derechos *en la cosa*, pueden ser hipotecados por el censalista. Esto sin embargo en nada puede disminuir la facultad que tiene el censatario para hacer la redencion, porque no puede ser privado de su derecho por un acto á que es ajeno y en el que no ha contraido obligacion alguna. Pero seria injusto que en este caso fuera desatendido el derecho del acreedor hipotecario, y que la buena fé de este quedara burlada por el hecho de pagar el censatario al censalista el capital del censo, destruyendo así el derecho hipotecario. Por esto la Comision propone que el acreedor tenga entonces derecho, ó bien á que se le pague por completo su crédito con los intereses, ó bien á que se le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo. Así se salva el derecho del acreedor hipotecario, sin perjuicio del censatario antiguo, á quien debe ser indiferente pagar á uno ú á otro, y sin daño del censalista, que está siempre obligado, tanto por la accion hipotecaria como por la personal, á pagar en toda su estension la deuda contraida.

Nada han dicho espresamente nuestras leyes respecto al caso de que una finca acensuada llegue á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, y esta insuficiencia no sea efecto de caso fortuito, sino de dolo, culpa ó mera voluntad del censatario. La aplicacion de las reglas generales acerca de la prestacion del dolo y de la culpa, bastan para que se considere viva la responsabilidad del censatario, si bien no puede menos de considerarse ó menguado ó estinguido el censo, segun sea ó no completa la destruccion de la finca, ó se haya vuelto infructifera en todo ó en parte. Esta, que es la opinion uniforme de nuestros jurisconsultos, no está bien desenvuelta en la práctica, y dista mucho de satisfacer cumplidamente á los intereses del censalista; porque en lugar de un crédito real suficientemente garantido, solo le queda un crédito personal que depende única y exclusivamente de la situacion del anti-

quo censatario, que tan mala cuenta ha dado de la finca acensuada. Por esto la Comision, despues de proclamar el principio de la responsabilidad del censatario, procura una indemnizacion mucho mas completa al censalista, estableciendo que cuando la finca llegue á ser insuficiente para garantir el pago de las pensiones por las causas antes indicadas, pueda obligar al censatario, ó bien á imponer sobre otros bienes inmuebles la parte del capital que deja de estar asegurada por la disminucion del valor de la misma finca, ó á redimir el censo.

No puede aplicarse la misma regla al caso en que sin acto alguno culpable ó espontáneo del censatario, se deteriore ó haga menos productiva la finca acensuada. Ninguna decision hay acerca de esto en nuestras leyes; su silencio ha dado lugar á encontradas opiniones entre los jurisconsultos. Algunos, para suplir el silencio de la ley han acudido al *motu proprio* de San Pio V, y fundándose en él pretenden que el censo debe reducirse proporcionalmente. La decision de este *motu proprio*, por regla general, no sería una razon, porque sobre no ser admisibles en el reino las disposiciones pontificias, en lo que al derecho civil se refiere, hay la circunstancia particular de que á peticion de las Córtes de Madrid, celebradas en 1583, declaró Don Felipe II que tal *motu proprio* no estaba recibido en estos reinos; pero es asimismo indudable que en Navarra tiene toda su fuerza respecto á los censos posteriores á su fecha. La Comision al establecer, respecto á este punto, una regla general, no ha podido adoptar la legislacion navarra, porque prescindiendo de la autoridad respetable en que se funda, no ha encontrado razones bastantes para adoptarla. Redúcense las que al efecto se alegan á que lo que se dice del todo respecto al todo, debe entenderse de la parte en cuanto á la parte, y á que el censo está estendido sobre toda la cosa y la parte en la parte; razones á que sus impugnadores oponen otra de la misma naturaleza, á saber: que el censo está constituido sobre toda la cosa y sobre cada una de las partes. Poca fuerza tienen para la Comision estos argumentos, mas propios de las sutilezas de la escuela que de la dignidad del legislador. Razonas mas poderosas espuestas por muchos jurisconsultos, la han decidido en sentido contrario, siguiendo en esto la opinion generalmente recibida en el foro, de que ni el censo ni la pension se reducen mientras quede capital para cubrir aquel y frutos suficientes para satisfacer esta. Fúndase para ello en que el cen-

sualista solo tiene el derecho de exigir la pension, y que esta debe ser considerada sola y esclusivamente con relacion á los frutos; de modo que, mientras estos basten á cubrirla, no puede considerarse estinguido parcialmente, por mas que la finca se haya en parte destruido ó hecho infructifera. Ni sería justo considerar parcialmente estinguido el censo quedando al censatario la facultad de constituir otro nuevo sobre la misma finca acensuada antes. No ha detenido á nuestros juriconsultos para opinar así una ley de Partida, segun la cual se debe la pension en el censo enfitéutico cuando queda mas de la octava parte de la cosa acensuada, de lo que parece inferirse que el censo se estingue cuando el menoscabo es mayor, aunque la cosa no haya perecido, porque prescindiendo de que la ley solo se refiere á la enfitéusis, y por lo tanto no comprende los censos que tienen origen diferente, se ha entendido siempre que se referia al caso en que la parte restante de la finca no produzca frutos bastantes para cubrir toda la pension.

Mas cuando llega el caso de que el valor de la finca acensuada decrezca tanto que no baste su rédito líquido á cubrir las pensiones, injusto sería obligar al censatario á dar mas de lo que la finca produjera: por esto el proyecto de ley le autoriza á que opte entre desamparar la finca ó exigir que se reduzca la pension en proporcion del valor que aquella conserve. En este último punto se ha adoptado el *motu proprio* de San Pio V, no admitido antes en el caso de que pudiera continuar satisfaciéndose la pension con lo existente. La razon que para ello ha tenido la Comision es evidente: ni podria obligarse con justicia al censatario á que pagase íntegramente una pension á que no alcanzaba la finca acensuada, ni por el contrario dar por estinguido el censo de su totalidad mientras produjera aquella algunos frutos, aunque no los bastantes para pagar la pension íntegramente. Mas si hecha la reduccion, se aumentase el valor de la finca y sus productos, justo es que proporcionalmente vaya creciendo también la pension hasta que llegue á su importe primitivo. Es verdad que esta opinion no se funda ni en las leyes actuales, silenciosas en el particular, ni en la opinion de los juriconsultos que nunca se refieren á la rehabilitacion proporcional de las pensiones sino á la total del censo, y que disputan acerca de si debe limitarse á las fincas que consisten en el suelo, ó entenderse también á los edificios; pero la Comision ha creído que á las antiguas disputas de los intérpretes y á la incertidumbre de la

práctica debía sustituir otras reglas mas equitativas, reemplazando así la fijeza de la ley al arbitrio judicial, y evitando en su origen cuestiones que por el distinto modo de ser apreciadas y juzgadas, pueden disminuir el prestigio de los tribunales.

Mas dificultad que las materias hasta aquí examinadas en lo que á las hipotecas convencionales se refiere, presenta la cuestion de cómo deben enajenarse ó cederse los créditos hipotecarios. No podia la Comision, al entrar en este punto, desentenderse de una opinion moderna sostenida con energía y conviccion en el terreno de la ciencia, que ha encontrado hábiles y decididos defensores y que ha llegado á ser ley en alguna nacion extranjera: la de la trasmision de los créditos hipotecarios por endoso. Sus partidarios, fundándose en la grande facilidad que presenta este modo de transmitir, en la economía que produce, en los rodeos que evita, en la circunstancia de no necesitar agentes intermediarios, y en que el endoso hace que la obligacion sea un valor en circulacion que participa á la vez de las ventajas del crédito territorial y de las del crédito personal, creen que es una mejora palpable que dá grande ensanche á la propiedad, que introduce en ella la vida y animacion mercantil, y que destruyendo trabas y ahorrando gastos inútiles, proporciona al acreedor hipotecario medios espeditos para obtener su reembolso. Esto, añaden, viene á convertirse en beneficio del dueño de bienes inmuebles, porque cuanta mas facilidad encuentren los prestamistas para ser reintegrados en un momento para ellos angustioso, tanto menor será la dificultad que tendrán para prestar sobre el crédito territorial y tanto menores los intereses que lleven por el capital. Agrégase á esto, que el objeto de las leyes hipotecarias, no es solo dar mayor seguridad á las hipotecas, sino tambien aumentar la estension del crédito territorial y comunicarle una facilidad en la circulacion parecida á la activa del crédito mercantil, facilidad de que hasta ahora ha carecido y que debe ser su principal elemento de vida.

No participa de estas ideas la Comision: cree, por el contrario, que está erizada de dificultades la asimilacion de un contrato hipotecario al contrato de cambio. Nada hace el legislador con dar á una obligacion civil el carácter y los efectos de una obligacion mercantil, cuando la naturaleza de ellas es esencialmente diferente; la esencia de las cosas prevalece y se sobrepone á la voluntad del legislador, que solo producirá complicaciones sin conseguir su objeto.

La ley civil, como la mercantil, tiene sus condiciones indeclinables de que no es lícito separarse sin gravísimos peligros; y como las diferencias, profundas muchas veces, que hay entre ellas, no son caprichosas, sino que se fundan en razones incontestables, el legislador no alcanza á borrarlas: por esto tienen hasta cierto punto una vida independiente. Si se quiere confundirlas, si se quiere llevar á las transacciones civiles los principios y formas de las comerciales, se desnaturaliza el derecho, porque se hace general lo que solo como escepcion tiene su razon de existir.

Los créditos hipotecarios, como representacion del territorial, no admiten por su misma naturaleza la movilidad de las letras de cambio y de los pagarés á la órden. Para convencerse de ello basta observar que en las obligaciones civiles la solidaridad no se presume; por el contrario, en las comerciales la solidaridad es la regla general, prueba de que una y otra legislacion parten de principios diferentes. Y esta diferencia se funda en la diversa índole de unos y otros negocios; las obligaciones mercantiles son de poca duracion, rápidas en sus formas, rigurosas en su cumplimiento y de prescripcion corta: en ellas la solidaridad es fácil y natural, porque el que firma una letra de cambio, el que la acepta y los que la endosan, todos se hallan en iguales condiciones, todos se obligan por la confianza que les inspira el crédito de los que antes firmaron; y como los créditos son para tiempo limitado, pueden obligarse sin temeridad, y aun con escaso peligro, porque les es fácil calcular, si no con seguridad, con gran probabilidad al menos, la garantía que al vencimiento del crédito ofrecerán los nombres de los que aparecen ya obligados.

No puede decirse otro tanto respecto al crédito hipotecario: los que toman préstamos sobre su propiedad no suelen hacerlo para empresas mercantiles ó industriales, sino, ó para salir de una situacion apremiante, ó para mejorar la misma propiedad con capitales que solo lentamente y en una larga série de años, y con grandes esfuerzos, produce la finca mejorada, la cual entre tanto tiene que sostener los gastos de la conservacion ó del cultivo, y el pago de los intereses del capital anticipado. De aquí es que los propietarios, al tomar dinero á préstamo hipotecario para mejorar sus fincas, lo hacen á los plazos mas largos posibles: de aquí que la razon aconseje la amortizacion lenta y sucesiva de los capitales tomados á préstamo para empresas agrícolas de alguna importancia, y

que este sea el sistema seguido en los países en que mas se ha extendido y favorecido el crédito territorial. Por esto la trasmision por medio de endoso, si ha de conservar su condicion general de obligar á todos los endosantes, no se acomoda bien á los contratos hipotecarios; porque no es de presumir que personas que por su prudencia y prevision en los negocios hayan adquirido un crédito sólido, quieran ser endosatarios, constituyéndose obligados solidariamente y á muy largo término, atendidas las vicisitudes á que está sujeto el crédito por los cambios sucesivos del valor de la propiedad, por las dificultades que para el cobro oponen las sucesiones y divisiones de bienes, y por otras causas que mas fácilmente se comprenden que se enumeran, pues que podrian encontrarse en el caso de pagar el capital prestado y los intereses en el momento en que mas desapercibidos se encontraran y mas ajenos á satisfacer una obligacion que hacia muchos años hubiera pasado, y tal vez solo momentáneamente, por sus manos.

Mas si se dijera que podria hacerse el endoso sin responsabilidad del endosante, entonces quedarian anuladas en su principal parte las ventajas que el sistema del endoso produce en sentir de sus defensores, á saber, que el crédito personal de los endosantes venga á fortalecer el crédito real. Hay mas: puede decirse sin inconveniente que lejos de fortificarlo lo minoraría: cuanto mas circula una letra de cambio, mas confianza inspira, porque cada firma de un endosante es nueva garantía para los que despues la reciban; pero si al endoso de los créditos hipotecarios se quita la responsabilidad de los endosantes, cada firma vendrá á ser una prueba de que la persona que poseía el crédito y se ha deshecho de él, ha preferido á los intereses que producía otra especulacion ó mas segura ó mas lucrativa; y quitada así la responsabilidad de los endosantes, ya desaparece esa facilidad de la trasmision por endoso, porque nadie que tome el crédito dejará de hacer antes serias y detenidas investigaciones respecto al valor y circunstancias de la hipoteca. Queda así por única ventaja el menor coste de la trasmision, ventaja bien mezquina al lado de los inconvenientes que lleva consigo el sistema de endoso. No es el menor lo que se presta á falsificaciones de descubrimiento difícil y á veces hasta imposible. No sirve decir que este temor no es probable como se demuestra con las letras de cambio y pagarés á la orden: basta tener en cuenta que estas obligaciones son de corta vida, que pasan por muchas manos, que intervie-

nen en las transacciones á que dán origen personas que frecuentemente se conocen y se ocupan en negocios mercantiles, y que tienen activas relaciones, para que se conozca que la facilidad de descubrirse el fraude es grande é inmediata, y que esto mismo retrae á los falsificadores; pero no es de creer que esto suceda en los créditos hipotecarios, cuya duracion es infinitamente mayor, cuya circulacion será lenta, y que tal vez pasarán muchos años, no solo sin descubrirse, pero aun sin sospecharse la falsificacion.

No desconoce la Comision que es conveniente y aun necesario buscar el modo de dar á los capitales prestados sobre bienes inmuebles, una actividad en la circulacion de que hoy carecen. Pero esto no se consigue con disposiciones legales de la naturaleza de la que acaba de ser examinada, ni por medios que quepan dentro de la ley de hipotecas: para ello es necesario que los títulos hipotecarios tengan un valor conocido y notorio, que pueda este ser apreciado á primera vista y sin necesidad de investigaciones, que todos comprendan que la garantía es eficaz y legítima, y que los adquirentes no sean defraudados en las negociaciones que respectó á ellos hagan; en una palabra, que entre los capitalistas y los propietarios que buscan recursos en el crédito territorial, haya instituciones intermediarias que, emitiendo obligaciones territoriales de valor auténtico, uniformes, fáciles de ser apreciadas por todos en cambio de las garantías hipotecarias que, prévio el debido exámen, reciban, trasformen en inscripciones territoriales negociables como los efectos al portador los títulos hipotecarios, que ellas se encarguen de realizar por su cuenta y riesgo. Esta indicacion basta al propósito de la Comision.

Desechado el sistema del endoso, la Comision solo tenia que aplicar para la enajenacion ó cesion de los créditos hipotecarios las mismas reglas que dominan en todo el proyecto: que la trasferencia del crédito hipotecario se haga por escritura pública para evitar los fraudes á que puedan dar lugar los documentos privados, poco adecuados siempre para la adquisicion de derechos en las cosas inmuebles: que se dé conocimiento al deudor para que sepa que en lo sucesivo ya no debe satisfacer el capital y los intereses al acreedor antiguo, sino al cesionario: que se inscriba el contrato en el registro, porque en él debe constar todo lo que modifica el crédito hipotecario y las obligaciones que produce; que el cedente descuidado en poner en conocimiento del deudor la enajenacion é

cesion, responda al cesionario de los perjuicios que esta falta le ocasione, por consecuencia de la regla de que cada uno debe responder de los daños que á otro origine por no hacer lo que la ley le preceptúa.

Mas la facultad de enajenar ó de ceder las hipotecas que, cuando se trata de las voluntarias, no puede ser objeto de impugnaciones, no sería sostenible respecto á las legales. Constituidas estas frecuentemente en favor de personas que necesitan una proteccion directa y especial por parte del legislador, si fueran trasmisibles por aquellos para cuya garantía se han establecido, quedaria la ley burlada y desatendidos los intereses y derechos, que no la voluntad de los otorgantes, sino la ley misma quiso proteger. Por esto en el proyecto se dice que solo podrán cederse los derechos y créditos asegurados con hipoteca legal cuando haya llegado el caso de exigir su importe, y teniendo capacidad para enajenarlos las personas á cuyo favor están constituidos. Entonces ya ha cesado el peligro: la viuda que cede el crédito hipotecario que tiene contra los herederos de su marido, el mayor que enajena un crédito de la misma clase contra el que fué su curador, están ya fuera de las condiciones de la proteccion especial que las leyes antes les dispensaron: la hipoteca que enajenan ya no tiene por objeto asegurar sus bienes, sino realizar el pago del menoscabo que hayan experimentado.

DE LAS HIPOTECAS LEGALES.

Queda ya espuesto al tratar de las bases capitales de la ley, que la Comision no propone la estincion de las hipotecas legales, sino la reduccion de su número, y que dando nueva forma á las que deja subsistentes, las convierte en espresas y especiales, quitándoles su actual carácter de tácitas y generales, medio de proteger con mas eficacia y estension los derechos para cuya garantía fueron establecidas.

Respecto á algunas hipotecas no se ofrecen graves dificultades. La ley no debe ser mas solícita en proteger los derechos individuales, que aquellos á quienes mas inmediata y directamente corresponden. Si estos renuncian á la garantía que para la seguridad de sus derechos pueden exigir y lo demuestran por el hecho de no reclamarla, semejante descuido no es imputable al legislador, que no debe considerar como incapaces de mirar por sí mismos á todos los

que componen el cuerpo social, ni ejercer sobre ellos una tutela perpétua. Este es el fundamento de la supresion de algunas hipotecas legales: el proyecto se limita aquí á declarar que los particulares son árbitros en pedir y estipular las hipotecas que quieran, pero que la ley no viene por un acto soberano á suplir su silencio ó interpretar su voluntad: estipule cada uno lo que mejor estime, respecto á garantías; el legislador respeta y dá fuerza coactiva á la expresion de la voluntad de los contrayentes, pero no la suple ni la completa; no supone que quieren garantia cuando no la conciertan; no induce una presuncion *juris et de jure* para dar á su silencio una interpretacion equívoca muchas veces, y forzada otras. Así desaparecen varias hipotecas legales hoy existentes, y entrando en las condiciones de las leyes generales de los contratos, cuando expresamente se estipulen, darán resuelta en parte la complicacion que acerca de este punto se encuentra en nuestro derecho.

Pero el legislador no debe, no puede desentenderse de que hay personas é intereses que requieren una proteccion mas inmediata y una vigilancia mas continúa. Las mujeres casadas, los menores, los incapacitados, los hijos de familia constituidos en potestad, son los que en primer término necesitan que la ley venga en su auxilio, que los defienda, ya de su propia debilidad é inesperienza, ya de los peligros que, cuando nada pueden por sí mismos y tienen que sujetar al arbitrio ajeno su conducta, pueden sobrevenirles por parte de aquellos á quienes la ley confia su defensa.

Y ¿cuáles serán estos medios de proteccion? No podia subsistir la hipoteca tácita y general que hoy reconocen nuestras leyes: su indeterminacion, su eventualidad y su falta de inscripcion, la hacen incompatible con las dos bases que como fundamentales del sistema hipotecario ha adoptado la Comision, la *especialidad* y la *publicidad*, al paso que de hecho dan frecuentemente á la garantia una ineficacia ajena á la voluntad del legislador, como todos los dias se demuestra en la práctica. Estas hipotecas ocultas son el vicio mas radical del sistema hoy vigente, y de tal modo es necesario que desaparezcan, que si subsistieran, aunque fuera solo como escepcion para proteger á las personas á que con ellas quiso favorecerse, las hipotecas tácitas no inscritas serian mayores en número que las inscritas. La escepcion anularia la regla general y quedaria completamente destruida la obra proyectada.

Tampoco podia establecerse una ley como la que por algun

tiempo rigió en Francia antes del Código Napoleon, sometiendo á la necesidad de la inscripcion estas hipotecas, pero sin adoptar las medidas necesarias para que la inscripcion se verificara. Esto equivaldria á cortar el nudo de la dificultad en lugar de desatarlo, dejando abandonados los derechos que la ley quiere garantir, porque ni el menor ni el incapacitado pueden mirar por sí mismos, y por lo tanto tampoco obtener la inscripcion; y aunque la mujer casada y el hijo de familia tienen frecuentemente toda la capacidad intelectual necesaria para procurar la garantía de sus derechos legítimos, hay intereses de un orden superior ligados íntimamente con la constitucion de la familia, con la armonía de los que la componen, con los respetos debidos á la potestad marital y paterna, que impelen al legislador á obrar con toda circunspeccion cuando se trata de la facultad de las mujeres y de los hijos para tomar precauciones y exigir seguridades que pueden parecer injuriosas al jefe de la familia. La Comision, que lejos de querer debilitar los lazos de la familia ha procurado estrecharlos, no trata de introducir elementos de perturbacion en los sentimientos de cariño, confianza y obediencia de la mujer y del hijo; así no ha podido establecer la regla aislada de la necesidad de la inscripcion sin acompañarla de medidas que la redujeran á la práctica sin daño de los intereses de la sociedad doméstica. Por estas mismas consideraciones no ha aceptado la regla adoptada en Holanda y en algunos Estados alemanes, que equiparando la mujer á las personas estrañas, solo le concede la hipoteca cuando está estipulada é inscrita.

Solo pues restaba á la Comision el medio de establecer la hipoteca legal en favor de los menores, de los incapacitados, de las mujeres casadas y de los hijos de familia, adoptando al mismo tiempo las medidas conducentes á que la hipoteca que habia de ser especial y pública, fuera inscrita, tomando precauciones para que no quedara eludido el precepto de la ley. Si la Comision ha atinado á dar solucion satisfactoria á problema tan difícil, de seguro que habrá mejorado mucho la condicion de estos hipotecarios legales. La esperiencia acredita, que si bien la hipoteca general y tácita que hoy tienen les aprovecha cuando sobreviene una desgracia repentina é imprevista que quebranta la fortuna del marido, del padre o del tutor, apenas les es de utilidad alguna cuando la disminucion de los bienes es lenta y sucesiva, porque entonces paulatinamente se enajenan las fincas, y si se dirigen contra los que las

han adquirido, se ven envueltos en multiplicados y difíciles pleitos en que la fuerza de la opinion pronunciada contra las hipotecas no inscritas los hace á veces sucumbir, quedando por consiguiente perjudicados en sus derechos é intereses. Impedir, pues, que esto suceda, sujetar las hipotecas en su favor constituidas á inscripcion, es un beneficio conocido que se hace á las mujeres casadas, á los hijos de familia, á los menores y á los incapacitados.

Al sistema de la Comision se oponen argumentos cuya gravedad no puede desconocerse. Cuando se trata de dar ensanche al crédito territorial, ha dicho alguno de los que impugnan el sistema de la Comision, debe huirse de cuanto le perjudique, y la publicidad dada á las hipotecas de que aquí se trata, es funesta para él. Apóyanse para decir esto en que el patrimonio de aquellos á cuyo favor se hallen constituidas las hipotecas legales, viene á figurar en la riqueza general del país por una suma proporcional á lo que dichas personas representan en la cifra general de la poblacion; de lo que infieren que si esta riqueza está inscrita, se aumentará en una gran proporcion el pasivo con que figure recargada la propiedad inmueble y por una especie de ilusion óptica aparecerá mas gravada de lo que realmente lo esté. Esto, añaden, por mas que sea un beneficio exorbitante para los hipotecarios, es fatal para el crédito, á que debe consultarse ante todo en una ley de hipotecas.

No tienen fuerza estos argumentos: la inscripcion, la sustitucion de la hipoteca especial á la general, de la expresa á la tácita, de la definida y determinada á la indeterminada y eventual, no hará mas que poner de manifiesto la verdad: la falta de la inscripcion no quita el mal ni el gravámen; lo que hace es solamente ocultarlo, y esta ocultacion es muy dañosa al crédito territorial, porque no dá la medida de seguridad que merece el de cada uno. Es necesario ser lógicos: si se admite la hipoteca legal para asegurar derechos de personas que necesitan la proteccion especial del legislador, solo se adelanta con ocultarla hacer peor la condicion del que con sobrado desahogo puede cubrir las obligaciones á que están afectas sus propiedades en beneficio del que no tiene lo necesario para satisfacerlos, ó que si lo tiene, carece de sobrantes que sirvan de garantía á nuevos créditos. Esta ocultacion de las obligaciones á que está afecta la propiedad, sacrifica el crédito real al crédito aparente, introduce la desconfianza en la propiedad, y hace presumir que todas las fincas están sujetas á iguales cargas y obligaciones.

Adoptado por la Comision el sistema que queda espuesto, la frase *hipoteca legal* no tendrá ya la acepcion antigua, sino que significará el derecho ó la obligacion de pedir y obtener una hipoteca especial sobre bienes raices ó derechos reales que sean hipotecables y de que pueda disponer el hipotecante.

Aunque por regla general la hipoteca legal surta los efectos mismos que la voluntaria, el proyecto establece, sin embargo, entre ellas algunas diferencias que son resultado de su diversa naturaleza. Ya quedan indicadas algunas, y se espondrán otras en adelante. Desde luego debe tenerse en cuenta que como aquí la hipoteca es necesaria, como dimana de la ley y no de la voluntad de los contrayentes, no puede menos de establecerse una regla para el caso en que no haya conformidad entre los interesados acerca de la suficiencia de los bienes ofrecidos para hipotecar ó de la parte de responsabilidad que ha de pesar sobre cada uno de ellos cuando sean varios los que especialmente hayan de hipotecarse. La Comision deja á la decision de la autoridad judicial estas diferencias, pero exigiendo como requisito prévio que oiga antes á peritos que den prendas de acierto al fallo que ha de pronunciarse.

La misma razon que hay para la constitucion de las hipotecas legales existe para reclamar y obtener su ampliacion en el caso de que las constituidas lleguen por cualquier causa á ser insuficientes: sin esta ampliacion, la proteccion que dispensa la ley seria incompleta: puede decirse mas: que aun omitida, se sobreentenderia, porque la interpretacion, fundándose en el espíritu del legislador, supliria su silencio.

La tramitacion que debe seguirse para la constitucion de la hipoteca legal en los casos en que el juez debe exigirla de oficio ó á instancia de parte legitima y para declarar su suficiencia, se ha determinado procurando conciliar la brevedad con el respeto á los derechos de los interesados.

Establecidas estas reglas generales respecto á la hipoteca legal, la Comision espresa los casos únicos en que ha de tener lugar en lo sucesivo, y fija en cada uno de ellos las reglas que ha creido mas adecuadas para que realmente sea una verdad lo que en el proyecto propone. Esto requiere algunas observaciones.

ASEGURACION DE LOS BIENES DE LAS MUJERES CASADAS.

La Comision no ha hecho ningun cambio respecto á los casos en

:

que la mujer casada ha de tener hipoteca legal sobre los bienes de su marido: este punto está íntimamente enlazado con la constitución de la familia y con los derechos respectivos de los cónyuges. Hacer incidentalmente alteraciones seria una perturbacion ajena á esta ley: esto será en su día el resultado de los detenidos y concienzudos estudios á que ha de dar lugar el Código civil. La hipoteca legal por lo tanto, se constituye por las dotes, por los parafemales y demás bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio, si bien con algunas limitaciones, conforme á nuestra actual jurisprudencia.

Para que la dote dé lugar á la hipoteca legal es necesario que haya sido entregada solemnemente al marido bajo fé de escribano. La mera confesion de dote no produce hoy hipoteca tácita, y no debe por lo tanto ser garantida en lo sucesivo con hipoteca especial; la que no se otorga por escritura pública, constando en ella la entrega, puede ser fácilmente simulada. Si la confesion se hace en última disposicion valedera, segun nuestro derecho actual, la dote confesada solo tiene la consideracion de legado, y no puede ser por lo tanto invocada, ni contra los herederos forzosos en cuanto puede perjudicar sus legítimas, ni contra los acreedores. Mas cuando la confesion es por acto entre vivos, á falta de una declaracion espresa en nuestras leyes, muchos jurisconsultos notables buscan en el derecho romano la fuerza de esta dote, llegando al extremo de negar toda escepcion al marido cuando ha pasado el término de diez años despues de la confesion. Esto equivale á introducir una presuncion *juris et de jure* de haberse verificado la entrega, á lo que parece consiguiente que despues de trascurrido el término, se dé á la dote confesada, por lo que se refiere á la hipoteca, los mismos efectos que á la dote entregada. Esta opinion, que se presta á fundadissimas y fáciles impugnaciones, no podia ser adoptada. Mas al mismo tiempo no parecia justo privar del beneficio de la hipoteca, si bien con prudentes precauciones que evitaran el abuso, á la mujer que realmente hubiera llevado al matrimonio una dote cuyos bienes existieran aun, ó estuviesen sustituidos por otros, pero de que por negligencia ó por cualquiera otra causa no se hubiera otorgado escritura, ó en la otorgada no se hubiese hecho mencion de la entrega. El medio elegido al efecto consiste en dar el carácter y los efectos de dote entregada á la confesada por el marido antes de la celebracion del matrimonio, ó dentro del primer año de él, siempre

que se haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales, ó la de otros semejantes ó equivalentes que los hayan sustituido.

Mas la obligacion del marido respecto á la restitucion de la dote, que es lo que afianza, no es igual, segun nuestro derecho, pues al paso que en la dote estimada el marido se constituye deudor de género, en la inestimada debe devolver las cosas mismas que recibió. Así es que, aunque las leyes de Partida digan que el marido siempre es el dueño de los bienes dotales, ha habido que acudir á ingeniosas distinciones para salvar la antinomia que resulta entre este principio y los diferentes efectos que establecen en cuanto á una y á otra: distinciones escolásticas de dominio que prueban sutileza é ingenio, pero que están lejos de satisfacer cumplidamente á las objeciones á que dan lugar. La Comision, dejando aparte estas cuestiones, ha considerado que el marido es el dueño de la dote estimada, sin mas obligacion que la de devolver su importe á la disolucion del matrimonio; pero que en la inestimada solo tiene el derecho de aprovecharse de ella para las necesidades de la familia, como lo hace el usufructuario, conservarla en buen estado y restituirla en las mismas cosas que recibió.

Consecuencia de esto es proponer que los bienes raices de la dote estimada se inscriban á nombre del marido como cualquiera otra adquisicion de dominio, y que sobre ellos mismos se constituya la hipoteca para la restitucion; y por el contrario, que cuando la dote es inestimada, consistente tambien en bienes inmuebles, si estos se hallan inscritos ya antes como propios de la mujer, se haga constar solamente en el registro por nota marginal su calidad de dotales, y en otro caso se inscriban á favor de la mujer con igual nota, pero sin que por esto se entiendan alteradas las reglas que establecen los casos y las limitaciones en que debe efectuarse la restitucion; á esto no alcanza el proyecto. Como la obligacion hipotecaria es subsidiaria de la personal, no puede estenderse á mas de lo que esta comprende; de aqui se infiere que la cantidad que en la dote estimada se asegura, nunca puede exceder de la apreciacion de los bienes dotales, y que cuando la dote se reduce porque en su constitucion se han traspasado los límites señalados por las leyes, se reduzca tambien la hipoteca cancelándose parcialmente.

Cuando la dote es inestimada y consiste en bienes inmuebles, que se entregan al marido obligado á conservarlos y á restituir-

los, hay que adoptar una regla para fijar la cantidad á que debe estenderse la hipoteca en el caso de que no subsistan á la disolucion del matrimonio. Poca dificultad presenta esto en el caso de que la tasacion se haya hecho, aunque sea como comunmente se dice, sin causar venta, porque ya hay un tipo á que atenerse; pero cuando no hay valuacion alguna, tendrá que hacerse esta, no para cambiar la índole de la dote, sino solo para asegurar el reintegro de su importe, si llegasen á desaparecer los muebles dados en dote.

Aunque nuestro derecho escrito, como queda dicho, establece el principio de que el marido es el dueño de la dote, no le permite enajenar la inestimada por estar obligado á restituir lo mismo que recibió: por esto, bajo cierto aspecto, puede decirse que esta dote corresponde á los bienes de la mujer. Resulta de aqui que en rigor de derecho, la dote inestimada es inalienable y que los bienes que la constituyen no están en el comercio. En esto adoptaron las Partidas la innovacion que el Emperador Justiniano introdujo para libertar á las mujeres casadas de los peligros que su propia debilidad podia ocasionarles, reformando el derecho antiguo, en virtud del cual el marido, con consentimiento de la mujer, estaba autorizado para enajenar la dote, pero no para hipotecarla; diferencia que se fundaba en la menor resistencia que es de presumir que tendria la mujer para hipotecar que para vender. No está conforme la legislacion aragonesa con la general, pues que desentendiéndose de la cuestion teórica respecto al dominio de la dote, establece que la mujer puede enajenarla y obligar sus bienes para el pago de las deudas contraidas por el marido. La legislacion que actualmente rige en la mayor parte de la monarquía es insostenible, porque deja fuera de circulacion la gran masa de bienes que corresponden á la clase de dotales, y hace mas triste la condicion de la propiedad dotal, puesto que no viene en auxilio de las necesidades del propietario, que en medio de riquezas considerables puede encontrarse reducido á la indigencia. Para obviar estas dificultades, algunos escritores dicen que cuando las enajenaciones no llegan á la mitad de los bienes y la mujer las hace en union con su marido, ó cuando hechas por este, tiene ella intervencion y promete con juramento no reclamar contra las mismas, suelen sostenerse, si bien á la mujer le queda el derecho de ser indemnizada en los bienes del marido. En la práctica actual vemos que, desentendiéndose de la prohibicion legal, la mujer enajena la dote inestimada con licencia del

marido. De esta divergencia entre la ley y la práctica ha dimanado que crean algunos que esta no quita á la mujer el derecho, si el marido carece de bienes, para reclamar contra el poseedor de la finca vendida, si no satisface su importe. Semejante estado de contradiccion entre la ley y la conveniencia pública, y entre lo prescrito y lo que se observa, crea una incertidumbre que el legislador debe apresurarse á resolver dando á la ley la flexibilidad necesaria para que pueda cumplirse sin inconveniente. Atendiendo á esto los redactores del proyecto de Código civil, propusieron la reforma del derecho antiguo en el sentido de que el dominio de los bienes dotales fuera de la mujer, pero sin declarar que eran siempre enajenables, antes por el contrario, fijando los casos y la forma en que el marido y la mujer habian de poder enajenarlos y obligarlos. Siguiendo este mismo espíritu, la Comision propone que los bienes dotales hipotecados ó inscritos con la calidad espresada, no se puedan enajenar, gravar ni hipotecar, sino en nombre y con el consentimiento espreso de ambos cónyuges, pero añade que en este caso quede á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes en sustitucion de los enajenados, ó si no los tiene, los primeros que adquiera. Adopta al propio tiempo las medidas de precaucion que ha creido conducentes para alejar los peligros de la inesperienza cuando uno de los cónyuges es menor de edad, y resolviendo de paso respecto á este punto una antigua cuestion agitada entre los intérpretes y en el foro, ordena que siempre que sea menor uno de ellos, se observen en la enajenacion de los bienes dotales las reglas establecidas al efecto en la ley de Enjuiciamiento civil, y que si la mujer fuese la menor, el juez que autorice la enajenacion haga que se constituya la hipoteca para la seguridad de la dote. Los bienes propios del marido que se hipotequen á la seguridad de la dote seguirán la condicion de los demás bienes hipotecados. Podrá enajenarlos su dueño, si bien siempre irá adherida á ellos la hipoteca. Pero si llega el caso de extinguirse ó reducirse la hipoteca porque desaparezca en todo ó en parte la obligacion de restituir, ó de que la conveniencia de la sociedad conyugal, y tal vez la de la misma mujer exija que se subrogue ó ponga, no podrá hacerse esto sin su consentimiento y sin que se observen en el caso de la menor edad de uno de los cónyuges ó de ambos los mismos requisitos que para la enajenacion del fundo dotal.

Para evitar toda cuestion que pudiera suscitarse respecto á si

ciertas disposiciones del Código de Comercio acerca de los bienes dotales están modificadas por esta ley, ha creído la Comisión conveniente, aunque no lo reputa absolutamente necesario, expresar que quedan en toda su fuerza y vigor. Por una ley especial no deben considerarse derogadas las anteriores que tienen un carácter mas general cuando son compatibles con ella y caben dentro de su espíritu. Así se propone que no se reputen alteradas ni modificadas algunas disposiciones del Código de Comercio, cuya simple lectura justifica lo que se prescribe. Por la misma razón declara subsistente para el caso en que el marido no constituya la hipoteca ó no inscriba los bienes de la mujer, y sin embargo los dilapide, el derecho que conceden á esta las leyes para exigir que los que subsistan de la dote, ó se le entreguen, ó se depositen en lugar seguro, ó se pongan en administracion.

Mas no son los bienes dotales los únicos que necesitan ser atendidos por el legislador, sino tambien los parafernales ó cualesquiera otros aportados por la mujer al matrimonio. La legislación aragonesa no admite bienes parafernales, pues los que así se denominan en otras provincias de la monarquía tienen en las de aquel antiguo reino el carácter de dotales: no puede por lo tanto á ellos referirse lo que se dice en el proyecto, aplicable en la generalidad de la nación, donde existe esa diferencia de dotales y parafernales para los efectos jurídicos.

La misma protección que tiene la mujer respecto á los bienes dotales, se le otorga para los parafernales. El proyecto no innova en esto el derecho actual, porque hoy respecto á ellos existe la misma hipoteca tácita que en los dotales cuando el marido los administra, si bien no gozan de igual prelación segun la opinión mas probable y la mas comun de nuestros jurisconsultos. Cuando la mujer se reserva la administracion de los parafernales, ó estos no se entregan al marido por escritura pública, tampoco debe tener lugar la hipoteca, porque nadie tiene obligación de garantizar la restitucion de lo que no recibe, ó de lo que no le ha sido entregado con las formalidades que establecen las leyes: si se permitiera lo contrario, se daría lugar á fraudes perjudiciales á un tercero.

Respecto á los demás bienes aportados por la mujer al matrimonio, la legislación foral es muy diferente en España. Por esto la Comisión, despues de proponer las reglas que ha estimado conveniente en lo que toca á los pueblos regidos por las leyes de Casti-

Ha, por ser las que rigen en la mayor parte de nuestro territorio, ha establecido la regla general de que se entiendan bienes aportados al matrimonio por lo que á la constitucion de la hipoteca legal se refiere, los que bajo cualquier concepto con arreglo á fueros ó costumbres locales traiga la mujer á la sociedad conyugal. Mas para ello exige que se entreguen al marido por escritura pública y con fé de escribano, bien sea con estimacion que cause venta, ó bien con obligacion de conservarlos y devolverlos á la disolucion del matrimonio; y que cuando la entrega solo conste por confesion del marido se siga la misma regla que en igual caso queda espuesta respecto á la dote. No es menester demostrar la justicia de esta disposicion de aplicacion fácil y segura, porque para ello concurren en los bienes á que se refiere, las mismas razones que en los dotales.

La hipoteca legal no se estiende hoy á las arras y donaciones esponsalicias, á no ser que se hayan ofrecido como parte de la dote. Esto mismo se propone ahora. Pero como ni el marido ni sus herederos, cuando en la celebracion del matrimonio hubo arras y donaciones esponsalicias, están obligados á devolver unas y otras, sino que su obligacion es alternativa, teniendo la mujer ó sus herederos la facultad de elegir en el término de veinte dias, contados desde el requerimiento, y pasando por su silencio este derecho al marido ó á sus herederos, la Comision no ha podido menos de tomar en cuenta esta importante circunstancia. Establécese al efecto que la mujer dentro del plazo legal tenga que elegir por qué bienes quiere que se constituya la hipoteca, si por las arras ó por las donaciones, y que se cuente el término desde el dia en que se hizo la promesa, pasando despues la facultad de elegir al marido y á sus sucesores. El precepto en el fondo es el mismo; solo se cambia el tiempo en que debe elegirse, para hacer posible y oportuna la constitucion de la hipoteca.

Delicada es la cuestion de las personas á quienes debe otorgarse el derecho de exigir que preste el marido la hipoteca legal establecida á favor de la mujer, porque en ello se interesan, además de las consideraciones generales, las de órden y buena armonía en el matrimonio.

Quando el matrimonio ha sido ya contraido, y la mujer es mayor de edad, ha reputado la Comision como peligroso que cualquiera persona, por allegada que sea, venga á interponerse entre ella

y el marido; ha temido por la felicidad doméstica de los cónyuges, y ha preferido que padezcan los intereses á que se perturbe la paz de la familia. Si la mujer calla, teniendo capacidad para reclamar y franca la puerta para hacerlo, debe respetarse su silencio: la intervencion de otras personas será generalmente mas fecunda en males que en beneficios.

Mas cuando aun no se ha contraido el matrimonio, cesan estos temores, y sobre todo si la mujer es menor de edad, no puede la ley disminuir la vigilancia especial y la proteccion que dispensa siempre á los que no considera con la aptitud y medios bastantes para protegerse á sí mismos.

Por eso, no solo se permite, sino que se escita á las personas que mas naturalmente se interesan por la mujer, á ejercitar el derecho de exigir la hipoteca y calificar su suficiencia. Entre ellas no podrá dudarse que el padre, la madre y el que dió la dote, deben ser los primeros autorizados para reclamar la seguridad de los bienes de la mujer; el amor que á unos inspira la naturaleza, el deseo que debe tener el donante de que no se malogre el sacrificio que hace, y que no perezca su donativo á manos de un marido dissipador, son una prenda de que la hipoteca se exigirá y quedará constituida.

Pero si la mujer estuviere bajo curaduría, ya hay persona obligada á exigir la hipoteca al celebrarse el matrimonio: el curador que lo omite, debe quedar sujeto á responsabilidad, y el promotor fiscal, en representacion del Estado, tutor supremo de los menores, denunciará al juez la conducta del curador, bien de oficio, ó bien á instancia de cualquiera persona, que compadecida de la desgracia ajena, quiera contribuir á su alivio, y solicitará que se compela al marido á otorgar la hipoteca. Para aumentar la seguridad de que no será eludido este deber, los jueces de paz tienen el de escitar á los promotores fiscales á su cumplimiento.

Como las personas llamadas á calificar las hipotecas pueden creer que los bienes ofrecidos para constituir las no son hipotecables, ó que no corresponden al marido, ó que no son suficientes, ó que por cualquiera otra circunstancia no deben ser admitidos para seguridad de los correspondientes á la mujer, y en estas apreciaciones puede haber error ó alguna vez falta de buena fé, queda abierta la puerta al marido para hacer valer sus pretensiones ante la autoridad judicial.

¿Quedará así bastantemente asegurado el otorgamiento de la hipoteca? La Comision solo dirá que cree haber buscado todos los medios posibles para que sea una verdad práctica la hipoteca legal á favor de la mujer casada, y que tiene la conviccion íntima de que lo que propone le dá mucho mayores garantías que cuanto hasta aquí se ha establecido.

HIPOTECA POR LOS BIENES RESERVABLES.

Aunque es generalmente conocida por todos la poca expresion de nuestras leyes en lo que concierne á los bienes reservables, no se nota, sin embargo, en ellas la omision de consignar que los hijos del primer matrimonio tienen una hipoteca tácita para su restitucion en los bienes del consorte que sobrevivió y pasó á segundas nupcias. Pero como la hipoteca es general sobre todos los bienes del cónyuge obligado á restituir, puede conocerse su frecuente ineficacia y la necesidad de armonizarla con los principios que dominan en todo el proyecto. Hay en este caso una razon mas: no definido de un modo terminante en la ley el derecho que despues del segundo matrimonio tiene el cónyuge superviviente en los bienes reservables, pareciendo por una parte dueño de ellos y por otra un mero usufructuario, se ha suscitado la duda de si las enajenaciones que hace deben considerarse y declararse en su caso nulas desde luego ó si ha de esperarse á su fallecimiento para que la declaracion de nulidad pueda tener efecto. Esta opinion es generalmente la seguida, porque no obliga á anular la enajenacion cuando aun no puede saberse si ha de llegar el caso de la restitucion, puesto que es incierto si los hijos del primer matrimonio han de sobrevivir á su padre ó madre. Mas cualquiera que sea la opinion que se adopte, nadie desconocerá que en ninguna de ellas se hallan bien definidos los derechos del padre ó madre, que el dominio del adquirente de los bienes de esta clase se halla en incierto, porque pende mas que de la ley de las opiniones de los jueces, que la propiedad pierde en tal estado de vacilacion é incertidumbre, y que los hijos pueden encontrarse despojados de sus derechos legítimos á la reserva por falta de hipoteca eficaz ó de inscripcion que los asegure. Para salir de semejante estado, la Comision ha establecido reglas análogas á las que deja espuestas para garantir los derechos de la mujer casada. Estas son hacer constar la cualidad de bienes reservables en las inscripcio-

nes respectivas del dominio, para que, apercibidos los adquirentes, sepan la reserva á que están afectos los inmuebles, ó constituir una hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos á reserva sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre ó madre que se ofrezcan en garantía. Así la carga hipotecaria pesará constantemente sobre las fincas hasta que llegue el caso del fallecimiento del que debe reservar, ó hayan los bienes vuelto á adquirir su condicion de libres.

Para que el precepto sea eficaz habia tambien que establecer una série de personas que pudieran reclamar la inscripcion ó la constitucion de la hipoteca. Cuando los hijos son mayores de edad, lo natural es que ellos sean los únicos que puedan pedirla: si ellos no lo hacen, implícitamente renuncian á su derecho y no debe el legislador protegerlos innecesariamente: las excepciones que se hacen del derecho comun en atencion á la menor edad, no deben ser extensivas á los que ya tienen toda la capacidad intelectual que supone la ley en los que han salido de ella.

Pero cuando los hijos de familia son menores, entonces la ley debe ser solícita por sus intereses, y garantizarlos contra la malversacion de los padres y contra la imposibilidad que ellos tienen de mirar por sí mismos. Al efecto se impone al padre ó á la madre la obligacion de presentar al juzgado un expediente suficientemente instruido, en el que se comprendan todos los particulares que puedan conducir á asegurar los derechos de los hijos; se les señala para su presentacion en el término de noventa dias, contados desde que por la celebracion del segundo ó último matrimonio hayan adquirido los bienes el carácter de reservables; se fijan los procedimientos que han de seguirse para obtener la inscripcion ó la hipoteca, y se impone al juez la obligacion de cuidar bajo su responsabilidad de que se hagan las inscripciones y asientos en los registros de la propiedad y de las hipotecas. Mas si el que debe reservar deja de cumplir á su tiempo con el precepto de la ley, entonces estarán en el caso de reclamar su cumplimiento los tutores ó curadores de los hijos si los tuvieren, y en su defecto los parientes de cualquier grado y línea y los albaceas del cónyuge premuerto.

Cuando el padre no tiene bienes para asegurar en todo ó en parte la obligacion de restituir, no por eso se omitirá la formacion del expediente, que tendrá por objeto hacer constar la reserva, su cuantía, y la obligacion de constituir la hipoteca en los primeros

inmuebles que el padre adquiera. Mas si los bienes reservables fueren raíces, la garantía será hacerlo constar en el registro de la propiedad. Lo que se dice del padre es estensivo á la madre; pero entonces la obligacion de hipotecar será estensiva tambien á los bienes presentes ó futuros de aquel con quien se enlace en segundas nupcias.

HIPOTECAS POR RAZON DE PECULIO.

La hipoteca legal que tienen los hijos sobre los bienes del padre por los del peculio que administra, esto es, por los del peculio adventicio, se halla espresamente establecida en las Leyes de Partida, las cuales, sin embargo, van mas adelante, declarando que si el padre no puede restituirlos por haberse deshecho de ellos y no tiene lo bastante para satisfacer al hijo, corresponde á este una accion real contra cualquier poseedor de los bienes que constituyan el peculio. Esta regla no es estensiva á los bienes profecticios, tanto porque en ellos la propiedad es del padre, como porque no es este, sino el hijo el que los administra, ni á los peculios castrenses ni casicastrenses, en cuya propiedad, usufructo y administracion el hijo es considerado como padre de familia. La Comision ha aceptado lo dispuesto en las Leyes de Partida, sin dar á la hipoteca legal mas estension que la en ellas establecida.

Cuando los hijos son mayores de edad, no hay mas que aplicar los mismos principios adoptados respecto á los bienes reservables. Cuando son menores, ha parecido que sería conveniente establecer otro órden de personas que puedan pedir la inscripcion ó la hipoteca, facultando al efecto á aquellos de quienes procedan los bienes en que consiste el peculio, á sus herederos y albaceas, á los ascendientes del menor y á la madre cuando estuviere separada legalmente del marido. Pero en todo caso tendrá el tutor ó curador del hijo dueño del peculio, la obligacion de pedir la constitucion de la hipoteca; y si algun otro de los antes indicados se anticipare á solicitarlo, siempre se dará al tutor conocimiento del expediente, y será oido en él. La diferencia que hay entre las personas autorizadas para pedir la hipoteca en este caso y en el de los bienes reservables, se funda en la distinta procedencia de unos y otros bienes, y en que no concurren por regla general respecto al padre los motivos de desconfianza que inspiran las segundas nupcias.

HIPOTECA POR RAZON DE TUTELA Y CURADORÍA.

La ley de Enjuiciamiento civil, que tan solícita se mostró en favor de los menores fijando reglas no siempre conformes con el antiguo derecho, sustituyó la garantía hipotecaria á la de fiadores, que era la que segun las leyes de Partida debian dar los guardadores para asegurar el exacto cumplimiento de su cargo. La Comision aceptando las reformas de la nueva ley, asegura mas y mas su cumplimiento. La obra estaba, no solo comenzada, sino casi terminada: la Comision se limita á completarla en lo que se refiere á hacer efectiva la hipoteca con que debe afianzarse el buen desempeño de la tutoría ó curadoría de los hijos, cuya madre pasando á segundas nupcias ha obtenido dispensa de ley para continuar en la direccion de los que hubo en su primer enlace.

El remedio mas radical consiste en que no se espida la real cédula de habilitacion antes de haber prestado la hipoteca correspondiente, y es el adoptado por la Comision. Pero como es necesario que la guarda del huérfano, del menor ó del incapacitado no esté abandonada indefinidamente, se señala el término de sesenta dias desde la celebracion del nuevo matrimonio, para que si dentro de él la hipoteca no se constituye, nombre el juez, bien de oficio, bien á instancia de cualquiera de los parientes, otro tutor ó curador que dé la seguridad hipotecaria, ordenando que, además de las solemnidades que esta previene, antes de aprobar la fianza, oiga en su caso al pariente que pidió el nombramiento, porque es el que parece mas interesado en que no se dilapide la fortuna del hijo.

Otro medio no menos eficaz establece el proyecto para que no deje la madre que se case por segunda vez de afianzar la gestion de su cargo continuando sin embargo en su desempeño. Este medio es obligar al marido á imponer sobre sus propios bienes una hipoteca especial bastante para que queden garantidos los intereses del constituido en tutela ó curadoría. La misma disposicion se ha hecho estensiva al caso en que la madre que está desempeñando, ó ha desempeñado el cargo de tutora ó curadora, pase á segundas nupcias antes de obtener la aprobacion de las cuentas de su cargo, porque no habia motivo alguno para establecer diferencias.

Pero si se ha de evitar que el precepto de la ley sea ilusorio, es indispensable señalar las personas á quienes la ley impone la obligacion de reclamar la prestacion de la hipoteca, cuando el hijo sea menor de edad. Al efecto ha impuesto este deber por orden sucesivo al tutor ó curador *ad bona* del hijo, al curador *ad litem* si lo tuviere, á todos sus parientes por línea paterna, y despues á los de la materna.

Por último, se declara espresamente que en el caso de que la hipoteca constituida llegare á ser insuficiente, pueda el juez, ó exigir que se amplíe, ó adoptar las medidas que conceptúe mas eficaces para asegurar los bienes del menor y del incapacitado. Se le ha dejado en esto una latitud prudente, porque establecer una regla general á que tuviera que sujetarse inflexiblemente, podria ceder en daño del menor ó del incapacitado. En todas las disposiciones que comprende esta parte del proyecto, ha cuidado la Comision de ponerlo en estrecha armonía con la ley de Enjuiciamiento civil, en la que se encuentran otras medidas saludables respecto á la garantía de los que están en tutela y curadoría, que si hubieran sido omitidas en ella, no dejarian de figurar en el trabajo que la Comision presenta. Reunidas pues, las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil y las que ahora se proponen en lo que se refiere á la garantía de los huérfanos, de los menores y de los incapacitados, cree la Comision que quedan mas asegurados sus intereses que por el antiguo sistema de las hipotecas tácitas por los medios mas eficaces, determinados y prácticos que el derecho nuevo les otorga.

HIPOTECAS Á FAVOR DE LA ADMINISTRACION.

En todos tiempos se ha equiparado al Estado, á las provincias y á los pueblos, con los menores, y se les han dispensado iguales ó mayores consideraciones, hasta la de concederles el beneficio de la restitucion *in integrum*, para que pudieran obtener reparacion de los perjuicios que les sobreviniesen por culpa de los que debian mirar por sus intereses, ó por fraude de otras personas. No está llamada la Comision en este proyecto á examinar si son ó no son justos y convenientes á la Administracion estos beneficios, pero limitándose al estado actual de nuestro derecho, cree que no puede negárseles la hipoteca legal, si bien con el carácter de especial y

pública, para ponerla en armonía con el nuevo sistema. La hipoteca legal se establece sobre los bienes de los que contratan con la Administracion y manejan sus intereses por la responsabilidad en que pueden incurrir, y sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que gravitan sobre ellos. No puede ser mas reducido el beneficio. Aun el primero de estos dos casos, mas que como beneficio singular, puede considerarse como una disposicion comun del derecho, porque siguiendo el sistema de la Comision, se ha sustituido la hipoteca especial y espresa á la general y tácita, y ha habido por lo tanto necesidad de ordenar que las direcciones generales del Estado, los gobernadores de las provincias y los alcaldes exijan la constitucion de hipotecas especiales sobre los bienes de los que manejan fondos públicos ó contratan con el Estado, con las provincias ó los pueblos en la forma que prescriban los reglamentos administrativos. Es decir, que en lo que se refiere á la hipoteca cesa el antiguo privilegio; porque del mismo modo que un particular exige las garantías que estima convenientes á sus administradores y á las personas que con él contratan, la Administracion, exigiéndolas, no hace mas que aplicar á la gestion de los negocios públicos lo que los particulares á veces hacen en los suyos. Libre es la Administracion para aumentar los casos en que han de exigirse estas garantías: en sus reglamentos, en sus contratos, no dejará de asegurar por medio de hipotecas espresas y convencionales los intereses cuya direccion le está encomendada; en ellos está el medio de evitar perjuicios á los pueblos, á las provincias y al Estado. Este es el sistema que tiene ya adoptado en todos sus contratos y en todas las administraciones de fondos públicos, dando una prueba evidente de que está convencida del poco valor de la hipoteca legal, general y tácita, que mas que para su garantía sirve para que figure entre sus privilegios uno que, siendo frecuentemente ineficaz, dá á veces ocasion á que se miren con descaído las precauciones convenientes para evitar que sean perjudicados los intereses públicos, y escita justos clamores por su exorbitancia. Mas previsora la Administracion en nuestros dias que en los tiempos que pasaron, se cuida de atajar el mal en su origen mas que de buscar despues de sucedido remedios estraordinarios, de utilidad problemática y de dudoso éxito. La Comision sigue el impulso de la Administracion al proponer la reforma.

La hipoteca de los bienes de los contribuyentes para el pago de las contribuciones se ha limitado á un año, porque no es de presumir que dentro de él deje la Administracion de hacer que se satisfaga lo que en este concepto se adeuda. El que compra una finca debe suponer que está al corriente del pago de contribuciones, porque nadie ignora las vías de apremio que tan ejecutivas son contra los morosos. Si los agentes de recaudacion han sido omisos, esta falta no debe recaer sobre un tercero, que no puede menos de considerarlos como diligentes. Así sabe el adquirente hasta donde puede llegar la responsabilidad de una finca, y tendrá buen cuidado, si la adquisicion es por título oneroso, de que le acredite el enajenante que no tiene descubiertos, ó sabrá por lo menos de un modo fijo los que tenga.

HIPOTECA Á FAVOR DEL ASEGURADOR.

El premio del seguro es deuda que debe afectar con hipoteca á la finca asegurada: no hay ley que terminantemente lo ordene, pero no puede dudarse de su justicia, tanto por los riesgos que corre el asegurador mayores que en los demás contratos, como porque si bien no puede decirse, atendido el tecnicismo riguroso, que es una carga real que grava la propiedad, tiene mucha semejanza con ella y suele estipularse en los contratos de seguros de bienes inmuebles.

Por esto el proyecto, siguiendo el ejemplo de otras naciones, y atendiendo mas á lo que debe ser que á lo que de derecho existe, comprende entre las hipotecas legales la de los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, y cuando el seguro es mútuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho. Los premios devengados anteriormente no deben exigirse en perjuicio de tercero: la ley presume que estaban satisfechos. Si no lo están, es por culpa de los aseguradores, los cuales pueden perpetuar su derecho exigiendo y obteniendo una hipoteca especial por las cantidades que se adeuden, cualquiera que sea la fecha en que debieron satisfacerse, pero sin que esto perjudique al tercer adquirente, que obtuvo el dominio de la finca ú otro derecho real sobre ella antes de que la inscripcion llegara á efectuarse.

DEL MODO DE LLEVAR LOS REGISTROS.

No ha tenido la Comision que luchar con dificultades tan graves

en esta parte del proyecto como en todas las hasta aquí mencionadas. No hay que consultar en ella los derechos existentes, ni tratar de conciliarlos, ni establecer el difícilísimo tránsito de un sistema á otro basado sobre principios diferentes. Sin inconveniente alguno se puede adoptar un nuevo método de llevar los registros y aceptarlo con todas sus consecuencias. No podrán perder en ello los derechos civiles; al contrario, ganarán mucho, porque la esperiencia ha enseñado las reformas que pueden y deben hacerse, y esto, además de convenir al orden, á la facilidad del manejo de los libros, es beneficioso á la propiedad y á los demás derechos *en la cosa*, pues que, cuanto mejor constituidos estén los registros, mayor es su garantía. No debe la Comision esponer aquí todas las medidas que propone sobre el modo de llevarlos para asegurar su legalidad y su autenticidad: la mayor parte de ellas no necesitan ni esplicarse ni justificarse. Por esto la Comision solo hará mención de muy escasos puntos.

Entre ellos ocupa el primer lugar la necesidad de que todos los libros de registro sean iguales y se formen bajo la direccion del Ministerio de Gracia y Justicia con cuantas precauciones sean convenientes para impedir fraudes y falsedades. No teme la Comision que ni aun los partidarios mas decididos de la descentralizacion absoluta encuentren poco atinada esta prescripcion. Los registros de la propiedad, los registros de las hipotecas encierran en sus páginas el depósito de intereses permanentes del Estado; lo que en ellos se escriba, si bien algunas veces tiene limitados sus efectos á la generacion que vive, ha de afectar aun mas profundamente á los intereses de las generaciones venideras, que en ellos verán escritos los derechos de la propiedad, la série de las sucesiones, las alianzas de las familias, la garantía del crédito y la seguridad de las transacciones verificadas en los siglos que pasaron. La direccion del Gobierno es la única capaz de dar á estos registros la uniformidad, sin la cual, abandonada la ley al arbitrio de los registradores, pronto perderia su carácter, se desfiguraria en las localidades, y muy luego caería en un descrédito completo. El papel de los libros, el modo de fabricarlo, las marcas y señales que debe llevar, la forma de hacer las encuadernaciones, y hasta la tinta y la pluma que se usen para escribir en ellos, pueden influir grandemente en su larga conservacion, en hacer imposibles ó difíciles al menos las falsificaciones y fácil su descubrimiento: esto por sí solo basta á

veces para detener la mano de los falsificadores. La direccion del Gobierno será cada vez que se renueven los registros una nueva advertencia á los registradores de que tienen rigorosamente que ajustarse á las formalidades establecidas por la ley y reglamentos, llenar las casillas, y hacerlo todo con entera sujecion á lo que se halle prevenido: así no nacerán prácticas abusivas que, fundadas aparentemente en la conveniencia de simplificar, pero aconsejadas en realidad por la desidia, concluirían por dejar sin efecto las precauciones mas bien meditadas.

Nunca deben salir de las oficinas los libros del registro: nada hay que pueda justificar esta traslacion: si se necesitan para diligencias judiciales, medios tienen los juzgados para obtener de un modo fehaciente todo cuanto conduzca á la aclaracion de los hechos que se quieran averiguar, ya sea en el órden civil, ya en el criminal. Desde el momento en que se sacan los libros de un archivo, pueden correr peligro cuantiosos intereses, y no es justo que para la comodidad de un litigante ó para la decision de un solo negocio, se cause perjuicio á todos los que tengan derechos reales en la demarcacion de un partido judicial. Este mismo principio ha prevalecido en el proyecto de ley del notariado, y merecido la aprobacion de uno de los Cuerpos colegisladores. Desde el momento en que los libros salen de la oficina en que se hallan y pasan á manos diferentes de aquellas que en todo tiempo tienen obligacion de responder de su autenticidad; desde que pasan de unas á otras oficinas, por esmeradas y escrupulosas que sean las diligencias que se adopten para salvar su integridad; desde que la responsabilidad no es una, sino que se divide y subdivide entre muchos, natural es que pierdan en el órden moral algun tanto la confianza, la seguridad que deben inspirar á todos por completo.

La division del registro en dos secciones, la de la propiedad y la de hipotecas; los diferentes libros que deben llevarse por los registradores; la manera de llevarlos; las circunstancias de los asientos; las diligencias que diariamente han de practicarse para alejar todo peligro de que aparezca hecho en tiempo ó fuera de tiempo un asiento; las notas en los títulos inscritos; las precauciones convenientes para que no queden perjudicados los derechos fiscales; la conservacion de los documentos que han de quedar en las oficinas, y el modo de que no sea ilusoria la facultad de los interesados para ejercerse de que las inscripciones, anotaciones ó cancelaciones

están escritas con toda exactitud y que no tienen omisiones indebidas, se describen á juicio de la Comision con precision y claridad, no desdeñando descender á pormenores que no son ociosos en punto de tanta gravedad, y en que tan irreparables perjuicios puede ocasionar el mas pequeño descuido. Se lisonjea la Comision de no haber omitido nada de cuanto ha encontrado, en nuestro derecho propio ó en el derecho extranjero, que sea aplicable á estos tiempos y á España, y pueda contribuir á la perfeccion de los registros.

Dos observaciones añadirá aquí respecto á dos disposiciones que ha escrito en el proyecto. Es la primera, que las inscripciones hechas en dias feriados sean nulas. Parecerá tal vez á algunos escésivo el rigor de esta prescripcion, y creerán que la Comision por una falta disculpable, ó de poca importancia al menos, ha impuesto la gravísima pena de pérdida de derechos. Pero á poco que mediten, no podrán menos de reconocer la justicia y la necesidad de este artículo; de otro modo, el que en un dia festivo no llevase al registro una escritura para que se tomase de ella razon en la seguridad de que tampoco otro podia hacerlo, y acudiera á la primera hora del siguiente dia hábil, quedaria perjudicado por el que, solo á la sombra de la infraccion de la ley, hubiera ganado la preferencia. La otra observacion se refiere á la facultad que se dá á los interesados para exigir que antes de hacerse un asiento en el libro, se les dé conocimiento de la minuta con objeto de que puedan pedir y obtener que se subsanen los errores ú omisiones que adviertan. Ni el registrador contra su opinion debe acceder á lo que el interesado reclame, ni al interesado tampoco ha de privársele de todo recurso para obtener su deseo en el caso de que se hubiere desestimado. Pero en estas cuestiones de fácil apreciacion, no deberán seguirse las largas y solemnes formas de los juicios; son mas bien actos de jurisdiccion voluntaria que pueden resolverse con acierto, sin necesidad de contencion. Por esto la Comision ha dejado la decision á los regentes de las Audiencias ó á sus delegados, creyendo que así quedan bastantemente garantidos los derechos de todos los interesados.

DE LA RECTIFICACION DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO.

Si imprudentemente se abriera la mano para facilitar las rectificaciones en los registros, se daria lugar á falsificaciones y á abusos escandalosos. No debe por otra parte impedirse que las

errores cometidos y que puedan ser perjudiciales á alguno de los interesados, se corrijan oportunamente, porque á la sombra de una equivocacion no es justo se creen ó se quiten derechos legítimos.

Los errores que puedan cometerse, ó han de ser materiales ó de concepto. Como esta simple enunciacion por lo vaga é indeterminada podria dar lugar á dudas, ha creido la Comision que debia fijar la significacion de las palabras, si no por definiciones poco propias de una ley, por regla general, con su descripcion, procurando la mayor exactitud en materia tan delicada.

Propone pues que se entienda por error material el que consiste en poner sin intencion conocida unas palabras por otras, en omitir la expresion de algunas circunstancias cuya falta no sea causa de nulidad, ó en equivocar los nombres propios ó las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar el sentido general de la inscripcion ni el de ninguno de sus conceptos. Al contrario; por error de concepto entiende el que se comete alterando ó variando el sentido del título al expresar en la inscripcion alguno de los puntos que contiene, pero sin que esta falta produzca necesariamente la nulidad, pues entonces la inscripcion no es rectificable, quedando á salvo á quien la nulidad cause perjuicio, el derecho de reclamarla. No sabe la Comision si habrá llegado á formular estas declaraciones con la claridad que desea y apetece.

Respecto á los errores materiales hizo la Comision diferencia entre aquellos que pueden ser rectificadas en vista de los títulos que obran en los registros ó de las inscripciones principales, y aquellos de que no existan allí estos medios de exámen, comparacion y comprobacion. En el primer caso, ha creido que sin inconvenientes dignos de tomarse en cuenta, podria dejarse á los registradores la facultad de hacer las rectificaciones; no así en el segundo, en que para la rectificacion le pareció necesaria la conformidad del interesado que tenga en su poder el título inscrito, ó en su defecto una providencia judicial, dando de este modo en todo caso una garantía de que no ha de procederse con ligereza.

Con mayor circunspeccion se deberá proceder respecto á los errores de concepto, cuando estos no aparezcan claramente de las mismas inscripciones, anotaciones, cancelaciones ó asientos: la Comision exige que la rectificacion no se pueda hacer sin consentimiento unánime de todos los interesados y del registrador, ó sin una providencia judicial, la cual siempre que haya oposicion sea

resultado de un juicio ordinario, con todas las fórmulas y solemnidades que esta clase de pleitos requiere para el acierto de los fallos. Mas cuando el error está solo en los asientos de presentación, en las notas marginales, en las indicaciones de referencia y en los asientos del registro de las hipotecas por orden alfabético, y la inscripción basta para hacerlos conocer, entonces se dá facultad al registrador para que por sí los rectifique.

Se vé, pues, por lo que queda espuesto, que la Comision ha adoptado un orden gradual, atendida la diferencia de casos, para impedir que en los registros se hagan variaciones que no estén motivadas, y evitar, cuando esto suceda, perjuicios á los interesados.

Pero no se ha contentado la Comision con estas prescripciones que por sí mismas parecen suficientes á alejar fraudes y peligros á tercero. Ha querido que nunca se vean en los registros, con motivo de errores, bien materiales ó bien de concepto, enmiendas, tachas ni raspaduras: estas hacen desmerecer los libros en que se hallan y les dan un carácter, aunque sea exterior, de poca autenticidad, desfavorable al crédito territorial, que es uno de los intereses que en primer término deben consultarse en las leyes hipotecarias.

El error debe quedar siempre escrito para que en todo tiempo puedan conocerse y justificarse el motivo y la exactitud de la rectificación. Así, cuando se trata de errores materiales, un asiento nuevo en el cual se espese y rectifique con claridad el error cometido, será el modo de corregirlos.

Los errores de concepto pueden reconocer dos causas diferentes: ó la equivocada inteligencia que den los registradores á alguna cláusula clara y precisa del título, ó la redaccion vaga, ambigua ó inexacta de este. Cuando los errores son de esta última clase, solo en virtud de un título nuevo podrá hacerse la inscripción, debiendo ser todos los gastos que se ocasionen de cuenta de los interesados que por su descuido, falta de prevision ó impericia, dieron lugar á ello.

Pero cuando el error dimana del registrador, la nueva inscripción se hará teniendo á la vista el título ya inscrito, siendo de cargo del registrador los daños y perjuicios que su falta de inteligencia exclusivamente ocasionó. Solo á la autoridad judicial corresponderá resolver las diferencias á que den lugar las rectificaciones: la Comision así lo consigna espresamente.

Pero de todos modos las rectificaciones de concepto no pueden

retrotraerse á la fecha de la inscripcion rectificada; por pequeña que sea la equivocacion, los interesados tienen en el proyecto medios suficientes para evitar el error, reclamándolo oportunamente: el que ignorante de ella acude al registro y contrata en la seguridad de que no hay una inscripcion ó anotacion que pueda perjudicar á la adquisicion de un derecho real, no debe experimentar daño por la omision del que no cuidó oportunamente de que la inscripcion fuera rectificada. Este es el único que debe sufrir las consecuencias de su conducta, como se declara en el proyecto.

DE LA DIRECCION É INSPECCION DE LOS REGISTROS.

Al esponer las bases generales de la ley, queda consignada la de que los registros dependan del Ministerio de Gracia y Justicia, y los motivos poderosos y decisivos que así lo aconsejan; punto que por otra parte está ya resuelto por el Gobierno. Pero allí solo quedó consignado el principio general, cuyo desenvolvimiento exige otras medidas que, en concepto de la Comision, deben tener el carácter legislativo.

Estas medidas son las de establecer un sistema de direccion, de inspeccion y de vigilancia, que al mismo tiempo que sea una prenda de que la ley se cumplirá religiosamente, dé impulso y uniformidad á su ejecucion, impida que nazcan abusos ó malas prácticas y castigue en su origen las que comiencen á aparecer. Sin un sistema de direccion y vigilancia organizado del modo que propone la Comision ó de otro equivalente, la obra del legislador, falta de centro especial, que es una condicion necesaria para su buena ejecucion, abandonada á la interpretacion local, y por lo tanto á la diversidad de prácticas y abusos que de ella se derivan, aislada y mirada, no con la predileccion y cuidado que de suyo exige, sino como un negocio subalterno, quedará imperfecta y no producirá los bienes que de ella debe esperar el país, que con tanta ánsia pide y desea la reforma hipotecaria. Estas consideraciones han movido á la Comision á proponer que bajo la dependencia inmediata del Ministerio de Gracia y Justicia se establezca una *Direccion general del registro de la propiedad*, fijando las atribuciones necesarias para que se llene cumplidamente el objeto de su creacion. Así se formará prontamente y conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la ley, que será el complemento necesario del precepto escrito por el legislador, y habrá un depó-

sito de tradiciones y doctrinas de que aun mas que la generacion actual se aprovecharán las venideras.

Pero esta doctrina necesita ser secundada en sus esfuerzos por agentes entendidos y prácticos en los negocios. No ha pensado la Comision en el establecimiento de funcionarios especiales que inspeccionen y vigilen el cumplimiento de la ley y la ejecucion de los reglamentos y disposiciones del Gobierno. Los graves inconvenientes á que esto daria lugar no necesitan encarecerse: la Comision por esto propone que los regentes de las Audiencias sean los inspectores de los registros de su territorio y que ejerzan inmediatamente las facultades que en este concepto les corresponden por medio de los jueces de primera instancia de los respectivos partidos, que para este objeto serán sus delegados, y que en los partidos en que haya mas de un juez de primera instancia, ejerza la delegacion el que designe el regente. Así se enlazan tambien los registros estrechamente con los funcionarios del órden judicial, que son los que tienen mas ocasion y mas medios de conocer los defectos y la conducta de los registradores.

La inspeccion deberá ejercerse por medio de visitas ordinarias y extraordinarias, para las cuales se autoriza á los regentes á delegar sus facultades en un magistrado de la Audiencia, por comunicaciones y estados periódicos que deben dirigirseles, y por la jurisdiccion disciplinal que se les confiere y que comprende hasta la atribucion de suspender á los registradores, nombrando al que, mientras resuelva el Gobierno, haya de suplirlos.

A su vez los registradores pueden consultar con el regente ó con el juez delegado las dudas que se ofrezcan sobre la inteligencia y ejecucion de la ley y de sus reglamentos, los delegados con los regentes, y estos con el Gobierno, quedando así establecido un sistema completo de dependencia y de unidad en esta parte interesante de la administracion pública.

Mas como no es justo que mientras no se resuelven las dudas puedan causar perjuicio á los derechos de los que llevan sus títulos para la inscripcion, anotacion ó cancelacion, ni que causen mayores gastos á los interesados, se adoptan en el proyecto medidas conducentes para evitarlos.

DE LA PUBLICIDAD DE LOS REGISTROS.

La publicidad de los registros, cuya inteligencia y estension

quedan manifestadas al principio de esta esposicion, es una de las bases fundamentales de la ley. A su desenvolvimiento ha destinado la Comision un título del proyecto.

La publicidad puede darse ó por medio de la exhibicion de los registros en la parte necesaria á las personas que tengan interés en consultarlos, ó por certificacion de los registradores, únicos documentos con que puede acreditarse en perjuicio de tercero, la libertad ó gravámen de los bienes inmuebles ó de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que á los terceros solo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que no lo estén, por mas que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes.

Lo que pueden certificar los registradores, el modo de pedir y obtener las certificaciones, la forma de espedirlas, el término dentro del cual deben darse, los asientos á que solo pueden referirse, y las autoridades á que se ha de acudir por los interesados contra las injustas denegaciones de los registradores, todo se prefiere con la posible concision, pero sin sacrificar la claridad. No necesitan explicarse los motivos de las disposiciones de este título: las que podrian exigirlo están íntimamente entrelazadas, y aun puede decirse que dependen de otras prescripciones del proyecto, y por lo tanto quedan ya consignados sus motivos en esta esposicion.

DEL NOMBRAMIENTO, CUALIDADES Y DEBERES DE LOS REGISTRADORES.

Como son tan estensos los deberes que el proyecto impone á los registradores y tan grave la responsabilidad que hace pesar sobre ellos, natural es que exija que los que han de serlo reúnan circunstancias que prometan el buen desempeño de su cargo, previniendo así los males que no siempre se remedian fácilmente por completo cuando suceden, por mas que la ley en su prevision con medidas preventivas y reparadoras procure la completa indemnizacion de los perjudicados.

Tres requisitos ha exigido la ley en los registradores, á saber: la mayor edad, que sean abogados y que hayan desempeñado funciones judiciales ó fiscales, ó ejercido la abogacia cuatro años por lo menos.

Nada debe decir la Comision del primer requisito; no cree que habrá quien sostenga que el que en concepto de la ley necesita la direccion ajena en todos sus intereses hasta los mas pequeños, pue-

de tener á su cuidado en tan grande escala y con tanta responsabilidad los ajenos. Pero si necesita fundar el cambio que hace en la legislacion hoy existente, al proponer que en adelante se confie á letrados lo que hasta aquí ha correspondido á los escribanos.

Todos los que lean la ley con detencion se convencerán de que necesita tener muchos conocimientos jurídicos el registrador, puesto que está llamado á resolver graves y complicadas cuestiones de derecho. No basta que tenga una instruccion práctica; es menester que esta sea tambien científica; en materias técnicas y facultativas debe buscarse al que por su profesion tiene la obligacion de saber, y por presuncion de la ley sabe el tecnicismo y la facultad. No es esto disminuir el justo aprecio que merece la clase á cuyo cargo están hoy los registros de hipotecas: complácese por el contrario la Comision en declarar que especialmente en los últimos tiempos, y desde que se abrieron las escuelas especiales de escribanos, ha ganado mucho esta clase de funcionarios, adquiriendo conocimientos científicos que no tenia la generalidad de sus individuos cuando la profesion estaba entregada al empirismo y á la práctica. Pero la instruccion del que sigue solo los estudios de la carrera del notariado dista mucho de ser tan completa como la del abogado: los estudios de unos y de otros, si bien todos jurídicos, se diferencian considerablemente por su estension, por el carácter que tienen y por el fin á que se dirigen: lo que para unos es instruccion completa, para los otros no sería ni aun elemental. La Comision, pues, no podia dudar en exigir como condicion esencial en los registradores, que fueran abogados, como ya lo hizo antes el proyecto de Código civil.

Pero no se ha contentado con esto: ha tratado de evitar que los alumnos cuando salen de las aulas entren desde luego en el cargo de registradores. Su instruccion teórica es sin duda suficiente, pero por regla general les faltan aun conocimientos prácticos que solo en las diferentes funciones del foro pueden adquirirse. Por esto propone el tercer requisito de los antes mencionados.

Las incapacidades que se establecen en el proyecto son las que inhabilitan para cargos, que como el de registrador, necesitan tener prestigio é inspirar á todos confianza.

La incompatibilidad del cargo de registrador con los de juez de paz, alcalde, notario, y con todos los empleos dotados con fondos del Estado, de las provincias ó de los pueblos, tiene por objeto que

no se distraigan de sus tareas, que han de ser diarias, á horas determinadas y de asistencia precisa. Respecto al cargo de notario se agrega la importantísima circunstancia de entrar en las miras de la Comisión que los registros de la propiedad é hipotecas y los protocolos sean una comprobación, una fiscalización recíproca, que no podría siempre esperarse si unos y otros archivos estuvieran encomendados á las mismas personas.

No podía la Comisión adoptar un sistema análogo al actual para el nombramiento de registradores. Hoy lo es por regla general el escribano numerario mas antiguo de la cabeza del partido. Atender solo á la antigüedad es cerrar los ojos ante la idoneidad, que es lo principal que debe buscarse para el acierto. Por esto propone la Comisión que los registradores sean de elección del Gobierno, lo que dará á sus nombramientos prestigio é importancia. Con objeto de que la elección reúna mas prendas de acierto, establece que se publiquen las vacantes en la *Gaceta de Madrid* y en los *Boletines Oficiales* de las provincias respectivas, para que puedan presentar sus solicitudes documentadas dentro de un término perentorio todos los que se crean con las cualidades necesarias para obtenerlas. Solo el nombramiento de los registradores es del Gobierno; los auxiliares necesarios en cada registro no tienen ni el carácter ni la consideración de los empleados públicos, sino la de meros dependientes de los registradores que los nombran en el número que los necesitan, los separan cuando quieren, y les dan la remuneración que estiman. Para el Estado no hay ni mas empleados ni mas responsables que los registradores.

Solo se ha exigido la aprobación del regente de la Audiencia en el nombramiento del sustituto que debe tener cada registrador para que lo supla en ausencias y enfermedades. Este sustituto desempeñará sus funciones bajo la responsabilidad del registrador y será removido siempre que este lo solicite, porque de otro modo no se podría con justicia hacerle responsable por las faltas de una persona que habia ya desmerecido su confianza.

Impone tambien el proyecto á los registradores la obligación de prestar una fianza, cuyo importe se ha de fijar en la forma que prevengan los reglamentos. Su objeto es cubrir las responsabilidades en que puedan incurrir por razon de sus cargos, con preferencia á cualesquiera otras obligaciones contraídas por ellos. Por lo mismo que los registradores pueden causar graves perjuicios á los par-

ticulares, debe el Estado, en justa proporcion de estos, prevenir el modo de que pronta y seguramente sean reintegrados sin sujetarlos á las contingencias del estado de fortuna del registrador, á las dilaciones y molestias de un juicio ejecutivo, y á las inciertas vicisitudes de un concurso de acreedores. Este mismo se ha votado respecto á los depositarios de la fé pública por uno de los Cuerpos Colegisladores en el proyecto de ley del notariado. No conviene señalar en la ley la cuota de las fianzas; esta medida es de suyo mas variable que las demás que aquella contiene, y tal vez despues de fijada habrá que aumentarla ó reducirla, lo cual basta para dejar al Gobierno su señalamiento.

Puede ocurrir, sin embargo, que en algun partido no haya quien solicite ser registrador dando fianza; para este caso propone la Comision que el Gobierno pueda nombrar sin ese requisito, pero que entonces el nombrado deposite en la caja general de depósitos, en algun banco autorizado por la ley ó en sus comisionados, la cuarta parte de honorarios que devengue, hasta completar la suma en que deba consistir la fianza.

Para mayor garantía de los perjudicados, se propone que el depósito ó la fianza no se devuelvan hasta despues de tres años (término que empezará á correr desde el dia en que el registrador deje de ejercer su cargo, y no desde que cesó en un registro para pasar á otro), y se establezcan ámplios medios de publicidad para que llegue á noticia de todos los que tengan acciones que deducir contra el registrador. En el caso de que este sea trasladado de un registro de mayor fianza á otro que la exija menor, no se le devolverá la diferencia sino despues que queden satisfechas las responsabilidades en que pueda haber incurrido mientras ha tenido á su cargo el primer registro.

Si la condicion de los registradores fuera tan eventual é incierta como la de la mayor parte de los empleados de la Administracion, no apetecerian cargos que tanta responsabilidad, garantías y obligaciones llevan consigo, aquellos que conviene mas que los obtengan. Esta consideracion, muy atendible siempre, toma mayor importancia cuando se trata de la seguridad de los derechos civiles. Por esto la Comision propone que solo puedan ser removidos los registradores, ó por sentencia judicial ó por el Gobierno, en virtud de expediente instruido por el regente con audiencia del interesado y prévio informe del juez del partido, si se acredita alguna falta co-

metida en el ejercicio de sus funciones, ó que le haga desmerecer en el concepto público.

Entre las obligaciones generales de los registradores se les impone la de formar estados anuales duplicados y espresivos de los derechos inscritos, con destino á los Ministerios de Gracia y Justicia y de Hacienda, para los efectos que puedan convenir en sus dependencias. Estos datos podrán ser de muy conveniente uso para la reforma de las leyes, para conocer el estado de movimiento y condicion de la riqueza inmueble, la direccion de muchos capitales, y para tener datos estadísticos exactos tan importantes en el orden administrativo y económico de los pueblos. Los registradores no gozarán sueldo del Estado; por el contrario, percibirán como hasta aquí en pago de sus servicios los honorarios de arancel, y con ellos satisfarán los gastos necesarios para conservar y llevar los registros. Justo es que esta carga grave sobre los que mas inmediatamente reciben el beneficio, y en proporcion al provecho que sacan:

DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS REGISTRADORES.

La responsabilidad civil de los registradores no se limita á la fianza ni al depósito, por mas que una y otro queden afectos en primer lugar al resarcimiento de los perjuicios que indebidamente causen los mismos registradores en el ejercicio de sus cargos. Se estiende además á todos los otros bienes que tengan los registradores, porque con arreglo á los principios generales del derecho están obligados á resarcir todos los daños y perjuicios que provengan de su omision, descuido ó negligencia nunca disculpables en ellos. Las faltas que puedan dar lugar á esta responsabilidad están espresa y esclusivamente escritas en el proyecto; no ha creido la Comision que debia dejar abierta la puerta al libre arbitrio judicial, como sucedería en el caso de que se hubiera limitado á hablar en general de ellas; estudiándolas todas, comprendiéndolas individualmente, ha fijado el derecho, y cortado malas interpretaciones. Pero para que proceda la responsabilidad es necesario que el defecto no nazca del mismo título inscrito, porque este solo puede ser imputable á los que en él intervinieron.

Consecuencia de lo que queda espuesto es que los perjudicados estén en el derecho de pedir directa é inmediatamente la responsabilidad civil de los registradores, sin que esto obste á la accion

criminal que ellos mismos ó el ministerio público en su caso, pueden promover. Así el que pierde por causa de un registrador algún derecho real, puede desde luego pedir y obtener su importe, y al que pierde solamente el derecho de hipoteca se le dá el de exigir, ó que el registrador constituya otra igual á la pérdida, ó que deposite la cantidad asegurada para responder en su día de la obligación.

Pero la falta del registrador, cualquiera que sea la causa de que dimane, se convierte casi siempre en beneficio de alguna persona que aparece libre de la obligación inscrita. No sería justo que el así favorecido, aun suponiendo que sea sin fraude por su parte, quede beneficiado por un acto ajeno mas ó menos indiscreto, mas ó menos culpable. Por esto la Comisión propone que sea responsable solidariamente con el registrador al pago de la indemnización, y que este, si hubiere indemnizado ya, pueda repetir de aquel la cantidad pagada. De aquí resulta que si el perjudicado dirige su acción contra el favorecido por la falta del registrador, solamente pueda reclamar contra este cuando no pudo obtener del demandado toda la indemnización reclamada. Estas reglas se fundan en los principios generales de que nadie debe lucrarse con el delito ó falta de otro, ni pedir á dos la misma cosa por la misma causa, ni obtener á título de perjuicios una indemnización doble por los que ha sufrido.

La forma de exigirse la responsabilidad por los perjudicados no podía ser gubernativa. La naturaleza de los derechos reclamados aconseja que se discutan en juicio contradictorio y con pleno conocimiento de causa. Si derecho tiene el perjudicado á la indemnización, también lo tiene el registrador á no ser atropellado y á que no se establezca por la ley la presunción de que siempre es suya la culpa. Así el proyecto considera estos negocios como ordinarios, los deja al conocimiento de los juzgados del partido en que la falta se comete, y señala para los pueblos en que haya mas de un juez de primera instancia, como competente, al mas antiguo.

La responsabilidad civil de los registradores no es obstáculo á las facultades disciplinarias que aun en los casos en que no resulte perjuicio á tercero, ni haya un hecho criminal que dé lugar á formación de causa, corresponden á los regentes para corregir las infracciones de ley ó reglamentos cometidas por los registradores. No ha parecido conveniente dar estas facultades á los jueces de partido, aunque en el proyecto tienen el carácter de autoridades

delegadas, sino á los regentes de las Audiencias, de quienes es de creer que obrarán con circunspeccion y prudencia al usar de ellas, evitando así la desigualdad que puede haber entre los registradores que corresponden al territorio de una misma Audiencia. No es de temer por otra parte que haya mucha diferencia entre los regentes en el modo de considerar las faltas y en el de reprimirlas correccionalmente. La Comision, estableciendo una multa de 20 á 200 duros, ha dejado latitud suficiente para que, atendidas las circunstancias tanto de la falta del registrador como de la importancia y condiciones del registro, y de las ventajas que proporcione, pueda el regente castigar con prudencia las faltas que no merezcan la calificación de delitos.

Cuando se dicte una ejecutoria condenando á un registrador á la indemnizacion de daños y perjuicios, deben tomarse algunas precauciones para que el que primero se quejó no sea el único indemnizado, sino que lo sean tambien proporcionalmente los demás, que en la seguridad de que la fianza constituida responde en todo tiempo de los daños ocasionados por el registrador, no hayan aun deducido sus acciones. El derecho de todos es igual: son acreedores de una misma clase, y no hay razon alguna para establecer entre ellos prelaciones ni privilegios.

Si el registrador condenado á satisfacer la indemnizacion lo hace sin necesidad de que se proceda contra la fianza, nada hay que decir, porque queda esta garantizando como antes á los demás perjudicados. Mas cuando hay que hacer efectiva la condena con la fianza, se ha procurado que sean atendidos los derechos de todos por igual, dando con la publicidad de la sentencia en los periódicos oficiales lugar á que cuantos se estimen perjudicados por actos del mismo registrador puedan deducir sus demandas respectivas dentro del término perentorio que se señala, sin que entre tanto se lleve á efecto la ejecutoria. No es esto faltar al respeto que se debe á la cosa juzgada: la sentencia queda siempre firme, y la obligacion de indemnizar irrevocable: lo que se trata es solo de establecer el modo de concurrir á participar de la fianza los que tienen un derecho igual á ser reintegrados con ella de las pérdidas que han experimentado. Si nadie acude, entonces habrá lugar á la ejecucion del fallo; pero debe continuar en suspenso su cumplimiento si alguno reclama, hasta que sobre esta reclamacion recaiga ejecutoria, á no ser que conocidamente baste la fianza para cu-

brir el importe de todo lo reclamado y de lo sentenciado antes.

No alcanzando la fianza á satisfacer á todos los perjudicados con arreglo á los fallos, se prorataará entre todos la cantidad de la fianza, quedando por el descubierto que reste derecho á los que obtuvieron sentencia favorable para ser indemnizados en la parte que les falte con los demás bienes del registrador. El que dentro del término señalado para presentarse no lo haga, no debe perjudicar á los que oportunamente acuden á participar del beneficio de la ley: sean en buen hora indemnizados hasta donde alcance la fianza; pero despues de satisfechos los que fueron puntuales al llamamiento: si con esto queda alguno perjudicado, impútese á sí mismo las consecuencias de su negligencia. Mas en todo caso, cuando no sea suficiente la fianza, quedará á los interesados espedito su derecho para reclamar contra los demás bienes del registrador.

Desde el momento en que es condenado el registrador por ejecutoria á una indemnizacion, puede decirse que la fianza deja de estar íntegra mientras no se cumpla la sentencia ó se asegure su cumplimiento: es necesario por lo tanto que vuelva el registrador á entrar dentro de las condiciones normales de su cargo: por esto se propone en el proyecto que si en el breve término de diez dias no completa ó no repone la fianza, ó no asegura á los reclamantes los resultados de los juicios respectivos, sea suspenso desde luego en el ejercicio de su cargo.

Como los derechos que han de inscribirse en los registros son á veces cuantiosísimos, y puede por lo tanto suceder que no baste la fianza á satisfacerlos, se establece que si no parece esta bastante despues de admitida la demanda de indemnizacion para asegurar el importe de lo que deba resarcirse, tenga derecho el actor de exigir una anotacion preventiva sobre otros bienes del registrador; prescripcion que tiene por objeto salir al encuentro de las cuestiones que en el silencio de la ley podrian suscitarse respecto á si era ó no procedente esta precaucion para garantir el cumplimiento de lo que en su dia se sentenciase.

El Código penal, al establecer el orden segun el cual deben satisfacerse las diferentes responsabilidades pecuniarias en que un delincuente ha incurrido por ejecutoria, pone ante todo la reparacion del daño causado y la indemnizacion de perjuicios, y en último lugar la multa: esto es lo mismo que decretó el Código de 1822 y lo que prescriben tambien algunos códigos estranjeros. La Comision, si-

guiendo estos ejemplos y completando por su parte lo que ya se halla establecido, propone tambien que la indemnizacion de daños y perjuicios tenga preferencia sobre el pago de las multas. Nadie habrá que desapruébe esta preferencia, porque ya no tienen séquito las opiniones exajeradas que á favor del interés fiscal en otros tiempos se agitaban.

Solo resta esponer en este lugar los motivos que han guiado á la Comision al fijar los términos para la prescripcion de las acciones que tienen por objeto la indemnizacion de daños y perjuicios por los actos de los registradores.

Cuando el perjuicio es reconocido por el que puede reclamarlo, el término debe ser muy corto: la Comision señala el de un año. El que no usa de este derecho, implícitamente lo renuncia por presuncion de la ley, que no debe dejar indefinidamente abierta la puerta á reclamaciones contra funcionarios públicos, mucho mas cuando con el largo trascurso del tiempo puede darse lugar al olvido de los hechos y á que sea mas difícil la justificacion de los registradores.

En el caso de que no pueda acreditarse que el perjudicado ha tenido conocimiento del acto que le daña, se ha señalado como término de la prescripcion el que por regla general se halla establecido para las acciones personales; este es el de veinte años, fijado por las leyes de Toro, término que se arreglará siempre á lo que las leyes ordenen respecto á la prescripcion de las acciones personales en el caso de que en adelante lo reduzcan ó lo amplien. La Comision ha creído que no habia motivo para introducir una escepcion en este caso, lo cual se aviene perfectamente con sus ideas de dar en lo posible unidad á las diversas partes del derecho escrito.

Otra clase de prescripciones se establece en el proyecto: esta es la de noventa dias cuando el demandante por indemnizacion no agite la continuacion del litigio. Supónese en esta caso una renuncia de derechos. No conviene que estén en duda la diligencia y la probidad de los registradores: no es solo el interés de estos lo que con tal inaccion se compromete; lo es tambien el interés público. Dividida la opinion entre los que creen responsable al registrador y los que opinan que no lo es, y siguiendo este en el desempeño de sus funciones, de que sin injusticia no podria separársele ó suspendersele, la fé y la exactitud del registro se debilitan, y de aquí nace la desconfianza que tantos perjuicios puede acarrear al crédito territorial. El

que demanda, no lo debe hacer con pretestos livianos; tiempo tiene para preparar su accion y los medios de prueba antes de comenzar el juicio; si se lanza impremeditadamente á un pleito, recaiga sobre él esclusivamente la responsabilidad de su ligereza, no sobre todos los que tienen inscripciones en el registro.

DE LOS HONORARIOS DE LOS REGISTRADORES.

No es fácil, aun despues de tener á la vista el arancel de los honorarios que devengan actualmente los registradores, y conocerse por esperiencia algunos de los defectos de que adolecen, establecer otro que esté al abrigo de impugnaciones, ni aun evitar que muchas de ellas tengan sólido fundamento. Cuando se trata de un sistema nuevo, solo la esperiencia, despues de ensayada por algunos años la ley, ha de enseñar hasta qué punto pueden disminuirse ó aumentarse los derechos de los registradores, para que al mismo tiempo que su idoneidad y su trabajo sean recompensados como corresponde á la larga carrera que se les exige, á la asiduidad de sus funciones, á las fianzas que tienen que dar y á la severa responsabilidad á que se los sujeta, no sean gravados en mas de lo absolutamente necesario los que tengan que acudir á los registros.

La Comision, sin embargo, comprendiendo que la fijacion del arancel corresponde á la ley, propone el que ha creido que podia llenar mejor las condiciones apetecidas. Presenta, á pesar de todo, con desconfianza su trabajo, y no como parte integrante de la ley, sino como una adiccion que la completa. Así, dejando íntegro todo el testo de la ley, y sin temor de desfigurarla ó de destruir su armonía, podrá el arancel ser fácilmente corregido si en la piedra de toque de la práctica aparece algun vicio que deba reformarse. En prueba de la desconfianza que la Comision tiene en este punto y que confiesa ingénuamente, propone que se faculte al Gobierno para que, dentro de los cinco años siguientes á la publicacion de la ley, pueda hacer en el arancel las alteraciones que la esperiencia aconseje, pero exigiendo que esto lo haga con audiencia del Consejo de Estado, para que así aparezcan mas meditadas las reformas y lleven mas prendas de acierto, bien favorezcan, bien perjudiquen á los registradores. Pero esta disposicion solo debe tener carácter de transitoria: pasadas las circunstancias que pueden hacer urgente un cambio, hechas las reformas que la práctica de cinco años aconseje, no podrán en adelante considerarse otras tan

apremiantes que deban libertarse de pasar por los trámites ordinarios que para la formacion de las leyes requiere la Constitucion. Propónese por lo tanto la autorizacion que estima necesaria, pero sin estenderla mas allá de lo que aconseja la necesidad que lo recomienda.

Establecido que los registradores no deben percibir sueldo del Estado y que sus honorarios han de satisfacerse por aquellos que reporten de los registros inmediato beneficio, no puede la Comision menos de señalar las personas obligadas á hacer el pago. Lo mas justo en su concepto es que recaiga esta obligacion en aquellos á cuyo favor se inscriba ó anote el derecho, y que si son varios, no tenga el registrador que entenderse con cada uno individualmente, sino que pueda exigir el pago á cualquiera de ellos, quedando al que lo verifique á salvo el derecho de reclamar contra los otros lo pagado por lo que respectivamente les corresponda. Considera por lo tanto, solidaria la obligacion, y no sin motivo bastante, porque no seria justo obligar al registrador á dirigir su accion contra cada uno, y porque como todos están interesados en la inscripcion, todos sacan provecho de ella por completo, sin que nadie pueda intentar que su parte se inscriba y otra ú otras dejen de inscribirse.

La comunion de bienes ó de intereses de los comuneros ó asociados lleva en sí esta necesidad de division de gastos para las cosas que son de interés comun, en que todos pueden considerarse como gestores. Cuando no se cumple la obligacion de pagar los honorarios, no es justo comprometer al registrador, ni á las solemnidades del juicio ordinario, ni aun á las del ejecutivo para conseguir la satisfaccion de lo que ha dejado de pagársele. Negocio de apremiacion fácil, no necesita las formas de un juicio; el procedimiento de apremio es bastante: la Comision por esto lo acepta, y con tanta mas razon proponiendo, como lo hace, que por falta de pago nunca se detenga la inscripcion. Los asientos por los cuales no deben devengarse honorarios; la necesidad de poner el importe de estos al pié de los asientos, certificaciones ó notas por que se devenguen; el eximir de ellos las anotaciones preventivas, notas marginales ó cancelaciones á que dé lugar la negativa infundada de los registradores, así como los nuevos asientos que estos deben hacer para rectificar errores que hayan cometido, y las demás disposiciones que comprende esta parte del proyecto, son puntos que no necesitan ser detenidamente examinados en esta es-

posicion, porque son evidentes los motivos en que se fundan.

Solo debe la Comision hacerlo, aunque brevemente, respecto á lo que propone sobre rebaja proporcional de honorarios, cuando es escaso el valor de la finca ó derecho á que se refiera el asiento ó la certificacion. Es necesario no alejar del registro á los pequeños intereses con la perspectiva de gastos desproporcionados, si no al servicio que se presta, al valor que los bienes representan. Los registros no son menos provechosos á la propiedad muy fraccionada y subdividida, como lo está en algunas de nuestras provincias, que á la propiedad acumulada: lejos de dificultar el legislador á los que la poseen el acceso á ellos, tienen el deber de estimular por medios indirectos, que no suelen ser los menos eficaces, á que acudan todos á hacer las inscripciones.

DE LA LIBERACION DE LAS HIPOTECAS LEGALES Y OTROS GRAVÁMENES EXISTENTES.

Difícil es, por regla general, el tránsito de una legislacion á otra en materia civil; y lo es mas, cuando las reformas encarnan tan profundamente en lo antiguo, como lo hace el proyecto variando cardinalmente principios y disposiciones que por espacio de tantos siglos están en observancia. Esta dificultad suele ser en su mayor parte efecto del trastorno que el nuevo derecho introduce en el modo de ser de muchas instituciones, en los hábitos envejecidos y en las costumbres civiles que vienen á ser una segunda religion en las naciones. Un principio salvador sale al encuentro de todas las dificultades: este es que cada hecho sea examinado y juzgado á la luz de la ley; de las costumbres y hasta de las opiniones, errores y preocupaciones del tiempo en que se verificó; principio que es la aplicacion práctica de la antigua máxima que declara que la ley no tiene efecto retroactivo.

Y ¿podria adoptarse esta regla de un modo absoluto é incondicional, tanto respecto á los mismos derechos creados, como á la forma de su existencia? Responder afirmativamente á esta pregunta equivaldria á anular el proyecto, dejando al crédito territorial en sus actuales condiciones, y á renunciar á la reforma. ¿De qué serviria en efecto que se prescribieran acertadas disposiciones para lo futuro, si la propiedad habia de continuar envuelta en la confusion en que se halla? ¿A qué conduciria que en lo sucesivo con cuidadoso afan todas las hipotecas fueran espresas y especiales, si por

una serie indefinida de años habian de continuar las tácitas y generales hoy existentes? ¿Habian de seguir perpétuamente como vivos, derechos desconocidos, cargas estinguidas, pero que por la imperfecta organizacion de los archivos ó el descuido de los interesados ó por su larga antigüedad aparecen aun como existentes?

La Comision no teme asegurar que á creerse esto y decidirse así, serian escasos los bienes que producirian los nuevos registros tal vez hasta que pasara medio siglo, y los actuales derechos se estinguieran, dando lugar á los que lenta y pausadamente han de venir á reemplazarlos. La reforma en este caso sería sin duda muy útil á las generaciones venideras, pero de escasa ó ninguna importancia para la actual. No es esto lo que el país apetece; no es esto lo que el Gobierno se propone al intentar la reforma.

Pero como la ley no debe tener fuerza retroactiva, necesario es examinar si dejando subsistente el principio, puede en su aplicacion conseguirse el resultado que se desea. Respétense enhorabuena los derechos: la Comision no puede proponer que uno solo sea violado. Pero no es una violacion cambiar la forma de hacerlos efectivos, que es lo mas grave que se propone en el proyecto. No deben sacrificarse en verdad los derechos civiles invocando el nombre del interés público; pero tampoco es lícito á los particulares dejar de hacer cuanto salvando sus derechos, exija la sociedad para conciliarlos con el bien general. Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos. Las leyes nuevas no deben destruir los derechos creados por otras anteriores, porque se dan para lo futuro; mas el legislador, cuando se vé obligado á introducir reformas reclamadas por las necesidades sociales, no puede renunciar una facultad que es inherente esencialmente á su mision, la de poner en armonía el ejercicio de todos los derechos con las disposiciones de interés general que le obligan á cambiar la legislacion antigua. Sujetar á ciertas formalidades la declaracion y conservacion de derechos preexistentes, no es anularlos; es mas bien hacer posible que sean eficaces: de otro modo, habria á un mismo tiempo vigentes dos legislaciones distintas, que marchando paralelamente producirían un antagonismo funesto, y serian origen fecundo de litigios. Por esto la Comision ha adoptado la que ha creido que podia armonizar los derechos adquiridos con el nuevo sistema que propone.

La regla general que al efecto establece respecto á las hipotecas, si bien con algunas escepciones, es que las generales y tácitas anteriores á la ley hayan de convertirse en especiales y espresas, dando derecho á los que tengan aquellas constituidas á su favor para exigir de las personas obligadas una inscripcion de hipoteca especial suficiente á responder del importe de la obligacion asegurada. Ningun perjuicio pueden sufrir en esto los acreedores hipotecarios; muy al contrario, la ley les permite mejorar notoriamente su condicion, logrando por la especialidad de la hipoteca y por la inscripcion en el registro, que siempre haya una fianza sujeta al pago de la deuda, y que no se pueda desvanecer el derecho real que ahora tiene por la voluntad solo del obligado, el cual por el actual sistema, usando de su derecho y enajenando sus bienes, ó tal vez hipotecándolos espresamente, puede constituirse en insolvencia y obligar al acreedor á tener que dirigirse contra terceros poseedores, con las desventajas que antes quedan espuestas.

Tampoco se empeora la condicion del deudor, porque la ley supone que el que se obliga con hipoteca teniendo fincas, no lo hace con ánimo de eludir el cumplimiento de la obligacion, que es responder con todos y con cada uno de los bienes inmuebles que posea á la satisfaccion del crédito: al contrario, limitándose la hipoteca á bienes determinados, adquiere mayor seguridad de no perder la confianza de los acreedores, los cuales naturalmente le molestarán menos, porque cualquiera que sea la decadencia de fortuna del deudor, siempre les quedará espedita la accion real para ser pagados de todo su crédito.

Esta trasformacion de las antiguas hipotecas legales en espresas debe tener un término perentorio; de otro modo se dilatarian indefinidamente los mejores efectos de la ley: la Comision ha señalado el de un año, que le ha parecido mas que suficiente para que todos los derechos antiguos queden protegidos; el que deje pasar el término sin ejercitar su derecho, no debe estrañar que este cadaque: la ley cumple con acoger y amparar á los que no renuncian explícita ó implícitamente á la proteccion que les dispensa.

En este caso se hallan las antiguas hipotecas legales, constituidas á favor de la Hacienda pública sobre los bienes de sus deudores, administradores, contadores, tesoreros y los demás ajentes y personas que les sean responsables; la que tienen las mujeres sobre los bienes de un tercero que haya ofrecido dotarlas; la del ma-

rido sobre los bienes de la mujer que ha prometido aportar dote, ó sobre los bienes de un tercero que por ella hubiese hecho igual promesa; la de los menores ó incapacitados sobre los bienes de sus guardadores ó de los herederos de estos; la de los hijos sobre los bienes de su madre ó sobre los bienes de su padrastro por la gestion de la tutela ó curaduría; la de los menores sobre los bienes de su propiedad vendidos y cuyo precio no haya sido pagado por completo; la de los legatarios, si el legado no estuviese cumplidamente satisfecho; la de los acreedores refaccionarios sobre las fincas refaccionadas por las cantidades ó efectos anticipados y no satisfechos para edificacion y reparacion; y por último, la de los vendedores sobre las fincas vendidas por precio cuyo pago se haya aplazado.

Para que este derecho pueda ejercitarse, la Comision ha designado las personas que tienen obligacion de promover la inscripcion de las hipotecas dentro del plazo señalado. La naturaleza misma de las obligaciones ha indicado quiénes deben ser los autorizados al efecto en cada caso; ya lo son los centros administrativos ó los delegados de la Administracion en la forma que prescriben los reglamentos; ya el marido, ya la mujer, ya los hijos si son mayores de edad; ya si son menores, todos los que en lo futuro han de tener derecho para pedir que se aseguren los bienes de su peculio; ya los ascendientes, ya los parientes transversales, ya los guardadores, ya los jueces de paz, ya los de primera instancia, y sobre todo los mismos interesados cuando tienen capacidad para hacer por sí las reclamaciones correspondientes. Estas disposiciones tienen muchos puntos de contacto con otras del proyecto anteriormente espuestas; la Comision cree que con ellas quedarán suficientemente protegidos todos los derechos legítimos, creados al amparo del actual sistema hipotecario.

Cuando la obligacion que se ha de asegurar es determinada y líquida, ninguna dificultad presenta la constitucion de la hipoteca especial, en lugar de la general y tácita; pero como no siempre reune estas condiciones, necesario es establecer el modo de determinar y reducir á una cifra precisa el importe de la obligacion. Lo mas sencillo es el acuerdo de los interesados, y si éste no pudiera obtenerse, la decision de la autoridad judicial, que observará las formas prescritas en otros casos de grande analogía con el presente.

Hecha la inscripcion, surtirá efecto desde la fecha en que, con

arreglo á la legislacion anterior , debia producirlo el derecho asegurado , lo que habrá de espresarse en la inscripcion , porque de lo contrario , dándose fuerza retroactiva á la ley , podria resultar perjudicado el antiguo acreedor hipotecario.

Pero si bien la conversion de la hipoteca tácita en espresa es necesaria por regla general para que no se estinga el derecho hipotecario constituido con arreglo á las disposiciones que hoy están en observancia, hay algunos casos en que intereses mas altos aconsejan que no se dé derecho para exigir la inscripcion en la nueva forma que se propone. En las hipotecas legales hoy existentes á favor de las mujeres casadas sobre los bienes del marido , á favor de los hijos sobre los bienes de los padres , razones de un orden superior , y especialmente la armonía de la familia , que fácilmente se alteraria cambiando los derechos y obligaciones de los que la componen respecto á los bienes que entraron en ella con anterioridad á la publicacion de la ley , aconsejan una escepcion de la necesidad de convertir en espresas y especiales las hipotecas generales y tácitas que por beneficio de la ley vienen constituidas , y que respecto á ellas quede en observancia en todo su vigor el derecho antiguo. Mas esto se entiende mientras que por voluntad conforme de los interesados , ó del obligado al menos , no se sustituyan tales hipotecas con otras especiales , ó dejen de tener efecto en cuanto á tercero , en virtud de providencia judicial que se dé en juicio de liberacion , que es, como espondrá la Comision , el modo de que todo propietario pueda entrar dentro de las condiciones de la ley , aun en el caso de que no sea ó no pueda ser compelido á ello.

Los que, segun la legislacion antigua , tienen gravados sus bienes con una hipoteca general, lejos de menguar el derecho de aquellos á cuyo favor está constituida , solicitando y obteniendo que se convierta esta hipoteca en especial, aseguran mas y mas la obligacion garantida. Natural es que los antiguos hipotecarios accedan á lo que se les propone cuando la garantía especial sea suficiente; pero si sobre esto se suscitaren diferencias por no avenirse , ya sobre el importe de la obligacion que haya de asegurarse , ya sobre la suficiencia de los bienes ofrecidos en hipoteca , ó por cualquiera otra causa , á la autoridad judicial puede dejarse solamente la resolucion; á este efecto se señalan para la tramitacion las mismas solemnidades que para los incidentes se hallan establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

Tampoco perjudica el proyecto á los que tienen una accion resolutoria ó rescisoria procedente de derechos que en adelante sin la inscripcion no han de surtir efecto contra tercero. Les concede para que puedan hacerlo el término de un año, si no ha prescrito su derecho; pero si el derecho no es exigible por depender del cumplimiento de una condicion, entonces podrá aquel en cuyo favor esté constituido pedir y obtener que se lo asegure con una hipoteca el obligado, y en su caso el poseedor de los bienes que lleven consigo la obligacion. Solo el que deja pasar estos términos sin hacer uso de su accion ó sin obtener la garantía dentro del término prefijado, no podrá despues hacerlo en perjuicio de tercero: medida justa que consulta los derechos existentes, cuando no quiere renunciar á ellos aquel á cuyo favor se hallan constituidos.

Semejante á esta decision es la que se adopta respecto á las hipotecas legales existentes á favor de los legatarios y refaccionarios. El sistema de la Comision es el mismo; la diferencia está solamente en lo que exige la índole especial de cada caso.

Ya ha hecho antes la Comision una indicacion, aunque ligera, del juicio de liberacion: necesario es aquí explicar este importantísimo punto del proyecto.

La ley nueva, en lo que se refiere á los derechos existentes antes de su publicacion, no debe atender solo al interés de los que tienen constituido un derecho real en propiedad ajena, sino al de los dueños que, lejos de perjudicar los derechos reales adquiridos y gravados sobre su propiedad, los mejoran, mostrándose dispuestos á entrar en la reforma. A esta necesidad se satisface por medio de la liberacion, que es un procedimiento admitido y probado ya en otros países. Por él será lícito á todos los que tienen sus bienes gravados con hipotecas legales existentes al publicarse la nueva ley (cuando no hayan hecho uso del derecho de exigir una hipoteca especial aquellos á cuyo favor venia constituida la antigua), ó con algun gravámen procedente de acciones rescisorias ó resolutorias, poner en claro el verdadero estado de su propiedad, y obtener que se reduzca el gravámen á las fincas que basten á asegurar los derechos constituidos sobre ellas. Al efecto establece el proyecto un orden de procedimientos meditado y minucioso, en que al interesado se impone el deber de manifestar con toda precision cuanto puede conducir á formar idea de los inmuebles que posee, de las hipotecas ó gravámenes ocultos á que pueden estar afectos, y de las personas á

quienes corresponden, y se les exige la presentacion de los títulos que acrediten la pertenencia de los bienes; se oye á los que tendrían derecho en su caso á pedir la sustitucion de la antigua hipoteca con la nueva; se emplaza á los interesados desconocidos ó ausentes por edictos fijados en los parajes públicos y en los periódicos oficiales, se admiten las pretensiones que tienen por objeto la constitucion de la hipoteca especial en seguridad de derechos existentes, ó la renuncia de la hipoteca general en cuanto á lo que especialmente se pretende liberar; se señala el modo de proceder en cada uno de estos casos; se prescribe que en el mismo juicio sean oídos todos los que acudan en solicitud de hipotecas diferentes; se ordena cuál debe ser la resolucion del juez en los diversos casos que pueden presentarse, y se descende á cuantos pormenores son necesarios para que la ley se entienda por todos, se eviten dificultades al ejecutarla, y sea aplicada de la misma manera por todos los jueces y tribunales.

Pero no ha creído la Comision que debía limitarse á la liberacion de las hipotecas ocultas, ó que estuvieran constituidas á favor de personas desconocidas: ha fijado tambien su atencion en los bienes que están colectivamente gravados con censos ó con hipotecas voluntarias, cuyo capital no se halla dividido entre los mismos, ignorándose por lo tanto hasta qué punto está gravada cada finca. La gran facilidad que ha habido en nuestra patria para multiplicar indefinidamente las garantías, es harto sabida por todos. Pueblos hay que tomaron en tiempos mas ó menos remotos capitales á censo ó con hipoteca, no siempre crecidos, constituyendo el comun de vecinos el censo ó la hipoteca, no solo sobre los bienes que comunamente poseían, sino sobre todos y los de cada uno de los que acudian al concejo: así en estos pueblos toda, ó casi toda, su propiedad territorial, se halla afecta á una obligacion hipotecaria. Dimana de esto la dificultad de enajenar que tienen los vecinos, porque la opcion que tienen los censualistas ó los acreedores hipotecarios para pedir directamente contra cualquiera de los poseedores de las fincas acensuadas ó hipotecadas, por ser el censo y la hipoteca indivisibles, y subsistir en todas y en cada una de las cosas á que afectan, es causa de que en la incertidumbre de si la finca enajenada será la elegida, se retraigan de adquirir ninguna de ellas los que de otro modo se apresurarian tal vez á comprarlas. Comun es tambien que sobre todos los bienes de una vinculacion, cuantiosos á

veces, haya censos ó hipotecas de poca importancia relativamente al capital que los asegura. De esta desproporcion de los bienes hipotecados con las deudas garantidas, ninguna ventaja saca el acreedor, que no puede obtener mas que una sola vez lo que le corresponde; al contrario, el deudor se vé gravado extraordinariamente, porque su crédito no aparece tal como en realidad es, por tener afectos á censos ó hipotecas muchos mas bienes de los que verdaderamente necesita en todo caso para cubrir la obligacion ó el derecho garantido. No son estas trabas que coartan la propiedad menos funestas que las de la amortizacion, con la que tienen ciertos puntos de contacto, porque si bien no prohiben la enajenacion, la dificultan y restringen mucho la circulacion de la riqueza inmueble, disminuyendo innecesariamente el crédito territorial. Movidá por estas consideraciones, propone la Comision que quien al publicarse la ley tuviese gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos bienes, pueda exigir que se reparta entre los que basten para responder de un triplo del mismo capital; que si una de las fincas basta para responder del capital, pueda exigirse que se reduzca á ella el gravámen, y que si dos ó mas fincas hubieren de quedar gravadas, cada una debe ser suficiente para responder de la parte del capital á que quede afecta. Mas cuando los bienes acensuados ó hipotecados no basten á cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, solo podrá exigirse la division del capital entre los mismos bienes en proporcion á lo que valgan, pero no la liberacion de ninguno. No debe parecer estraña la fijacion del triplo que algunos tal vez reputen escesiva garantía, si se considera que la hipoteca es, por regla general, de bastante mayor valor que la deuda hipotecaria, y que en cambio de la nueva pierde el acreedor la mas ámplia, aunque menos eficaz, que tenia antes sobre todos los bienes del deudor. No podrá, de seguro, con estas disposiciones quejarse con justicia el censualista ni el prestamista con hipoteca, los cuales, siempre que á ellos alcancen los bienes que tenian en garantía, quedan suficientemente asegurados con un capital triplo al que representa su derecho.

Por las mismas causas propone la Comision la facultad de reducir las hipotecas y los censos impuestos sobre varios bienes, sin determinacion de la suma con que cada uno está gravado, á lo necesario para cubrir el triplo del capital para cuya seguridad se cons-

tituyeron , fijando la parte con que ha de quedar gravada cada una de las fincas.

Como no seria justo que estos beneficios con que ha creido la Comision consultar , no solo los intereses de los deudores y censatarios , sino tambien de los acreedores y censualistas , solo pudieran ser reclamados por aquellos , hace la declaracion espresa de que estos tienen igualmente el derecho de solicitarlos.

La division y reduccion de las garantías , de que queda hecho mérito , deben hacerse por la libre voluntad de los interesados , que son los que mejor pueden calcular las ventajas é inconvenientes de la operacion. Cuando la avenencia no es posible , ó bien por no conformarse los interesados , ó bien por ser alguno de ellos persona incierta , no queda mas medio que el de acudir á la autoridad judicial , siendo representada la persona incierta por el ministerio público , defensor por la naturaleza de su cargo , y en nombre del Estado en los negocios civiles , de todos aquellos que no tienen ó no pueden tener otro que los represente con arreglo á las leyes.

DE LA INSCRIPCION DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS Y NO INSCRITAS
ANTES DE LA PUBLICACION DE LA LEY.

Siempre que se hacen cambios profundos en la legislacion , se procura estimular y facilitar los medios de que la nueva ley sea pronto ejecutada para que se consigan los beneficios resultados que de la innovacion se esperan. Respecto á la inscripcion de los derechos reales y de las hipotecas en los registros , no solo se ha procurado esto siempre que se han hecho algunas reformas importantes , sino que ha sido frecuente señalar nuevos plazos , dentro de los cuales pudieran sin temor á penalidad alguna librarse los interesados de los perjuicios que segun el tenor literal de las leyes debieran experimentar por no haber hecho oportunamente la inscripcion. No debia ser mas severo el proyecto respecto á las omisiones que pueden haberse cometido con arreglo á las leyes anteriores , ni desechar un medio tan eficaz para conseguir que sean registrados los actos y contratos , que segun la reforma deben estar inscritos en los registros. Los estímulos que la ley establece son la fijacion de un plazo , dentro del cual deben hacerse las inscripciones para aprovecharse del beneficio de la ley , y la relajacion del rigor con que las disposiciones fiscales castigaban á los omisos.

El plazo se ha fijado en un año desde el dia en que la nueva ley

empiece á regir ; término que , si bien no es muy largo , basta para que todos puedan hacer oportunamente y sin grave incomodidad las inscripciones. Los que dentro de un año acudan á inscribir títulos referentes á adquisiciones de inmuebles ó derechos reales verificadas noventa ó mas dias antes de la publicacion de la ley , se eximirán de pagar el derecho de hipotecas y las multas , satisfaciendo solo al registrador la mitad de los honorarios señalados á la inscripcion. La fijacion de los noventa dias tiene por objeto evitar los abusos que á la sombra de un indulto que se dá por omisiones pasadas podrian cometerse , defraudando al Estado de lo que debia percibir en virtud de adquisiciones recientes ó de las posteriores á la ley. De igual beneficio gozarán las inscripciones de adquisiciones verificadas dentro de los noventa dias espresados , cuando con arreglo á las leyes y disposiciones actuales no deben inscribirse , pero no las que debieron registrarse , las cuales quedan enteramente sujetas al rigor antiguo.

Aun despues de pasado el año no se cierra la puerta á los interesados para que puedan hacer la inscripcion de adquisiciones anteriores á la ley , si bien entonces devengarán derechos y honorarios dobles de los que les estuvieren respectivamente señalados.

La pena de nulidad por defecto de inscripcion no podia ser tomada en cuenta , atendido el principio del proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripcion entre los que son parte en el acto ó contrato en que debe hacerse , limitándose á salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio ú otro derecho real sobre bienes inmuebles , en la seguridad de que estaban libres de las cargas ó responsabilidades que no aparecian en el registro.

De todos modos es claro que la inscripcion nueva que se haga , no debe ser de mejor condicion que las hechas oportunamente en adelante , y que no puede por lo tanto perjudicar á tercero sino desde el día de la inscripcion.

Respecto á los derechos adquiridos antes de la nueva ley , y que segun esta dan lugar á anotaciones preventivas , se establecen reglas precisas para que los interesados puedan obtenerlas siguiendo siempre el espíritu que prevalece en todo el proyecto.

Pero la mas firme garantía del cumplimiento de la ley , tanto respecto á los derechos antiguos como á los que de nuevo se constituyan , está en la prohibicion que espresamente se establece de admitir en los juzgados , tribunales ordinarios y especiales , en los con-

sejos y en las oficinas del Gobierno, ningun documento de que no se haya tomado razon, si por él se constituye, trasmite, reconoce, modifica ó estingue derecho sujeto á inscripcion. De seguro que cuando todos vean que esta prescripcion es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza la ineficacia de los títulos no registrados, que los tribunales aplican con todo rigor la ley, serán mas diligentes en apartar de sí las perjudiciales consecuencias que una omision culpable puede ocasionarles.

La Comision no podia hacer caso omiso de un hecho demasiado general por desgracia en nuestra patria. Este es la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad ú otros derechos reales que legítimamente les corresponden. Debido es esto ya á la subdivision excesiva del suelo en algunas de nuestras provincias, ya á las guerras civiles y extranjeras que han ensangrentado el territorio español, ya á los incendios y ruinas que en la série de los siglos han tenido lugar, ya al poco esmero en la conservacion de los archivos, ya por último á la incuria de los propietarios. Pero cualesquiera que sean las causas, no puede desconocerse que esta falta de titulacion hace desmerecer mucho á la propiedad que aparece sospechosa ó insegura, y por consiguiente falta del valor que sin tales circunstancias tendria á los ojos de los que deseando adquirirla, creyeran poder hacerlo sin riesgo.

De aquí resulta la necesidad de procurar que á la titulacion perdida ó nunca formada reemplace una titulacion nueva, la cual, si bien no podrá inspirar desde luego tanta confianza ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, acreditará la posesion, y con el trascurso del tiempo y con llegar á ser mas antigua que la prescripcion mas larga, será tan buena y tan segura como la titulacion mas completa. Este es uno de los puntos mas interesantes de la ley.

No puede dudar la Comision cuál debe ser el principio de esta titulacion nueva. Por mas que las informaciones de testigos sean por sí mismas poco apreciables tratándose de cuestiones sobre derechos, son las únicas pruebas posibles cuando se ha de acreditar la existencia de un hecho. Admítese pues este modo de prueba en la imposibilidad de otro mejor, por no existir la titulacion antigua, y por haber desaparecido las huellas para encontrarla. Con esmerada diligencia ha procurado la Comision fijar la forma y requisitos de estas informaciones, declarando que su objeto es hacer constar la posesion

ea que está el reclamante del derecho que desea inscribir, señalar los documentos que han de presentarse, la autoridad ante quien debe promoverse el juicio, con audiencia del promotor fiscal, ó del síndico del ayuntamiento en su caso, si se trata de la inscripción del dominio, y con la del propietario y de los demás partícipes en la propiedad si se quiere justificar la posesion de un derecho real; el número de testigos, sus cualidades, el modo de probarlas, la estension de sus declaraciones, la responsabilidad en que incurren por la inexactitud de sus dichos, el modo de salvar los derechos de los partícipes que estén ausentes, la forma de entablar las reclamaciones contra la inscripción, la clase de juicio en que han de ventilarse, la resolucion de los expedientes, y las circunstancias que debe tener la inscripción decretada por el juez.

Pero no contenta la Comision con estas precauciones, propone que los registradores, antes de hacer inscripciones en virtud de informacion, examinen cuidadosamente el registro para asegurarse de las relativas á la finca, que por consecuencia del nuevo asiento puedan quedar total ó parcialmente canceladas; que si de esta averiguacion resulta algun asiento de adquisicion de dominio no cancelado que se halle en contradiccion con el hecho justificado, suspendan la inscripción, tomando una anotacion preventiva, hasta que, enterado el juez y oida la persona que en el asiento aparezca interesada, confirme ó revoque el auto de aprobacion; mas si solo resulta haber un asiento no caducado de censo, de hipoteca ó de otro derecho real impuesto sobre la finca que ha de inscribirse, entonces que se haga espresion de él en la inscripción que se estienda.

Cree pues la Comision que ha hecho lo posible para que la nueva titulacion no tenga por base la sorpresa ó el despojo, y para que los derechos bastardos no se sobrepongan á los legítimos, al satisfacer la necesidad por todos reconocida de establecer los medios para que toda propiedad que carezca de títulos pueda llegar á obtenerlos.

Mas estas informaciones, por mas que se haya procurado rodearlas de cuantas precauciones son posibles para que correspondan á su objeto, no pueden favorecer ni perjudicar á terceros sino desde la fecha de su inscripción: por ella no toma la posesion mas importancia ni mas valor que el que las leyes le atribuyen, ni se perjudica siquiera al verdadero propietario, aunque no tenga inscrito su derecho: todos los derechos conservan su antigua naturaleza: la

cabeza de la nueva titulacion solo podrá de pronto producir efecto contra los que tengan títulos mas débiles, y solo con el trascurso del tiempo, si no aparece alguno que acredite mejor derecho, será un título verdadero de propiedad, porque la posesion continuada y el concepto público de dueño y el lapso de una larga série de años concluyen por introducir la presuncion *juris et de jure*, de que el poseedor es dueño de la cosa, abriendo la puerta, aun sin título ni buena fé, á las prescripciones extraordinarias.

A poco que se medite, nadie desconocerá que no puede ser estensivo á la hipoteca este modo supletorio de justificar los demás derechos reales; en todos ellos hay posesion, y el hecho de la posesion es lo que se prueba por la informacion: en la hipoteca la cuestion no es de hecho, porque el acreedor hipotecario no posee; consiste solo su derecho en ser reintegrado con el valor de la finca sobre que ha prestado.

DE LOS LIBROS DE REGISTRO ANTERIORES Á LA LEY, Y DE SU RELACION CON LOS NUEVOS.

Ninguna precaucion debe parecer escesiva para conservar la integridad de los registros hoy existentes, cerrarlos y hacer el tránsito del antiguo al nuevo sistema ordenadamente y de modo que estén en relacion los libros existentes hoy y los que han de abrirse.

La Comision ha adoptado al efecto las disposiciones que ha creido necesarias, prefiriendo parecer nimiamente escrupulosa, á poder ser tachada de poco previsor. A esto ha destinado el último título del proyecto, cuyas disposiciones son otras tantas garantías de la fidelidad con que se transmitirán de unas á otras manos los registros.

Ha concluido la Comision de esponer los fundamentos del proyecto. Sin pretensiones de amor propio, sin alarde de las largas tareas en que se ha empeñado para hacer una obra aceptable, los presenta al Gobierno como fruto de sus estudios, de sus discusiones y de la esperiencia de los individuos que la componen. Tiene, sin embargo, la profunda conviccion de que si se acepta el proyecto, será un gran progreso en nuestras instituciones civiles, precursor de otros que, dando unidad á nuestro derecho en todas las divisiones territoriales, aproximen la época en que llegue á ser una verdad el principio escrito en la Constitucion, de que un solo Código civil rija en toda la monarquía:

PROYECTO DE LEY HIPOTECARIA.

TÍTULO I.

DE LOS TÍTULOS SUJETOS Á INSCRIPCION.

Artículo 1.º En todos los pueblos cabezas de partido judicial se establecerá un Registro á cargo de funcionarios que se llamarán registradores.

Art. 2.º En el Registro espresado en el artículo anterior se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos de dominio de los inmuebles, ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó estingan derechos de usufructo, uso, habitacion, enfitéusis, hipotecas, censos, servidumbres ú otros cualesquiera reales.

Tercero. Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligacion de transmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados.

Cuarto. Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presuncion de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdiccion ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposicion de sus bienes.

Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que esceda de seis años.

Sesto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres ó mas años.

Art. 3.º Para que puedan ser inscritos los títulos espresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutorias ó documentos auténticos espedidos por el Gobierno ó sus agentes en la forma que prescriban los reglamentos.

Art. 4.º No se consideran bienes inmuebles para los efectos de la ley los oficios públicos enajenados de la Corona, las inscripciones de la deuda pública, ni las acciones de bancos y compañías mercantiles, aunque sean nominativas.

Art. 5.º Tambien se inscribirán en el Registro los documentos

títulos expresados en el art. 2.º, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de la clase indicada en el número cuatro del mismo artículo pronunciadas por los tribunales extranjeros á que deba darse cumplimiento en el Reino, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil.

TÍTULO II.

DE LA FORMA Y EFECTOS DE LA INSCRIPCION.

Art. 6.º La inscripcion de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:

Por el que trasmita el derecho.

Por el que lo adquiera.

Por quien tenga la representacion legítima de cualquiera de ellos.

Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.

Art. 7.º La inscripcion de los actos ó contratos en que se reserve cualquier derecho á personas que no hayan sido parte en ellos, se deberá exigir por el escribano que autorice el título ó por la autoridad que lo espida, si no mediare aquel funcionario, siempre que el interés de dichas personas resulte del título mismo, ó de los documentos ó diligencias que se hayan tenido á la vista para su expedicion.

Art. 8.º Cada una de las fincas que se inscriban por primera vez en los nuevos Registros se señalará con número diferente y correlativo.

Las inscripciones correspondientes á cada finca se señalarán con otra numeracion correlativa y especial.

Art. 9.º Toda inscripcion que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes:

Primera. La naturaleza, situacion, medida superficial, linderos, nombre y número, si constaren, de los inmuebles objeto de la inscripcion, ó á los cuales afecte el derecho que deba inscribirse.

Segunda. La naturaleza, valor, estension, condiciones y cargas de cualquiera especie del derecho que se inscriba.

Tercera. La naturaleza, estension, condiciones y cargas del derecho sobre el cual se constituye el que sea objeto de la inscripcion.

Cuarta. La naturaleza del título que deba inscribirse, y su fecha.

Quinta. El nombre y apellido de la persona á cuyo favor se haga la inscripcion.

Sesta. El nombre y apellido de la persona de quien procedan inmediatamente los bienes ó derechos que se deban inscribir.

Sétima. El nombre y residencia del juez, escribano ó funcionario que autorice el título que se haya de inscribir.

Octava. La fecha de la presentacion del título en el Registro, con espresion de la hora.

Novena. La conformidad de la inscripcion con la copia del título de donde se hubiere tomado, y si fuere este de los que deben conservarse en el oficio del Registro, indicacion del legajo donde se encuentre.

Art. 10. En la inscripcion de los contratos en que hayan mediado precio ó entrega de metálico se hará mencion del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho ó convenido el pago.

Art. 11. Si la inscripcion fuere de traslacion de dominio, espresará si esta se ha verificado pagando el precio al contado ó á plazo: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio ó qué parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago.

Iguales circunstancias se espresarán tambien si la traslacion de dominio se verificare por permuta ó adjudicacion en pago, y cualquiera de los adquirentes quedare obligado á abonar al otro alguna diferencia en metálico ó efectos.

Art. 12. Las incricpciones hipotecarias de crédito espresarán en todo caso el importe de la obligacion garantida y el de los intereses si se hubieren estipulado, sin cuya circunstancia no se considerarán asegurados por la hipoteca dichos intereses, en los términos prescritos en la presente ley.

Art. 13. Las inscripciones de servidumbre se harán constar:

Primero. En la inscripcion de propiedad del prédio sirviente.

Segundo. En la inscripcion de propiedad del prédio dominante.

Art. 14. La inscripcion de los fideicomisos se hará á favor del heredero fiduciario, si oportunamente no declarare con las formalidades debidas el nombre de la persona á quien hayan de pasar los bienes ó derechos sujetos á inscripcion.

Si hiciere el fiduciario aquella declaracion, se verificará la inscripcion desde luego á nombre del fideicomisario.

:

Art. 13. La inscripcion de las ejecutorias espresadas en el número cuarto del art. 2.º, y en el art. 5.º de esta ley, espresará claramente la especie de incapacidad que de ellas resulte.

Art. 16. El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias ó rescisorias de los actos ó contratos inscritos se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisicion del derecho, ó bien por una nueva inscripcion á favor de quien corresponda, si la resolucion ó rescision llega á verificarse.

Tambien se hará constar por medio de una nota marginal, siempre que los interesados lo reclamen ó el juez lo mande, el pago de cualquier cantidad que haga el adquirente despues de la inscripcion, por cuenta ó saldo del precio en la venta ó de abono de diferencias en la permuta ó adjudicacion en pago.

Art. 17. Inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ningun otro de fecha anterior por el cual se trasmita ó grave la propiedad del mismo inmueble.

Art. 18. Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas estrínsecas de las escrituras en cuya virtud se solicite la inscripcion, y la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras.

Art. 19. Cuando el Registrador notare falta en las formas estrínsecas de las escrituras, ó de capacidad en los otorgantes, la manifestará á los que pretendan la inscripcion; y si no la subsanaren á satisfaccion suya, les devolverá las mismas escrituras para que recurran, si quieren, á los tribunales, sin perjuicio de hacer la anotacion preventiva que ordena el art. 42 en su número octavo.

Art. 20. Tambien será causa bastante para suspender ó denegar la inscripcion, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio ó derechos de que se trate á favor de la persona que lo trasfiera ó grave.

Para subsanar esta falta deberá hacerse préviamente y en cualquier tiempo la inscripcion omitida mediante la presentacion del título correspondiente, y en su defecto, conforme á lo prevenido en los arts. 397 al 410 de esta ley.

Art. 21. Las escrituras públicas de actos ó contratos que deban inscribirse espresarán por lo menos todas las circunstancias que, bajo pena de nulidad, debe contener la inscripcion y sean relativas á

las personas de los otorgantes, á las fincas y á los derechos inscritos.

Art. 22. El escribano que cometiere alguna omision que impida inscribir el acto ó contrato conforme á lo dispuesto en el artículo anterior, la subsanará estendiendo á su costa una nueva escritura, si fuere posible, é indemnizando en todo caso á los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta.

Art. 25. Los títulos mencionados en los arts. 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar á tercero.

Art. 24. Los títulos inscritos surtirán su efecto, aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislacion comun.

Art. 25. Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de la inscripcion.

Art. 26. Para determinar la preferencia entre dos ó mas inscripciones de una misma fecha relativas á una misma finca, se atenderá á la hora de la presentacion en el registro de los títulos respectivos.

Art. 27. Para los efectos de esta ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito.

Art. 28. Se considera como fecha de la inscripcion para todos los efectos que esta debe producir, la fecha del asiento de presentacion, que deberá constar en la inscripcion misma.

Art. 29. Todo derecho real de que se haga mencion espresa en las inscripciones ó anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripcion separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha del asiento de presentacion del título respectivo.

Esceptúase únicamente la hipoteca, la cual no surtirá efecto contra tercero si no se inscribe por separado.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo se entenderá sin perjuicio de la eficacia de la obligacion de inscribir especialmente los derechos reales mencionados en otras inscripciones, y de la responsabilidad en que pueda incurrir el que deba pedir la inscripcion en casos determinados.

Art. 30. Las inscripciones de los títulos espresados en los artículos 2.º y 5.º, á escepcion del de hipoteca, serán nulas cuando carezcan de las circunstancias comprendidas en los números primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo del art. 9.º, y en el número primero del art. 15.

Las inscripciones de hipotecas serán nulas cuando carezcan de las circunstancias espresadas en los números primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y octavo del mismo art. 9.º

Art. 51. La nulidad de las inscripciones de que trata el artículo precedente no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito.

Art. 52. Se entenderá que carece la inscripción de alguna de las circunstancias comprendidas en los números y artículos citados en el art. 50, no solamente cuando se omita hacer mencion en ella de todos los requisitos espresados en cada uno de los mismos artículos ó números, sino tambien cuando se espresen con tal inexactitud que pueda ser por ello el tercero inducido á error sobre el objeto de la circunstancia misma, y perjudicado además en su consecuencia.

Cuando la inexactitud no fuere sustancial, conforme á lo prevenido en el párrafo anterior, ó la omision no fuere de todas las circunstancias comprendidas en alguno de los referidos números ó artículos, no se declarará la nulidad sino en el caso de que llegue á producir el error y el perjuicio.

Art. 53. La inscripción no convalida los actos ó contratos inscritos que sean nulos con arreglo á las leyes.

Art. 54. No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto á tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero otro título posterior tambien inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año despues que empiece á regir la presente ley, y no será aplicable en ningun tiempo al título inscrito con arreglo á lo prevenido en el artículo 397, á menos que la prescripcion haya convalidado y asegurado el derecho á que se refiera dicho título.

Art. 55. La prescripcion no perjudicará á tercero, si, requiriendo justo título, no se hallare este inscrito en el Registro.

El término de la prescripcion empezará á correr en tal caso y para dicho efecto desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble ó derecho que se esté

prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo á la legislación comun.

Art. 56. Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme á lo prevenido en esta ley.

Art. 37. Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior:

Primero. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten esplicitamente en el Registro.

Segundo. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes:

Quando la segunda enajenacion haya sido hecha por título gratuito.

Quando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

En ambos casos prescribirá la accion al año, contado desde el día de la enajenacion fraudulenta.

Art. 38. En consecuencia de lo dispuesto en el art. 56, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes:

Primera. Por revocacion de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

Segunda. Por causa de retracto legal en la venta, ó derecho de tanteo en el enfitéusis.

Tercera. Por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripcion haberse aplazado el pago.

Cuarta. Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita.

Quinta. Por causa de lesion enorme ó enormísima.

Sesta. Por efecto de la restitution *in integrum* á favor de los que disfrutan este beneficio.

Sétima. Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, con exclusion de las exceptuadas en el artículo anterior.

Octava. Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes ó fueros especiales concedan á determinadas personas para rescindir contratos en virtud de causas que no consten espresamente de la inscripcion.

En todo caso en que la accion resolutoria ó rescisoria no se pue-

da dirigir contra el tercero, conforme á lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios por el que los hubiere causado.

Art. 39. Se entenderá enajenación á título gratuito en fraude de acreedores en el caso primero, número segundo del art. 37, no solamente la que se haga por donación ó cesión de derecho, sino también cualquiera enajenación, constitución ó renuncia de derecho real que haga el deudor en los plazos respectivamente señalados por las leyes comunes, y las de comercio en su caso, para la revocación de las enajenaciones en fraude de acreedores, siempre que no haya mediado precio, su equivalente, ú obligación preexistente y vencida.

Art. 40. Se podrán revocar conforme á lo declarado en el artículo anterior, y siempre que concurren las circunstancias que en él se determinan:

Primero. Los censos, enfitéusis, servidumbres, usufructos y demás derechos reales constituidos por el deudor.

Segundo. Las constituciones dotales ó donaciones *propter nuptias* á favor de la mujer, de hijos ó de estraños.

Tercero. Las adjudicaciones de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas.

Cuarto. Las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligación principal.

Quinto. Cualquier contrato en que el deudor traspase ó renuncie expresa ó tácitamente un derecho real.

Se entenderá que no media precio ni su equivalente en los dichos contratos cuando el escribano no dé fé de su entrega, ó si, confesando los contrayentes haberse ésta verificado con anterioridad, no se justificare el hecho ó se probare que debe ser comprendido en el caso tercero del presente artículo.

Art. 41. Se considerará al poseedor del inmueble ó derecho real cómplice en el fraude de su enajecion en el caso segundo, número segundo del art. 37:

Primero. Cuando se probare que le constaba el fin con que dicha enajenación se hiciera, y que coadyuvó á ella como adquirente inmediato ó con cualquier otro carácter.

Segundo. Cuando hubiere adquirido su derecho, bien inmedia-

tamente del deudor, bien de otro poseedor posterior, por la mitad ó menos de la mitad del justo precio.

Tercero. Cuando habiéndose cometido cualquier especie de suposicion ó simulacion en el contrato celebrado por el deudor, se probare que el poseedor tuvo noticia ó se aprovechó de ella.

TÍTULO III.

DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS.

Art. 42. Podrán pedir anotacion preventiva de sus respectivos derechos en el registro público correspondiente:

Primero. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles ó la constitucion, declaracion, modificacion ó estincion de cualquier derecho real.

Segundo. El que en juicio ejecutivo obtuviere á su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes raices del deudor.

Tercero. El que en cualquier juicio obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse á efecto por los trámites establecidos en el título XVIII, parte primera de la ley de Enjuiciamiento civil.

Cuarto. El que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligacion, obtuviere, con arreglo á las leyes, providencia ordenando el secuestro ó prohibiendo la enajenacion de bienes inmuebles.

Quinto. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias espresadas en el número cuarto del art. 2.º de esta ley.

Sesto. El legatario que no tenga derecho, segun las leyes, á promover el juicio de testamentaria.

Sétimo. El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refaccion.

Octavo. El que presentare en el oficio del Registro algun título cuya inscripcion no pueda hacerse definitivamente por falta de algun requisito subsanable ó por imposibilidad del Registrador.

Noveno. El que en cualquier otro caso tuviere derecho á exigir anotacion preventiva conforme á lo dispuesto en esta ley.

Art. 43. En el primer caso del artículo anterior no podrá hacerse la anotacion preventiva sino cuando se ordene por providencia

judicial, dictada á instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juez.

En el caso segundo del mismo artículo será obligatoria la anotacion, segun lo dispuesto en el 953 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En el caso quinto de dicho artículo anterior deberá hacerse tambien la anotacion en virtud de providencia judicial, que podrá dictarse de oficio cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juez, á su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio.

Art. 44. El acreedor que obtenga anotacion á su favor en los casos segundo, tercero y cuarto del art. 42, será preferido, en cuanto á los bienes anotados solamente, á los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad á dicha anotacion.

Art. 45. El legatario que no tenga derecho segun las leyes á promover el juicio de testamentaria, podrá pedir en cualquier tiempo anotacion preventiva sobre la misma cosa legada, si fuere determinada é inmueble.

Si el legado no fuere de especie, podrá exigir el legatario la anotacion de su valor sobre cualesquiera bienes raices de la herencia bastantes para cubrirlo dentro de los ciento ochenta dias siguientes á la muerte del testador.

En uno y otro caso se hará la anotacion presentando en el Registro el título en que se funde el derecho del legatario.

Art. 46. El legatario de bienes inmuebles determinados, ó de créditos ó pensiones consignados sobre ellos, no podrá constituir su anotacion preventiva sino sobre los mismos bienes.

Art. 47. El legatario de género ó cantidad no podrá exigir su anotacion sobre bienes inmuebles legados especialmente á otros.

Art. 48. Ningun legatario de género ó cantidad que tenga á su favor anotacion preventiva, podrá impedir que otro de la misma clase obtenga dentro del plazo legal otra anotacion á su favor sobre los mismos bienes ya anotados.

Art. 49. Si el heredero quisiere inscribir á su favor dentro del espresado plazo de los ciento ochenta dias los bienes hereditarios, y no hubiere para ello impedimento legal, podrá hacerlo, con tal que renuncien préviamente y en escritura pública todos los legatarios á su derecho de anotacion, ó que, en defecto de renuncia espresa, se notifique á los mismos legatarios con treinta dias de anticipacion la

solicitud del heredero, á fin de que, durante dicho término, puedan hacer uso de aquel derecho.

Esta notificacion se hará con arreglo á lo dispuesto en los artículos 228, 229, 250 y 251 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Si alguno de los legatarios no fuere persona cierta, el juez mandará hacer la anotacion preventiva de su legado, bien á instancia del mismo heredero ó de otro interesado, ó bien de oficio.

Art. 50. El legatario que obtuviere anotacion preventiva, será preferido á los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario, y á cualquiera otro que con posterioridad á dicha anotacion adquiriera algun derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes.

Art. 51. La anotacion preventiva dará preferencia, en cuanto al importe de los bienes anotados, á los legatarios que hayan hecho uso de su derecho dentro de los ciento ochenta dias señalados en el art. 45, sobre los que no lo hicieren del suyo en el mismo término.

Los que dentro de éste la hayan realizado no tendrán preferencia entre sí; pero sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie respecto á los demás legatarios, con arreglo á la legislacion comun, tanto en este caso como en el de no haber pedido su anotacion.

Art. 52. El legatario que no lo fuere de especie y dejare trascurrir el plazo señalado en el art. 45 sin hacer uso de su derecho, solo podrá exigir despues la anotacion preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que antes haya adquirido é inscrito algun derecho sobre los bienes hereditarios.

Art. 53. El legatario que, trascurridos los ciento ochenta dias, pidiere anotacion sobre los bienes hereditarios que subsistan en poder del heredero, no obtendrá por ello preferencia alguna sobre los demás legatarios que omitan esta formalidad, ni logrará otra ventaja que la de ser antepuesto para el cobro de su legado á cualquiera acreedor del heredero que con posterioridad adquiriera algun derecho sobre los bienes anotados.

Art. 54. La anotacion pedida fuera del término podrá hacerse sobre bienes anotados dentro de él á favor de otro legatario, siempre que subsistan en poder del heredero; pero el legatario que la obtuviere no cobrará su legado sino en cuanto alcanzare el importe

de los bienes, despues de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotacion.

Art. 55. La anotacion preventiva de los legados y de los créditos refaccionarios no se decretará judicialmente sin audiencia prévia y sumaria de los que puedan tener interés en contradecirla.

Art. 56. La anotacion preventiva de los legados podrá hacerse por convenio entre las partes ó por mandato judicial.

Art. 57. Cuando hubiere de hacerse la anotacion por mandato judicial, acudirá el legatario al juez competente para conocer de la testamentaria, esponiendo su derecho, presentando los títulos en que se funde, y señalando los bienes que pretenda anotar. El juez, oyendo al heredero y al mismo legatario en juicio verbal, segun los trámites establecidos en el título XXIV, parte primera de la ley de Enjuiciamiento civil, dictará providencia, bien denegando la pretension, ó bien accediendo á ella.

En este último caso señalará los bienes que hayan de ser anotados, y mandará librar el correspondiente despacho al Registrador, con insercion literal de lo prevenido para que lo ejecute.

Esta providencia será apelable para ante la Audiencia del territorio.

Art. 58. Si pedida judicialmente la anotacion por un legatario, acudiere otro ejercitando igual derecho respecto á los mismos bienes, será tambien oido en el juicio.

Art. 59. El acreedor refaccionario podrá exigir anotacion sobre la finca refaccionada por las cantidades que de una vez ó sucesivamente anticipare, presentando el contrato por escrito que en cualquier forma legal haya celebrado con el dendor.

Esta anotacion surtirá, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca.

Art. 60. No será necesario que los títulos en cuya virtud se pida la anotacion preventiva de créditos refaccionarios, determinen fijamente la cantidad de dinero ó efectos en que consistan los mismos créditos, y bastará que contengan los datos suficientes para liquidarlos al terminar las obras contratadas.

Art. 61. Si la finca que haya de ser objeto de la refaccion estuviera afecta á obligaciones reales inscritas, no se hará la anotacion sino bien en virtud de convenio unánime por escritura pública entre el propietario y las personas á cuyo favor estuvieren constituidas dichas obligaciones, sobre el objeto de la refaccion misma y

el valor de la finca antes de empezar las obras, ó bien en virtud de providencia judicial dictada en espediente instruido para hacer constar dicho valor, y con citacion de todas las indicadas personas.

Art. 62. Si alguno de los que tuviere á su favor las obligaciones reales espresadas en el artículo anterior, no fuere persona cierta, estuviere ausente ignorándose su paradero, ó negare su consentimiento, no podrá hacerse la anotacion sino por providencia judicial.

Art. 63. El valor que en cualquier forma se diere á la finca que ha de ser refaccionada antes de empezar las obras, se hará constar en la anotacion del crédito.

Art. 64. Las personas á cuyo favor estuvieren constituidos derechos reales sobre las fincas refaccionadas, cuyo valor se haga constar en la forma prescrita en los artículos precedentes, conservarán su derecho de preferencia respecto al acreedor refaccionario, pero solamente por un valor igual al que se hubiere declarado á la misma finca.

El acreedor refaccionario será considerado como hipotecario respecto á lo que esceda el valor de la finca al de las obligaciones anteriores mencionadas, y en todo caso respecto á la diferencia entre el precio dado á la misma finca antes de las obras y el que alcanzare en su enajenacion judicial.

Art. 65. Serán faltas subsanables en los títulos presentados á inscripcion para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten á la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligacion en él constituida.

Serán faltas no subsanables que impidan la anotacion, las que produzcan necesariamente aquella nulidad.

Art. 66. Los títulos que contuvieren alguna falta no subsanable á juicio del Registrador, no se anotarán preventivamente, pero se pondrá una nota marginal al asiento de su presentacion, espresando brevemente el motivo de haberse denegado tanto la inscripcion como la anotacion.

Si dentro de los treinta dias siguientes á la fecha de dicho asiento propusiere aquel cuyo título haya sido desechado, demanda para obtener su inscripcion ó la declaracion de su validez pidiendo anotacion preventiva de ella, la que se verifique se retrotraerá á la fecha del asiento de presentacion.

Despues de dicho término no surtirá efecto la anotacion preventiva de la demanda, sino desde su fecha.

Art. 67. En el caso de hacerse la anotacion por no poderse ejecutar la inscripcion por falta de algun requisito subsanable, podrá exigir el interesado que el Registrador le dé copia de dicha anotacion autorizada con su firma, y en la cual conste si hay ó no pendientes de registro algunos otros títulos relativos al mismo inmueble, y cuáles sean estos en su caso.

Art. 68. Las providencias decretando ó negando la anotacion preventiva en los casos primero, quinto y sexto del art. 42, serán apelables en un solo efecto.

En el caso sétimo del mismo artículo será apelable en ambos la providencia cuando se haya opuesto á la anotacion el que tuviere á su favor algun derecho real anterior sobre el inmueble anotado.

Art. 69. El que pudiendo pedir la anotacion preventiva de un derecho dejare de hacerlo dentro del término señalado al efecto no podrá despues inscribirlo á su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el registro con facultad de transmitirlo.

Art. 70. Cuando la anotacion preventiva de un derecho se convierta en inscripcion definitiva del mismo, surtirá esta sus efectos desde la fecha de la anotacion.

Art. 71. Los bienes inmuebles ó derechos reales anotados podrán ser enajenados ó gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la anotacion.

Art. 72. Las anotaciones preventivas comprenderán las circunstancias que exigen para las inscripciones los artículos 9.º, 10, 11, 12 y 13, en cuanto resulten de los títulos ó documentos presentados para exigir las mismas anotaciones.

Las que deban su origen á providencia de embargo ó secuestro, espresarán la causa que haya dado lugar á ellos, y el importe de la obligacion que los hubiere originado.

Art. 73. Todo mandamiento judicial disponiendo hacer una anotacion preventiva, espresará las circunstancias que deba esta contener segun lo prevenido en el artículo anterior, si resultaren de los títulos y documentos que se hayan tenido á la vista para dictar la providencia de anotacion.

Quando la anotacion deba comprender todos los bienes de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos, el

Registrador anotará todos los que se hallen inscritos á su favor.

Tambien podrán anotarse en este caso los bienes no inscritos, siempre que el juez lo ordene, y se haga prévia su inscripcion, á favor de la persona gravada por dicha anotacion.

Art. 74. Si los títulos ó documentos en cuya virtud se pida judicial ó estrajudicialmente la anotacion preventiva no contuvieren las circunstancias que esta necesite para su validez, se consignarán dichas circunstancias por los interesados en el escrito en que de comun acuerdo soliciten la anotacion. No habiendo avenencia, el que solicite la anotacion consignará en el escrito en que la pida dichas circunstancias, y prévia audiencia del otro interesado sobre su exactitud, el juez decidirá lo que proceda.

Art. 75. Las anotaciones preventivas se harán en el mismo libro en que corresponderia hacer la inscripcion, si el derecho anotado se convirtiere en derecho inscrito.

Art. 76. La anotacion preventiva será nula, cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca ó derecho anotado, de la persona á quien afecte la anotacion, ó de la fecha de esta.

TÍTULO IV.

DE LA ESTINCIÓN DE LAS INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES PREVENTIVAS.

Art. 77. Las inscripciones no se estinguen en cuanto á tercero, sino por su cancelacion ó por la inscripcion de la trasferencia del dominio ó derecho real inscrito á otra persona.

Art. 78. La cancelacion de las inscripciones y anotaciones preventivas podrá ser total ó parcial.

Art. 79. Podrá pedirse, y deberá ordenarse en su caso, la cancelacion total:

Primero. Cuando se estinga por completo el inmueble objeto de la inscripcion.

Segundo. Cuando se estinga tambien por completo el derecho inscrito.

Tercero. Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hizo la inscripcion.

Cuarto. Cuando se declare la nulidad de la inscripcion por falta de alguno de sus requisitos esenciales, conforme á lo dispuesto en el art. 50.

Art. 80. Podrá pedirse, y deberá decretarse en su caso, la cancelacion parcial:

Primero. Cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripcion ó anotacion preventiva.

Segundo. Cuando se reduzca el derecho inscrito á favor del dueño de la finca gravada.

Art. 81. La ampliacion de cualquier derecho inscrito será objeto de una nueva inscripcion, en la cual se hará referencia de la del derecho ampliado.

Art. 82. Las inscripciones ó anotaciones preventivas, hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino mediante otra escritura, en la cual manifiesten su consentimiento la persona á cuyo favor se haya otorgado la primera, sus causahabientes ó representantes legítimos, ó en virtud de providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion.

Las inscripciones ó anotaciones hechas en virtud de mandamientos judiciales, no se cancelarán sino por providencia ejecutoria que tenga la circunstancia prevenida en el párrafo anterior.

Art. 83. Si constituida una inscripcion ó anotacion por providencia judicial, convinieren válidamente los interesados en cancelarla, acudirán al juez por medio de un escrito manifestándolo así, y despues de ratificarse en su contenido, si no hubiere ni pudiere haber perjuicio para tercero, se dictará providencia ordenando la cancelacion.

Tambien dictará el juez la misma providencia cuando sea precedente, aunque no consienta en la cancelacion la persona á cuyo favor se hubiere hecho.

Si constituida la inscripcion ó anotacion por escritura pública, procediere su cancelacion y no consintiere en ella aquel á quien esta perjudique, podrá el otro interesado demandarlo en juicio ordinario.

Art. 84. Será juez competente para ordenar la cancelacion de una anotacion preventiva, ó su conversion en inscripcion definitiva, el mismo que la haya mandado hacer, ó el que le haya sucedido legalmente en el conocimiento del negocio que diera lugar á ella.

Art. 85. La anotacion preventiva se cancelará, no solo cuando se estinga el derecho anotado, sino tambien cuando en la escritura se convenga ó en la providencia se disponga respectivamente convertirla en inscripcion definitiva.

Si se hubiere hecho la anotacion sin escritura pública, y se tratare de cancelar sin convertirla en inscripcion definitiva, podrá hacerse tambien la cancelacion mediante documentos de la misma especie que los que se hubieren presentado para hacer la anotacion.

Art. 86. La anotacion preventiva á favor del legatario que no lo sea de especie, caducará al año de su fecha. Si al vencimiento del año no fuere todavía exigible el legado, se considerará subsistente la anotacion hasta dos meses despues del dia en que pueda exigirse.

Art. 87. Si antes de estinguirse la anotacion preventiva resultare ser ineficaz para la seguridad del legado por razon de las cargas ó condiciones especiales de los bienes anotados, podrá pedir el legatario que se constituya otra sobre bienes diferentes, siempre que los haya en la herencia susceptibles de tal gravámen.

Art. 88. El legatario de rentas ó pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente á cargo de alguno de los herederos ó de otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligacion, tendrá derecho, dentro del plazo señalado en el art. 86, á exigir que la anotacion preventiva que oportunamente hubiere constituido de su derecho, se convierta en inscripcion hipotecaria.

Art. 89. El heredero ó legatario gravado con la pension, deberá constituir la hipoteca de que trata el artículo anterior sobre los mismos bienes anotados, si se le adjudicaren, ó sobre cualesquiera otros inmuebles de la herencia que se le adjudiquen.

La eleccion corresponderá en todo caso á dicho heredero ó legatario gravado, y el pensionista deberá admitir la hipoteca que aquel le ofrezca, siempre que sea bastante y la imponga sobre bienes procedentes de la herencia.

Art. 90. El pensionista que no hubiere constituido anotacion preventiva, podrá exigir tambien en cualquier tiempo la inscripcion hipotecaria de su derecho sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero ó se hayan adjudicado al legatario ó heredero especialmente gravado, siempre que pudiera hacerlo mediante anotacion preventiva eficaz, conforme á lo dispuesto en el artículo anterior.

Esta inscripcion no surtirá efecto sino desde su fecha.

Art. 91. El pensionista que hubiere obtenido anotacion preventiva, no podrá exigir que se le hipotequen otros bienes que los anotados, si estos fueren suficientes para asegurar el legado. Si no lo fueren, podrá exigir el complemento de su hipoteca sobre otros bie-

nes de la herencia, pero con sujecion, en cuanto á estos últimos, á lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo anterior.

Art. 92. La anotacion á favor del acreedor refaccionario caducará á los sesenta dias de concluida la obra objeto de la refaccion.

Art. 93. El acreedor refaccionario podrá convertir su anotacion preventiva en inscripcion de hipoteca, si al espirar el término señalado en el artículo anterior no estuviere aun pagado por completo de su crédito por no haber aun vencido el plazo estipulado en el contrato.

Si el plazo estuviere vencido, podrá el acreedor, ó prorogarlo mediante la conversion de la anotacion en inscripcion hipotecaria, ó exigir el pago desde luego, para lo cual surtirá la anotacion todos los efectos de la hipoteca.

Art. 94. Para convertir en inscripcion hipotecaria la anotacion de crédito refaccionario, se liquidará este, si no fuere líquido, y se otorgará escritura pública.

Art. 95. Las cuestiones que se susciten entre el acreedor y el deudor sobre la liquidacion del crédito refaccionario ó sobre la constitucion de la hipoteca, se decidirán en juicio ordinario. Mientras este se sustancie y termine, subsistirá la anotacion preventiva y producirá todos sus efectos.

Art. 96. La anotacion exigida á consecuencia de no poderse verificar la inscripcion por defectos subsanables del título presentado, caducará á los sesenta dias de su fecha.

Este plazo se podrá prorogar hasta ciento ochenta dias por justa causa, y en virtud de providencia judicial.

Art. 97. La cancelacion de las inscripciones ó anotaciones preventivas no estingue por su propia y esclusiva virtud, en cuanto á las partes, los derechos inscritos á que afecte; pero la que se verifique sin ningun vicio exterior de nulidad de los espresados en el artículo siguiente, surtirá todos sus efectos en cuanto al tercero que por efecto de ella haya adquirido é inscrito algun derecho, aunque despues se anule por alguna causa que no resulte claramente del mismo asiento de cancelacion.

Art. 98. Será nula la cancelacion:

Primero. Cuando no dé claramente á conocer la inscripcion ó anotacion cancelada.

Segundo. Cuando no espresé el documento en cuya virtud se haga la cancelacion los nombres de los otorgantes, del escriba

no y del juez en su caso, y la fecha del otorgamiento ó expedicion.

Tercero. Cuando no espresese el nombre de la persona á cuya instancia ó con cuyo consentimiento se verifique la cancelacion.

Cuarto. Cuando haciéndose la cancelacion á nombre de persona distinta de aquella á cuyo favor estuviere hecha la inscripcion ó anotacion, no resultare de la cancelacion la representacion con que haya obrado dicha persona.

Quinto. Cuando en la cancelacion parcial no se dé claramente á conocer la parte del inmueble que haya desaparecido, ó la parte de la obligacion que se estinga y la que subsista.

Sesto. Cuando habiéndose verificado la cancelacion de una anotacion en virtud de documento privado, no dé fé el Registrador de conocer á los que lo suscriban, ó á los testigos en su defecto.

Sétimo. Cuando no contenga la fecha de la presentacion en el Registro del título en que se haya convenido ó mandado la cancelacion.

Art. 99. Podrá declararse nula la cancelacion, mas sin perjuicio de tercero, conforme á lo dispuesto en el art. 97:

Primero. Cuando se declare falso, nulo ó ineficaz el título en cuya virtud se hubiere hecho.

Segundo. Cuando se haya verificado por error ó fraude.

Tercero. Cuando la haya ordenado un juez incompetente.

Art. 100. Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas estrínsecas de las escrituras en cuya virtud se soliciten las cancelaciones, y la capacidad de los otorgantes en los términos prevenidos respecto á las inscripciones en los artículos 18 y 19.

Art. 101. Los Registradores calificarán tambien bajo su responsabilidad la competencia de los jueces que ordenen las cancelaciones, en los casos en que no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripcion ó anotacion preventiva.

Si dudaren de la competencia del juez, darán cuenta al regente de la Audiencia respectiva, el cual decidirá lo que estime procedente.

Art. 102. Cuando el regente declare la competencia del juez, el Registrador hará desde luego la cancelacion.

Quando no lo estime competente, el mismo Registrador comunicará esta decision al interesado, devolviéndole el despacho.

Art. 103. Contra la decision de los regentes podrá Recurrirse.

Tanto por los jueces como por los interesados, á la Audiencia, la cual, oyendo á las partes, determinará lo que estime justo.

Contra el fallo de la Audiencia procederá el recurso de casacion.

Art. 104. La cancelacion de toda inscripcion contendrá precisamente las circunstancias siguientes:

Primera. La clase del documento en cuya virtud se haga la cancelacion.

Segunda. La fecha del documento y la de su presentacion en el registro.

Tercera. El nombre del juez ó autoridad que lo hubiere espedido, ó del escribano ante quien se haya otorgado.

Cuarta. Los nombres de los interesados en la inscripcion.

Quinta. La forma en que la cancelacion se haya hecho.

TÍTULO V.

DE LAS HIPOTECAS.

SECCION PRIMERA.

De las hipotecas en general.

Art. 105. Las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor.

Art. 106. Solo podrán ser hipotecados:

Primero. Los bienes inmuebles.

Segundo. Los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles.

Art. 107. Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que á continuacion se espresan:

Primero. El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto á tal gravámen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado.

Segundo. El derecho de percibir los frutos en el usufructo, pero quedando estinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usu-

fructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligacion asegurada, ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habria naturalmente concluido, á no mediar el hecho que le puso fin.

Tercero. La mera propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se estenderá tambien al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.

Cuarto. Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos á hipotecar, siempre que quede á salvo la prelación que tuviere para cobrar su crédito aquel á cuyo favor esté constituida la primera hipoteca.

Quinto. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede á salvo el de los demás partícipes en la propiedad.

Sesto. Los ferro-carriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público cuya explotación haya concedido el Gobierno por diez ó mas años, pero quedando pendiente la hipoteca que sobre ellos se constituya de la resolución del derecho del concesionario.

Sétimo. Los bienes pertenecientes á personas que no tienen la libre disposición de ellos, en los casos y con las formalidades que prescriben las leyes para su enajenación.

Octavo. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él de la resolución del mismo derecho.

Art. 108. No se podrán hipotecar:

Primero. Los frutos y rentas pendientes con separación del prédio que los produzca.

Segundo. Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, á no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.

Tercero. Los oficios públicos.

Cuarto. Los títulos de la deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, y las obligaciones y acciones de bancos, empresas ó compañías de cualquiera especie.

Quinto. El derecho real en cosas que, aun cuando se deban po-

deber en lo futuro, no estén aun inscritas á favor del que tenga el derecho á poseerlas.

Sesto. Las servidumbres, á menos que se hipotequen juntamente con el prédio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.

Sétimo. El derecho á percibir los frutos en el usufructo concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos; y al cónyuge superviviente sobre los del difunto.

Octavo. El uso y la habitacion.

Noveno. Los bienes vendidos con pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta.

Décimo. Las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesion definitiva, aunque estén situadas en terreno propio.

Undécimo. Los bienes litigiosos.

Art. 109. El poseedor de bienes cuyo derecho sobre ellos esté sujeto por contrato ó última voluntad á condiciones resolutorias, no podrá mientras estas se hallen pendientes hipotecar la propiedad de dichos bienes, pero sí el derecho de percibir sus frutos con sujecion á lo dispuesto en el número segundo del art. 107.

La propiedad, en el caso del párrafo anterior, solo podrá hipotecarse con el expreso consentimiento de aquel á quien pudieren aprovechar las condiciones resolutorias, si existiere y fuere capaz por si de obligarse, ó cuando el cumplimiento de la condicion dependa esclusivamente de la voluntad del poseedor de los bienes; pero entendiéndose entonces obligado este, mientras subsista la hipoteca, á hacer ó no hacer aquello de que deba depender la subsistencia de su derecho, y quedando civil y criminalmente en su caso responsable para con el acreedor, cuando por faltar á dicha obligacion se estinga la misma hipoteca.

Art. 110. La hipoteca se estiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligacion, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados.

Art. 111. Conforme á lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario:

Primero. Los objetos muebles colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servi-

cio de alguna industria, aunque su colocacion se haya verificado despues de constituida la hipoteca.

Segundo. Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego ó desagile, obras de reparacion, seguridad, trasformacion, comodidad, adorno ó elevacion de los edificios, y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregacion de terrenos, excepto por accesion natural, ó en nueva construccion de edificios donde antes no los hubiere.

Tercero. Los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligacion hipotecaria estuvieren pendientes de los árboles ó plantas, ó ya cogidos, pero no levantados ni almacenados.

Cuarto. Las rentas vencidas y no pagadas, cualquiera que sea la causa de no haberse hecho efectivas, y las que se hayan de pagar hasta que el acreedor sea satisfecho de todo su crédito.

Quinto. Las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseguracion de estos ó de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro despues de constituida la hipoteca, ó bien por la espropiacion de terrenos por causa de utilidad pública.

Art. 112. Cuando la finca hipotecada pasare á manos de un tercer poseedor, no será estensiva la hipoteca á los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni á las mejoras que no consistan en obras de reparacion, seguridad ó trasformacion, siempre que unos ú otras se hayan costado por el nuevo dueño, ni á los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo.

Art. 113. El dueño de las accesiones ó mejoras que no se entiendan hipotecadas segun lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigir su importe ó retener los objetos en que consistan, si esto pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca; mas en el primer caso no podrá detener el cumplimiento de la obligacion principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca, cuando se enajene para pagar el crédito.

Art. 114. La hipoteca constituida á favor de un crédito que devengue interés no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años trascurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

Art. 115. Al trascurrir tres años contados desde que el prés-

tamo empezó á devengar réditos no pagados, podrá el acreedor exigir que la hipoteca constituida se amplíe sobre los mismos bienes hipotecados, con objeto de asegurar los intereses correspondientes al primero de dichos años; pero solo en el caso de que habiendo vencido la obligacion de pagar alguna parte de los mismos réditos, hubiere el deudor dejado de satisfacerla.

Si el acreedor hiciere uso de su derecho despues de los tres años, podrá exigir la ampliacion de hipoteca por toda la parte de réditos que en el momento de hacerse dicha ampliacion no estuviera asegurada con la hipoteca primera; pero sin que en ningun caso deba perjudicar la que se constituya al que anteriormente y despues de los dos años haya adquirido cualquier derecho sobre los bienes hipotecados.

Si el deudor no consintiere dicha ampliacion de hipoteca, podrá el acreedor reclamarla en juicio ordinario, y anotar preventivamente la demanda que con tal objeto deduzca.

Art. 116. Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la ampliacion de hipoteca de que trata el artículo precedente; pero podrá ejercitar igual derecho respecto á cualquiera otros bienes inmuebles que posea el mismo deudor y pueda hipotecarlos.

Art. 117. El acreedor por pensiones atrasadas de censo no podrá repetir contra la finca acensuada con perjuicio de otro acreedor hipotecario ó censalista posterior, sino en los términos y con las restricciones establecidas en los artículos 114 y 115; pero podrá exigir hipoteca en el caso y con las limitaciones que tiene derecho á hacerlo el acreedor hipotecario, segun el artículo anterior, cualquiera que sea el poseedor de la finca acensuada.

Art. 118. Cuando un prédio dado en enfiteúsis caiga en comiso con arreglo á las leyes, pasará al dueño del dominio directo con las hipotecas ó gravámenes reales que le hubiere impuesto el enfiteuta, pero quedando siempre á salvo todos los derechos correspondientes al mismo dueño directo.

Art. 119. Cuando se hipotequen varias fincas á la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad ó parte de gravámen de que cada una deba responder.

Art. 120. Fijada en la inscripcion la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad á

que respectivamente estén afectos, y la que á la misma corresponda por razon de intereses con arreglo á lo prescrito en los anteriores artículos.

Art. 121. Lo dispuesto en el artículo anterior se entenderá sin perjuicio de que si la hipoteca no alcanzare á cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelacion en cuanto á dicha diferencia sobre los que despues de inscrita la hipoteca hayan adquirido algun derecho real en las mismas fincas.

Art. 122. La hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligacion garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos.

Art. 123. Si una finca hipotecada se dividiere en dos ó mas, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordasen el acreedor y el deudor.

No verificándose esta distribucion, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera ó contra todas á la vez.

Art. 124. Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel á quien interese la cancelacion parcial de la hipoteca en cuanto á la misma finca.

Si la parte de crédito pagado se pudiese aplicar á la liberacion de una ó de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre.

Art. 125. Cuando sea una la finca hipotecada, ó cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una por ocurrir el caso previsto en el art. 123, no se podrá exigir la liberacion de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho.

Art. 126. La hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla segun el registro, no convalecerá aunque el constituyente adquiera despues dicho derecho.

Art. 127. El acreedor no podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de su crédito sino cuando el deudor no lo verifique en los diez días siguientes al vencimiento del plazo.

Art. 128. Requerido al pago el tercer poseedor, deberá satisfacer en el término de otros diez días la deuda con sus intereses, regulados conforme á lo dispuesto en el art. 114, ó desamparar los bienes hipotecados.

Art. 129. Los diez días que según el art. 127 deben transcurrir para reclamar la deuda hipotecaria del tercer poseedor de la cosa hipotecada, empezarán á correr desde el siguiente al del vencimiento de la obligación.

Durante dicho término deberá el acreedor pedir, judicial ó extrajudicialmente, al deudor el cumplimiento de su obligación, y si esto no tuviere efecto, cualquiera que sea la causa, se podrá repetir contra el tercer poseedor.

Los diez días que se conceden al tercer poseedor para pagar la deuda ó desamparar la cosa hipotecada, empezarán á correr desde el siguiente al en que se haga el requerimiento.

Art. 130. Lo dispuesto en los tres anteriores artículos será igualmente aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito ó de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación.

Art. 131. Si para el pago de alguno de los plazos del capital ó de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente á la parte del crédito que no estuviere satisfecha, la cual con los intereses se deducirá del precio.

Si el comprador no quisiere la finca con esta carga, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes.

Art. 132. Se considerará también como tercer poseedor, para los efectos de los artículos 127 y 128, el que hubiere adquirido solamente el usufructo ó el dominio útil de la finca hipotecada, ó bien la propiedad ó el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo.

Si hubiere mas de un tercer poseedor, por hallarse en una per-

sona la propiedad ó el dominio directo, y en otra el usufructo ó el dominio útil, se entenderá con ambas el requerimiento, y será común á ellas el término de los diez dias para pagar la deuda ó desamparar la finca.

Art. 135. Si requerido el deudor, ó el tercer poseedor en su caso, no pagare ni desamparare los bienes hipotecados en los términos señalados respectivamente, podrá pedir el acreedor que se despache mandamiento de ejecucion contra los mismos bienes, presentando el título de su derecho y el documento que acredite haberse verificado dichos requerimientos y su fecha.

Art. 134. La accion hipotecaria prescribirá á los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito.

Art. 135. Las hipotecas legitimamente constituidas sobre bienes que no han de ser en adelante hipotecables con arreglo á esta ley, se regirán, mientras subsistan, por la legislacion anterior.

Art. 136. Las inscripciones y cancelaciones de las hipotecas, se sujetarán á las reglas establecidas en los artículos 2.º y 4.º para las inscripciones y cancelaciones en general, sin perjuicio de las especiales contenidas en este título.

Art. 137. Las hipotecas son voluntarias ó legales.

SECCION SEGUNDA.

De las hipotecas voluntarias.

Art. 138. Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes, ó impuestas por disposicion del dueño de los bienes sobre que se constituyan.

Art. 139. Solo podrán constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposicion de sus bienes, ó en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo á las leyes.

Art. 140. Los que con arreglo al artículo anterior tienen la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí ó por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones otorgado ante escribano público.

Art. 141. La hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante, podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados, pero no surtirá efecto sino desde la fecha en que por una nueva inscripcion se subsane la falta cometida.

Art. 142. La hipoteca constituida para la seguridad de una

obligacion futura ó sujeta á condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripcion, si la obligacion llega á contraerse ó la condicion á cumplirse.

Si la obligacion asegurada estuviere sujeta á condicion resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto en cuanto al tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condicion.

Art. 143. Cuando se contraiga la obligacion futura ó se cumpla la condicion suspensiva de que trata el párrafo primero del artículo anterior, deberán los interesados hacerlo constar así, por medio de una nota al márgen de la inscripcion hipotecaria, sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar á tercero la hipoteca constituida.

Art. 144. Todo hecho ó convenio entre las partes que pueda modificar ó destruir la eficacia de la obligacion hipotecaria anterior, como el pago, la compensacion, la espera, el pacto ó promesa de no pedir, la novacion del contrato primitivo y la transaccion ó compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripcion nueva, de una cancelacion total ó parcial, ó de una nota marginal, segun los casos.

Art. 145. No se considerará asegurado con la hipoteca el interés del préstamo en la forma que prescribe el artículo 144, sino cuando la estipulacion y cuantía de dicho interés resulten de la inscripcion misma.

Art. 146. Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar á tercero, se requiere:

Primero. Que se hayan convenido ó mandado constituir en escritura pública.

Segundo. Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley.

Art. 147. El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes á quien pueda perjudicar la repeticion, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la correspondiente á los réditos de los dos últimos años trascurridos y no pagados y la parte vencida de la anualidad corriente.

La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la ac-

cion real hipotecaria, podrá reclamarla del obligado por la personal, siendo considerado respecto á ella en caso de concurso como acreedor escriturario.

Art. 148. Las inscripciones de hipotecas voluntarias solo podrán ser canceladas en la forma prevenida en el artículo 82.

Si no se presentaren á la cancelacion los que deban hacerla, podrá decretarse judicialmente.

Art. 149. Cuando se redima un censo gravado con hipoteca, tendrá derecho el acreedor hipotecario, á su eleccion, á que el redimente le pague su crédito por completo con los intereses vencidos y por vencer, ó le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo.

En este último caso se hará una nueva inscripcion de la hipoteca, la cual espresará claramente aquella circunstancia, y surtirá efecto desde la fecha de la inscripcion anterior.

Art. 150. Siempre que por dolo, culpa ó la voluntad del censatario llegare la finca acensuada á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, podrá exigir el censalista á dicho censatario que, ó imponga sobre otros bienes la parte del capital del censo que deje de estar asegurada por la disminucion del valor de la misma finca, ó redima el censo mediante el reintegro de todo su capital.

Art. 151. Cuando una finca acensuada se deteriorare ó hiciere menos productiva por cualquier causa que no sea dolo, culpa ó la voluntad del censatario, no tendrá este derecho á desampararla ni á exigir reduccion de las pensiones mientras alcance á cubrirlas el rédito que deba devengar el capital que represente el valor de la finca, graduándose dichos réditos al mismo tanto por ciento á que estuviere constituido el censo.

Si el valor de la finca se disminuyere hasta el punto de no bastar el rédito líquido de él para pagar las pensiones del censo, podrá optar el censatario entre desamparar la misma finca ó exigir que se reduzcan las pensiones en proporcion al valor que ella conservare.

Art. 152. Si despues de reducida la pension de un censo, con arreglo á lo prevenido en el segundo párrafo del artículo anterior, se aumentare por cualquier motivo el valor de la finca acensuada, podrá exigir el censalista el aumento proporcional de las pensiones, pero sin que escedan en ningun caso de su importe primitivo.

Art. 153. El crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el Registro.

El deudor no quedará obligado por dicho contrato á mas que lo estuviere por el suyo.

El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente.

Art. 154. Si se omitiere dar conocimiento de la cesion al deudor, será responsable el cedente de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta.

Art. 155. Los derechos ó créditos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse sinó cuando haya llegado el caso de exigir su importe y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan á su favor.

Art. 156. La hipoteca subsistirá en cuanto á tercero mientras no se cancele su inscripcion.

SECCION TERCERA.

De las hipotecas legales.

§. 1.º

Reglas comunes á las hipotecas legales.

Art. 157. Son únicamente hipotecas legales las establecidas en el art. 168.

Art. 158. Las personas á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal, no tendrán otro derecho que el de exigir la *constitucion* de una hipoteca especial suficiente para la garantia de su derecho.

Art. 159. Para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita la inscripcion del título en cuya virtud se constituyan.

Art. 160. Las personas á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal podrán exigir que se constituya la especial sobre cualesquiera bienes inmuebles ó derechos reales de que pueda disponer el obligado á prestarla, siempre que con arreglo á esta ley sean hipotecables.

Tambien podrán exigir dicha hipoteca en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, como el matrimonio, la tutela, la pátria potestad ó la administracion, siempre

que esté pendiente de cumplimiento la obligacion que se debiera haber asegurado.

Art. 161. La hipoteca legal, una vez constituida é inscrita, surte los mismos efectos que la voluntaria, sin mas escepciones que las espresamente determinadas en esta ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que la misma hipoteca confiera.

Art. 162. Si para la constitucion de alguna hipoteca legal se ofrecieren diferentes bienes y no convinieren los interesados en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno conforme á lo dispuesto en el artículo 119, decidirá el juez, prévio dictámen de peritos.

Del mismo modo decidirá el juez las cuestiones que se susciten entre los interesados sobre la calificacion de suficiencia de los bienes ofrecidos para la constitucion de cualquiera hipoteca legal.

Art. 163. En cualquier tiempo en que llegaren á ser insuficientes las hipotecas legales inscritas, podrán reclamar su ampliacion ó deberán pedirla los que con arreglo á esta ley tengan respectivamente el derecho ó la obligacion de exigir las y de calificar su suficiencia.

Art. 164. Las hipotecas legales inscritas subsistirán hasta que se estingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituido, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias.

Art. 165. Para constituir ó ampliar judicialmente y á instancia de parte cualquiera hipoteca legal, se procederá con sujecion á las reglas siguientes:

Primera. El que tenga derecho á exigirla presentará un escrito en el juzgado del domicilio del obligado á prestarla, pidiendo que se constituya la hipoteca, fijando la cantidad por que deba constituirse, y señalando los bienes que puedan ser gravados con ella, ó por lo menos el registro donde deban constar inscritos los que posea la misma persona obligada.

Segunda. A este escrito acompañará precisamente el título ó documento que produzca el derecho de hipoteca legal, y si fuere posible, una certificacion del Registrador en que consten todos los bienes hipotecables que posea el demandado.

Tercera. El juez en su vista mandará comparecer á su presencia á todos los interesados en la constitucion de la hipoteca, á fin de que se avengan, si fuere posible, en cuanto al modo de verificarla.

Cuarta. Si se avinieren, mandará el juez constituir la hipoteca en los términos que se hayan convenido.

Quinta. Si no se avinieren, ya sea en cuanto á la obligacion de hipotecar, ó ya en cuanto á la cantidad que deba asegurarse ó la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio los trámites establecidos para los incidentes en los arts. 342 al 350 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 166. En los casos en que el juez de primera instancia deba proceder de oficio para exigir la constitucion de una hipoteca legal, dispondrá que el Registrador correspondiente le remita la certificacion prevenida en la regla segunda del artículo anterior: en su vista mandará comparecer al obligado á constituir la hipoteca, y con su audiencia y la del promotor fiscal seguirá despues el juicio por los trámites que quedan prescritos.

Art. 167. Lo dispuesto en los dos anteriores artículos se entenderá sin perjuicio de las reglas establecidas en el art. 194 sobre hipotecas por bienes reservables, y en la ley de Enjuiciamiento civil sobre fianzas de los tutores y curadores, y no será aplicable á la hipoteca legal á favor del Estado, de las provincias ó de los pueblos, sino cuando los reglamentos administrativos no establecieren otro procedimiento para exigirla.

Art. 168. Se establece hipoteca legal:

Primero. En favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos:

Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fé de escribano:

Por las arras y donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido dentro de los límites de la ley:

Por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha hayan entregado á sus maridos:

Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado á sus maridos con la misma solemnidad.

Segundo. En favor de los hijos sobre los bienes de sus padres, por los que estos deban reservarles segun las leyes, y por los de su peculio.

Tercero. En favor de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su padrastro, por los que la madre haya administrado ó administre, ó por los que deba reservarles.

Cuarto. En favor de los menores ó incapacitados sobre los bienes de sus tutores ó curadores, por lo que estos hayan recibido de ellos, y por la responsabilidad en que incurrieren.

Quinto. En favor del Estado, de las provincias y de los pueblos:

Sobre los bienes de los que contrataen con ellos ó administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeran con arreglo á derecho.

Sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos.

Sexto. En favor de los aseguradores, sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, y si fuere el seguro mútuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho.

§. 2.º

De la hipoteca dotal.

Art. 169. La mujer casada, á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal, tendrá derecho:

Primero. A que el marido le hipoteque é inscriba en el Registro los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada, ó con la obligacion de devolver su importe.

Segundo. A que se inscriban en el Registro, si ya no lo estuvieren, en calidad de dotales ó parafernales, ó por el concepto legal que tuvieren, todos los demás bienes inmuebles y derechos reales que el marido reciba como inestimados, y deba devolver en su caso.

Tercero. A que el marido asegure con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes no comprendidos en los párrafos anteriores, y que se le entreguen por razon de matrimonio.

Art. 170. La dote confesada por el marido, cuya entrega no constare ó constare solo por documento privado, no surtirá mas efecto que el de las obligaciones personales.

Art. 171. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, la mujer que tuviere á su favor dote confesada por el marido antes de la celebracion del matrimonio, ó dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo que el mismo marido se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales, ó la de otros semejantes ó equivalentes, en el momento de deducir su reclamacion.

Art. 172. Los bienes inmuebles ó derechos reales que se entreguen como dote estimada, se inscribirán á nombre del marido en el Registro de la propiedad, en la misma forma que cualquiera otra adquisicion de dominio, pero espresándose en la inscripcion la cuantía de la dote de que dichos bienes hagan parte, la cantidad en que hayan sido estimados, y la hipoteca dotal que sobre ellos quede constituida.

Al tiempo de inscribir la propiedad de tales bienes á favor del marido, se inscribirá la hipoteca dotal que sobre ellos se constituya en el Registro correspondiente.

Art. 173. Cuando la mujer tuviere inscritos como de su propiedad los bienes inmuebles que hayan de constituir dote inestimada ó los parafernales que entregue á su marido, se hará constar en el Registro la cualidad respectiva de unos y otros bienes, poniendo una nota que lo espresé así al márgen de la misma inscripcion de propiedad.

Si dichos bienes no estuvieren inscritos á favor de la mujer, se inscribirán en la forma ordinaria, espresando en la inscripcion su cualidad de dotales ó parafernales.

Art. 174. Siempre que el Registrador inscriba bienes de dote estimada á favor del marido en el Registro de la propiedad, hará de oficio la inscripcion hipotecaria correspondiente en el Registro de las hipotecas.

Si el título presentado para la primera de dichas inscripciones no fuere suficiente para hacer la segunda, se suspenderán una y otra, tomando de ambas la anotacion preventiva que proceda.

Art. 175. La hipoteca legal constituida por el marido á favor de su mujer garantizará la restitucion de los bienes ó derechos asegurados solo en los casos en que dicha restitucion deba verificarse, conforme á las leyes y con las limitaciones que estas determinan; y dejará de surtir efecto y podrá cancelarse, siempre que por cualquiera causa legitima quede dispensado el marido de la obligacion de restituir.

Art. 176. La cantidad que deba asegurarse por razon de dote estimada, no excederá en ningun caso del importe de la estimacion; y si se redujere el de la misma dote, por exceder de la cuantía que el derecho permite, se reducirá igualmente la hipoteca en la misma proporcion, prévia la cancelacion parcial correspondiente.

Art. 177. Cuando se constituya dote inestimada en bienes no

inmuebles, se apreciarán estos con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de su restitucion, mas sin que por ello pierda dicha dote su calidad de inestimada, si fuere calificada así en la escritura dotal.

Art. 178. La hipoteca legal por razon de arras y donaciones esponsalicias solo tendrá lugar en el caso de que unas ú otras se ofrezcan por el marido como aumento de la dote. Si se ofrecieren sin este requisito, solo produoirán obligacion personal, quedand al arbitrio del marido asegurarla ó no con hipoteca.

Art. 179. Si el marido ofreciere á la mujer arras y donacion esponsalicia, solamente quedará obligado á constituir hipoteca por las unas ó por la otra, á eleccion de la misma mujer, ó á la suya, si ella no optase en el plazo de dos meses que la ley señala, contado desde el dia en que se hizo la promesa.

Art. 180. El marido no podrá ser obligado á constituir hipoteca por los bienes parafernales de su mujer, sino cuando estos le sean entregados para su administracion por escritura pública y bajo fé de escribano.

Para constituir esta hipoteca se apreciarán los bienes ó se fijará su valor por los que con arreglo á esta ley tienen la facultad de exigirla y de calificar su suficiencia.

Art. 181. Entiéndese por bienes aportados al matrimonio para los efectos del párrafo último del número primero del art. 168 aquellos que bajo cualquier concepto, con arreglo á fueros ó costumbres locales, traiga la mujer á la sociedad conyugal, siempre que se entreguen al marido por escritura pública y bajo fé de escribano, para que los administre, bien sea con estimacion que cause venta, ó bien con la obligacion de conservarlos y devolverlos á la disolucion del matrimonio.

Cuando la entrega de los bienes de que trata el párrafo anterior constare solamente por confesion del marido, no podrá exigirse la constitucion de la hipoteca dotal, sino en los casos y términos prescritos en el art. 171.

Art. 182. La constitucion de hipoteca é inscripcion de bienes de que trata el art. 169, solo podrán exigirse por la misma mujer, si estaviere casada y fuere mayor de edad.

Si no hubiere contraido aun matrimonio, ó habiéndolo contraido fuere menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre, y cali-

ficar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre, ó el que diere la dote ó los bienes que se deban asegurar.

A falta de estas personas y siendo menor la mujer, esté ó no casada, debiera pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el curador, si lo hubiere.

Art. 183. Si el curador no pidiere la constitucion de la hipoteca, el promotor fiscal denunciará el hecho al juez que le haya discernido el cargo para que proceda á lo que haya lugar.

En defecto de curador, el mismo promotor solicitará de oficio ó á instancia de cualquier persona, que se compela al marido al otorgamiento de la hipoteca.

Los jueces de paz tendrán tambien obligacion de escitar el celo de los promotores fiscales á fin de que cumplan lo preceptuado en el párrafo anterior.

Art. 184. El curador de la mujer podrá pedir la hipoteca dotal, aunque exista la madre ó el que haya dado la dote, si no hicieren una ni otro dentro de los treinta dias siguientes á la entrega de la dote.

Tambien deberá el curador calificar y admitir la hipoteca ofrecida, si se negaren á hacerlo la misma madre ó la persona que haya dado la dote.

Art. 185. Pedida judicialmente la hipoteca dotal por cualquiera de las personas indicadas en el segundo párrafo del artículo 182, se observarán para su calificacion y admision las reglas siguientes:

Primera. Si la dote fuere dada por el padre, por la madre, ó por ambos, ó se constituyere con bienes propios de la hija, la calificacion y admision de la hipoteca corresponderán: en primer lugar, al padre; en su defecto, á la madre, y por falta de ambos, al curador.

Segunda. Si la dote ó bienes que deban asegurarse fueren dados por cualquiera otra persona, corresponderán á esta la calificacion y admision de la hipoteca, y solo cuando ella no las hiciere despues de requerida, podrán ejercitar igual derecho el padre, ó la madre en su defecto, y el curador á falta de ambos.

Tercera. El que deba calificar la hipoteca, podrá oponerse á su admision, bien por considerar insuficientes los bienes ofrecidos en garantía, ó bien por cualquier otra causa que pueda afectar á su

validez; mas si la oposicion no fuere fundada, el juez lo declarará así, y admitirá la hipoteca.

Art. 186. Si el marido careciere de bienes con que constituir la hipoteca de que trata el número tercero del art. 169, quedará obligado á constituirla sobre los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiriera, pero sin que esta obligacion pueda perjudicar á tercero, mientras no se inscriba la hipoteca.

Art. 187. Cuando el marido no hubiere constituido hipoteca dotal, y comenzare á dilapidar sus bienes, quedará á salvo á la mujer el derecho que le conceden las leyes para exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro, ó se pongan en administracion.

Art. 188. Los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, segun lo dispuesto en los números primero y segundo del art. 169, no se podrán enajenar, gravar ni hipotecar sino en nombre y con el consentimiento espreso de ambos cónyuges, y quedando á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitucion de los enajenados, ó los primeros que adquiriera cuando carezca de ellos al tiempo de la enajenacion.

Si cualquiera de los cónyuges fuere menor de edad, se observarán en la enajenacion de dichos bienes las reglas establecidas para este caso en la ley de Enjuiciamiento civil.

Si la mujer fuere la menor, el juez que autorice la enajenacion cuidará de que se constituya la hipoteca de que trata el párrafo primero de este artículo.

Art. 189. Los bienes propios del marido, hipotecados á la seguridad de la dote, conforme á lo dispuesto en el número tercero del artículo 169, podrán enajenarse, gravarse ó hipotecarse por el mismo marido sin los requisitos espresados en el párrafo primero del artículo anterior, siempre que esto se haga dejando subsistente la hipoteca legal constituida sobre ellos, con la prelacion correspondiente á su fecha.

Quando dicha hipoteca haya de extinguirse, reducirse, subrogarse ó posponerse, será indispensable el consentimiento de la mujer, y se aplicará lo dispuesto en el artículo precedente.

Art. 190. La mujer podrá exigir la subrogacion de su hipoteca en otros bienes del marido, segun lo dispuesto en los dos anteriores artículos, en cualquier tiempo que lo crea conveniente, desde que

haya consentido por escrito en la enajenacion ó gravámen de los inmuebles afectos á su dote, ó como condicion prévia para prestar dicho consentimiento.

Si la mujer se hallare en cualquiera de los casos previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 182, podrán tambien ejercer este derecho en su nombre las personas designadas en el mismo artículo.

Art. 191. Los bienes pertenecientes á dote inestimada, y los parafernales que se hallaren inscritos con su respectiva calidad, se sujetarán para su enajenacion á las reglas del derecho comun; y si se enajenaren, será con la obligacion de restituirlos al marido, y con sujecion á lo dispuesto en el art. 188.

Art. 192. Cuando los bienes dotales consistan en rentas ó pensiones perpétuas, si llegaren á enajenarse, se asegurará su devolucion constituyendo hipoteca por el capital que las mismas rentas ó pensiones representen, capitalizadas al interés legal.

Si las pensiones fueren temporales y pudieren ó debieren subsistir despues de la disolucion del matrimonio, se constituirá la hipoteca por la cantidad en que convengan los cónyuges, y si no se convinieren, por la que fije el juez.

Art. 193. Las disposiciones de esta ley sobre la hipoteca dotal no alteran ni modifican las contenidas en los artículos 1039, 1041 y 1114 del Código de Comercio; pero lo prevenido en el artículo 1117 del mismo no tendrá lugar cuando la dote estuviere asegurada con hipoteca anterior á los créditos que se reclamen.

§. 3.º

De la hipoteca por bienes reservables.

Art. 194. La hipoteca especial que tienen derecho á exigir los hijos menores por razon de bienes reservables, se constituirá con los requisitos siguientes:

Primero. El padre presentará al juez el inventario y tasacion pericial de los bienes que deba asegurar, con una relacion de los que ofrezca en hipoteca, acompañada de los títulos que prueben su dominio sobre ellos, y de los documentos que acrediten su valor y su libertad, ó los gravámenes á que estén afectos.

Segundo. Si el juez estimare exactas las relaciones de bienes, y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia mandando ca-

tender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren los inmuebles reservables, á fin de hacer constar esta cualidad en sus inscripciones de dominio respectivas, y se constituya la hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos á reserva, sobre los mismos inmuebles, y los de la propiedad absoluta del padre que se ofrezcan en garantía.

Tercero. Si el juez dudare de la suficiencia de la hipoteca ofrecida por el padre, podrá mandar que este practique las diligencias ó presente los documentos que juzgue convenientes á fin de acreditar aquella circunstancia.

Cuarto. Si la hipoteca no fuere suficiente, y resultare tener el padre otros bienes sobre que constituirla, mandará el juez estenderla á los que, á su juicio, basten para asegurar el derecho del hijo. Si el padre no tuviera otros bienes, mandará el juez constituir la hipoteca sobre los ofrecidos, pero espresando en la providencia que son insuficientes, y declarando la obligacion en que queda el mismo padre de ampliarla con los primeros inmuebles que adquiera.

Quinto. El acta de que trata el número segundo de este artículo espresará todas las circunstancias que deba contener la inscripción de hipoteca, y será firmada por el padre, autorizada por el escribano, y aprobada por el juez.

Sesto. Mediante la presentacion en el Registro de una copia de esta acta y del auto de su aprobacion judicial, se harán los asientos é inscripciones correspondientes para acreditar la cualidad reservable de los bienes que lo sean, y llevar á efecto la hipoteca constituida.

Art. 195. Si trascurrieren noventa dias sin presentar el padre al juzgado el expediente de que trata el artículo anterior, podrán reclamar el cumplimiento del mismo los tutores ó curadores de los hijos, si los hubiere, y en su defecto los parientes, cualquiera que sea su grado, ó el albacea del cónyuge premuerto.

El término de los noventa dias empezará á contarse desde que, por haberse contraido segundo ó ulterior matrimonio, adquieran los bienes al carácter de reservables.

Art. 196. Si concurrieren á pedir la constitucion de la hipoteca legal dos ó mas de las personas comprendidas en el artículo anterior, se dará la preferencia al que primero la haya reclamado.

Art. 197. Cuando los hijos sean mayores de edad, solo ellos podrán exigir la constitucion de la hipoteca á su favor.

Art. 198. El juez que haya aprobado el espediente de que trata el art. 194, cuidará bajo su responsabilidad, de que se hagan las inscripciones y asientos prevenidos en el número sexto del mismo artículo.

Art. 199. Si el padre no tuviese bienes que hipotecar, se instruirá tambien el espediente prevenido en el art. 194, con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía.

La providencia que en tal caso recaiga, se limitará á declarar lo que proceda sobre estos puntos, y la obligacion del padre á hipotecar los primeros inmuebles que adquiera.

Si fueren inmuebles las bienes reservables, mandará el juez que se haga constar su calidad en el registro en la forma prescrita en el art. 173.

Art. 200. Lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo anterior no será aplicable á la madre, sino en el caso de que su segundo marido no tuviere tampoco bienes que hipotecar.

Art. 201. La madre asegurará con las mismas formalidades que el padre el derecho de sus hijos á los bienes reservables, y si no tuviere bienes inmuebles propios, ó los que tenga no fueren suficientes para constituir hipoteca por la cantidad necesaria, hipotecará su segundo marido los que poseyere hasta cubrir el importe total de los que deban asegurarse.

Si entre ambos cónyuges no pudieren constituir hipoteca bastante, quedará solidariamente obligado cada uno á hipotecar los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera.

§. 4.º

De la hipoteca por razon de peculio.

Art. 202. El hijo á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal por razon de peculio, tendrá derecho:

Primero. A que los bienes inmuebles que formen parte del peculio se inscriban á su favor, si ya no lo estuvieren, con expresion de esta circunstancia.

Segundo. A que su padre asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles, pertenecientes al mismo peculio.

Art. 203. Se entenderá que no puede el padre constituir la hipoteca de que trata el artículo anterior, cuando carezca de bienes inmuebles hipotecables.

Si los que tuviere fueren insuficientes, constituirá sin embargo sobre ellos la hipoteca, sin perjuicio de ampliarla á otros que adquiera despues, en caso de que se le exija.

Art. 204. Si los hijos fueren mayores de edad, solo ellos podrán exigir la inscripcion de bienes y la constitucion de hipoteca á que les dá derecho el art. 202, procediendo para ello en la forma establecida en el art. 165.

Art. 205. Si los hijos fueren menores de edad, podrán pedir en su nombre que se hagan efectivos las derechos espresados en el art. 202:

Primeró. Las personas de quienes procedan los bienes en que consista el peculio.

Segundo. Los herederos ó albaceas de dichas personas.

Tercero. Los ascendientes del menor.

Cuarto. La madre, si estuviere legalmente separada de su marido.

Art. 206. El curador del hijo dueño del peculio estará obligado en todo caso á pedir la inscripcion de bienes y la constitucion de la hipoteca legal; y si se anticipare á hacerlo alguna de las personas indicadas en el artículo anterior, se dará á dicho curador conocimiento del espediente, el cual no se decidirá sin su audiencia.

§. 5.º

De la hipoteca por razon de tutela ó curaduría.

Art. 207. No se espedirá la Real cédula de habilitacion para continuar en la tutela ó curaduría de sus hijos á la madre que pase á segundas ó posteriores nupcias y obtenga dicha habilitacion, sin que constituya préviamente y con aprobacion del juez la hipoteca especial correspondiente.

Art. 208. Si la madre se mezclare ó continuare mezclándose en la administracion de la tutela ó curaduría, antes de constituir la hipoteca prevenida en el artículo anterior, quedará obligado su marido á prestar la que se establece en el art. 211, respondiendo con ella de las resultas de la administracion ilegal de su mujer.

Art. 209. Si la madre no constituyere la hipoteca en el término de sesenta días, contados desde la fecha del nuevo matrimonio, nombrará ó hará nombrar el juez, con arreglo á las leyes, otro tutor ó curador al huérfano ó incapacitado, bien á instancia de cualquiera de los parientes de éste, ó bien de oficio.

Art. 210. El tutor ó curador nombrado conforme á lo prevenido en el artículo anterior prestará su fianza con las formalidades prescritas en la ley de Enjuiciamiento civil, oyéndose además para su aprobacion al pariente que en su caso haya pedido el nombramiento.

Art. 211. El hijo cuya madre, siendo ó habiendo sido su tutora ó curadora, contraiga nuevo matrimonio antes de la aprobacion de las cuentas de su tutela ó curaduría, podrá exigir que el padrastro constituya sobre sus propios bienes hipoteca especial bastante á responder de las resultas de dichas cuentas.

Art. 212. Si el hijo fuere menor de edad, deberán pedir en su nombre la constitucion de la hipoteca de que trata el artículo anterior, y calificar la suficiencia de la que se ofreciere:

Primero. El tutor ó curador del mismo hijo.

Segundo. El curador para pleitos, si lo tuviere nombrado.

Tercero. Cualquiera de los parientes del hijo por la línea paterna.

Cuarto. En defecto de todos estos, los parientes de la línea materna.

Art. 213. Si concurrieren á pedir la hipoteca dos ó mas de las personas indicadas en el artículo anterior, será preferida para la prosecucion del expediente la que corresponda siguiendo el orden prescrito en el mismo artículo.

Si concurrieren dos ó mas parientes de una misma línea, se entenderá con todos el procedimiento, siempre que convengan en litigar unidos.

Art. 214. Los tutores ó curadores obligados á dar fianza, deberán constituir hipoteca especial á favor de las personas que tengan bajo su guarda, con sujecion á lo dispuesto en el título III, parte segunda de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 215. Si la hipoteca constituida por el tutor ó curador llegare á ser insuficiente, el juez exigirá á su prudente arbitrio una ampliacion de fianza, ó adoptará las providencias oportunas para asegurar los intereses del menor ó incapacitado.

Art. 216. La ampliacion de fianza de que trata el artículo anterior, podrá pedirse por cualquiera persona, ó decretarse de oficio en cualquier tiempo en que el juez lo estime conveniente; pero guardándose en todo caso las formalidades prevenidas en la ley de Enjuiciamiento civil para la constitucion de la primera fianza.

Si el juez no creyere procedente exigir dicha ampliacion, deberá disponer el depósito del sobrante de las rentas ó la imposicion de los fondos conforme á lo determinado en los números cuarto y quinto del art. 1272 de la citada ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 217. Las direcciones generales, los gobernadores de las provincias y los alcaldes deberán exigir la constitucion de hipotecas especiales sobre los bienes de los que manejen fondos públicos ó contraten con el Estado, las provincias ó los pueblos, en todos los casos y en la forma que prescriban los reglamentos administrativos.

Art. 218. El Estado tendrá preferencia sobre cualquiera otro acreedor para el cobro de una anualidad de los impuestos que graven á los inmuebles.

Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente á dicha anualidad, podrá exigir el Estado una hipoteca especial en la forma que determinen los reglamentos administrativos.

§. 6.º

De otras hipotecas legales.

Art. 219. El asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho á exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho los premios del seguro de dos ó mas años, ó dos ó mas de los últimos dividendos, si el seguro fuere mútuo.

Art. 220. Mientras no se devenguen los premios de los dos años, ó los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos.

Art. 221. Devengados y no satisfechos los dos dividendos, ó las dos anualidades de que tratan los dos artículos anteriores, deberá constituirse la hipoteca por toda la cantidad que se debiere, y la inscripcion no surtirá efecto sino desde su fecha.

:

TÍTULO VI.

DEL MODO DE LLEVAR LOS REGISTROS.

Art. 222. El Registro que segun el artículo 1.º de esta ley debe haber en cada pueblo cabeza de partido judicial, se llevará en libros foliados y rubricados por el juez de primera instancia del mismo partido, ó por el decano donde hubiere mas de uno.

Art. 223. Los libros espresados en el artículo anterior serán uniformes para todos los Registros, y se formarán bajo la direccion del Ministerio de Gracia y Justicia, con todas las precauciones convenientes, á fin de impedir cualesquiera fraudes ó falsedades que pudieran cometerse en ellos.

Art. 224. Solo harán fé los libros que lleven los Registradores formados con arreglo á lo prevenido en el artículo anterior.

Art. 225. Los libros del Registro no se sacarán por ningun motivo de la oficina del Registrador; todas las diligencias judiciales y extrajudiciales que exijan la presentacion de dichos libros, se ejecutarán precisamente en la misma oficina.

Art. 226. El Registro se dividirá en dos secciones: una que se titulará de la *Propiedad*, y otra de las *Hipotecas*.

Cada seccion se llevará en libros diferentes, numerados por órden de antigüedad.

Art. 227. La seccion del Registro titulada de la *Propiedad*, comprenderá todas las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones de los títulos sujetos á inscripcion, segun los arts. 2.º y 5.º, con escepcion de las inscripciones, anotaciones y cancelaciones de las hipotecas.

Art. 228. El Registro de la *Propiedad* se llevará abriendo uno particular á cada finca en el libro correspondiente, asentando por primera partida de él la primera inscripcion que se pida relativa á la misma finca, siempre que sea de traslacion de propiedad.

Cuando no sea de esta especie la primera inscripcion que se pida, se trasladará al Registro la última de dominio que se haya hecho en los libros antiguos á favor del propietario cuya finca quede gravada por la nueva inscripcion. Todas las inscripciones y cancelaciones posteriores se asentarán á continuacion, sin dejar claros entre unos y otros asientos.

Art. 229. Los asientos relativos á cada finca se numerarán correlativamente, y se firmarán por el Registrador.

Art. 230. La seccion del Registro titulada de las *Hipotecas* se llevará en dos libros : uno *por orden de fechas*, y otro *por orden alfabético*.

Art. 231. En el libro llevado por orden de fechas, se asentarán todas las inscripciones y cancelaciones de hipotecas que deban hacerse, así como las notas marginales que á las mismas hagan referencia.

Los asientos se numerarán por el mismo orden.

Art. 232. En el libro de hipotecas llevado por orden alfabético se colocarán los asientos en la letra que corresponda á la inicial del apellido del dueño del inmueble hipotecado.

Art. 233. Los folios del libro de hipotecas por orden alfabético, estarán divididos en cinco columnas, en cada una de las cuales se anotará :

En la primera, el nombre del que constituya la hipoteca.

En la segunda, la fecha y clase del título en cuya virtud se haya constituido.

En la tercera, el número que tuviere en el Registro la finca hipotecada ó la gravada con el derecho hipotecario y el número de la inscripcion de este.

En la cuarta, la fecha en que se haya hecho la inscripcion, el tomo y folio del Registro por orden de fechas en que la misma se halle, y el número que tuviere en dicho Registro.

En la quinta, la cancelacion, cuando se haga, espresando la fecha del título y la del asiento de ella.

Art. 234. El registro por orden alfabético se considerará como indice del llevado por orden de fechas. Los asientos que en él se hagan no surtirán por sí solos los efectos de las inscripciones, pero servirán de prueba, á juicio de los tribunales, en las cuestiones que se susciten sobre la validez de las mismas inscripciones.

Art. 235. La falta de asiento de una inscripcion en el libro por orden alfabético no afectará á la validez de la misma, si se hallare estendida en el Registro por orden de fechas con las formalidades correspondientes.

Art. 236. Cuando no haya conformidad entre la inscripcion hecha en el libro llevado por orden de fechas y el asiento del Registro alfabético, hará fé la primera.

Art. 237. El Registrador autorizará con firma entera los asientos de presentación del diario, las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones del Registro de la propiedad, y las del Registro de las hipotecas por orden de fechas: con media firma las notas marginales y los asientos de referencia de hipotecas que hagan en el mismo Registro de la propiedad, y con rúbrica solamente, los asientos del Registro de las hipotecas por orden alfabético.

Art. 238. Los Registradores llevarán además un libro llamado *Diario*, donde en el momento de presentarse cada título, estenderán un breve asiento de su contenido.

Art. 239. Los asientos del diario se numerarán correlativamente en el acto de ejecutarlos.

Art. 240. Los asientos de que trata el artículo anterior se estenderán por el orden con que se presenten los títulos, sin dejar claros ni huecos entre ellos, y espresarán:

Primero. El nombre, apellido y vecindad del que presente el título.

Segundo. La hora de su presentación.

Tercero. La especie del título presentado, su fecha, y autoridad ó escribano que lo suscriba.

Cuarto. La especie de derecho que se constituya, transmita, modifique ó estinga por el título que se pretenda inscribir.

Quinto. La naturaleza de la finca ó derecho real que sea objeto del título presentado, con espresion de su situación, su nombre y su número, si lo tuviere.

Sesto. El nombre y apellido de la persona á cuyo favor se pretenda hacer la inscripción.

Sétimo. La firma del Registrador y de la persona que presenta el título, ó de un testigo, si este no pudiere firmar.

Art. 241. Cuando el Registrador estienda en el libro correspondiente la inscripción, anotación preventiva ó cancelación á que se refiera el asiento de presentación, lo espresará así al margen de dicho asiento indicando el tomo y fólío en que aquella se hallare, así como el número que tuviere la finca en el Registro, y el que se haya dado á la misma inscripción solicitada.

Art. 242. Todos los dias no feriados, á la hora previamente señalada para cerrar el Registro, en la forma que determinen los reglamentos, se cerrará el diario por medio de una diligencia que estenderá y firmará el Registrador inmediatamente despues del último

asiento que hubiere hecho. En ella se hará mención del número de asientos que se hayan estendido en el día, ó de la circunstancia, en su caso, de no haberse verificado ninguno.

Si llegare la hora de cerrar el Registro antes de concluir un asiento, se continuará éste hasta su conclusion, pero sin admitir entre tanto ningun otro título, y espresando aquella circunstancia en la diligencia de cierre.

Art. 243. Las inscripciones hechas en dias feriados serán nulas.

Art. 244. Al pié de todo título que se inscriba en el Registro de la propiedad ó en el de las hipotecas pondrá el Registrador una nota firmada por él, que espresé la especie de inscripcion que se haya hecho, la seccion del Registro, tomo y fólío en que se halle, el número de la finca, y el de la inscripcion ejecutada.

Art. 245. Ninguna inscripcion se hará en el Registro de la propiedad sin que se acredite préviamente el pago de los impuestos establecidos ó que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto ó contrato que se pretenda inscribir.

Art. 246. No obstante lo prevenido en el artículo anterior, podrá estenderse el asiento de presentacion antes que se verifique el pago del impuesto; mas en tal caso se suspenderá la inscripcion y se devolverá el título al que lo haya presentado, á fin de que en su vista se liquide y satisfaga dicho impuesto.

Pagado éste, volverá el interesado á presentar el título en el Registro, y se estenderá la inscripcion.

Art. 247. La liquidacion del impuesto que deba pagarse en cada caso se hará por las oficinas de Hacienda pública en la forma que determinen los reglamentos.

Art. 248. Las cartas de pago de los impuestos satisfechos por actos ó contratos sujetos á inscripcion, se estenderán por duplicado, y se entregarán ambos ejemplares á la persona que los satisfaga.

Uno de estos ejemplares se presentará y quedará archivado en el Registro.

El Registrador que no conservare dicho ejemplar, será responsable directamento de los derechos que hayan dejado de satisfacerse á la Hacienda.

Art. 249. Para que en virtud de providencia judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el juez por duplicado el mandamiento correspondiente.

El Registrador devolverá uno de los ejemplares al mismo juez

que lo haya dirigido, ó al interesado que lo haya presentado, con nota firmada por él, en que espese quedar cumplido, y conservará el otro en su oficio, estendiendo en él una nota rubricada igual á la que hubiere puesto en el ejemplar devuelto.

Estos documentos se archivarán enlegajados, numerándolos por el orden de su presentacion.

Art. 250. Los Registradores conservarán tambien en legajos por orden de fechas y numerados los títulos de otra especie en cuya virtud cancelen total ó parcialmente alguna hipoteca, pero poniendo préviamente en ellos la nota á que se refiere el art. 244.

Art. 251. Los demás títulos que se presenten al Registro se devolverán á los interesados con la nota prevenida en el art. 244, despues de haber hecho de ellos el uso que corresponda.

Art. 252. Los interesados en una inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion, podrán exigir que, antes de hacerse en el libro el asiento principal de ella, se les dé conocimiento de la minuta del mismo asiento.

Si notaren en ella algun error ú omision importante, podrán pedir que se subsane, acudiendo al Regente ó su delegado, en el caso de que el Registrador se negare á hacerlo.

El Regente ó su delegado resolverá lo que proceda sin forma de juicio y en el término de seis dias.

Art. 253. Siempre que se dé al interesado conocimiento de la minuta en la forma prevenida en el artículo anterior y manifieste su conformidad, ó no manifestándola decida el Regente la forma en que aquella se deba estender, se hará mencion de una ú otra circunstancia en el asiento respectivo.

TITULO VII.

DE LA RECTIFICACION DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO.

Art. 254. Los Registradores podrán rectificar por sí, bajo su responsabilidad, los errores materiales cometidos:

Primero. En los asientos principales de inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion que existan en el Registro de la propiedad ó en el de las hipotecas por orden de fechas, y cuyos respectivos títulos se conserven en el Registro.

Segundo. En los asientos de presentacion, notas marginales,

indicaciones de referencia y asientos del Registro de las hipotecas por orden alfabético, aunque los títulos no obren en la oficina del Registro, siempre que la inscripción principal respectiva baste para dar á conocer el error y sea posible rectificarlo por ella.

Tercero. En los mismos asientos comprendidos en el párrafo anterior, cuando la inscripción principal no baste para dar á conocer el error, pero exista en el Registro el título de ella.

Art. 255. Los Registradores no podrán rectificar sin la conformidad del interesado que tenga en su poder el título inscrito, ó sin una providencia judicial en su defecto, los errores materiales cometidos:

Primero. En inscripciones, anotaciones preventivas ó cancelaciones comprendidas en el Registro de la propiedad ó en el de las hipotecas por orden de fechas, y cuyos títulos no existan en el Registro.

Segundo. En asientos de presentación, notas marginales, indicaciones de referencia ó asientos de Registro de las hipotecas por orden alfabético, cuando dichos errores no puedan comprobarse por las inscripciones principales respectivas, y no existan tampoco los títulos en la oficina del registro.

Art. 256. Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones ó cancelaciones, ó en otros asientos referentes á ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectifican sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, ó una providencia judicial que lo ordene.

Los mismos errores cometidos en asientos de presentación, notas marginales, indicaciones de referencia y asientos del Registro de las hipotecas por orden alfabético, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlos á conocer, podrá rectificarlos por sí el Registrador.

Art. 257. El Registrador ó cualquiera de los interesados en una inscripción podrá oponerse á la rectificación que otro solicite por causa de error de concepto, siempre que á su juicio esté conforme el concepto que se suponga equivocado con el correspondiente en el título á que la inscripción se refiera.

La cuestión que se suscite con este motivo se decidirá en juicio ordinario.

Art. 258. Cuando los errores materiales ó de concepto produzcan la nulidad de la inscripción, conforme al art. 5 J, no habrá lu-

gar á rectificaciones, y se pedirá y declarará por quien corresponda dicha nulidad.

Art. 259. Se entenderá que se comete error material para el efecto de los anteriores artículos, cuando sin intencion conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresion de alguna circunstancia cuya falta no sea causa de nulidad, ó se equivoquen los nombres propios ó las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por eso el sentido general de la inscripcion, ni el de ninguno de sus conceptos.

Art. 260. Se entenderá que se comete error de concepto, cuando al espresar en la inscripcion alguno de los contenidos en el título, se altere ó varíe su sentido, sin que esta falta produzca necesariamente la nulidad, conforme á lo prevenido en el art. 30.

Art. 261. Los errores materiales que se cometan en la redaccion de los asientos no podrán salvarse con enmiendas, tachas ni raspaduras, ni por otro medio que un asiento nuevo, en el cual se espresé y rectifique claramente el error cometido en el anterior.

Art. 262. Los errores de concepto se rectificarán por medio de una nueva inscripcion, la cual se hará por medio de la presentacion del mismo título ya inscrito, si el Registrador reconociere su error, ó el Juez lo declarare; y en virtud de un título nuevo si el error fuere producido por la redaccion vaga, ambigua ó inexacta del título primitivo, y las partes convinieren en ello, ó lo declarare así una sentencia judicial.

Art. 263. Siempre que se haga la rectificacion en virtud del mismo título antes presentado, serán todos los gastos y perjuicios que se originen de cuenta del Registrador.

En el caso de necesitarse un título nuevo, pagarán los interesados los gastos de la nueva inscripcion y los demás que la rectificacion ocasione.

Art. 264. El concepto rectificado no surtirá efecto en ningun caso, sino desde la fecha de la rectificacion.

TITULO VIII.

DE LA DIRECCION É INSPECCION DE LOS REGISTROS.

Art. 265. Los Registros dependerán esclusivamente del Ministerio de Gracia y Justicia.

Art. 266. Se establecerá, bajo la dependencia inmediata del

mismo Ministro de Gracia y Justicia, una *Direccion general del Registro de la propiedad*.

Art. 267. Corresponderá á la Direccion general que se establece por el artículo anterior:

Primero. Proponer al Ministro de Gracia y justicia, ó adoptar por sí en los casos que determinen los reglamentos, las disposiciones necesarias para el establecimiento de los Registros de la propiedad en todo el reino, y para asegurar en ellos la observancia de esta ley y de los reglamentos que se dicten para su ejecucion.

Segundo. Instruir los espedientes que se formen para la provision de los Registros vacantes, ó la separacion de los Registradores, proponiendo la resolucion definitiva que en cada caso proceda con arreglo á la ley.

Tercero. Resolver las dudas que se ofrezcan á los funcionarios encargados de la aplicacion de esta ley, en cuanto no exijan disposiciones de carácter general que deban adoptarse por el Ministro de Gracia y Justicia.

Cuarto. Formar y publicar los estados del movimiento de la propiedad con arreglo á los datos que suministren los Registradores.

Quinto. Ejercer la alta inspeccion y vigilancia en todos los Registros del Reino, entendiéndose para ello con los Regentes de las Audiencias y aun con los Jueces de primera instancia, y los mismos Registradores cuando lo crean conveniente al mejor servicio.

Las demás atribuciones de la Direccion, su organizacion y planta, se fijarán por un Real decreto.

Art. 268. Los Regentes de las Audiencias serán inspectores de los Registros de su territorio, y ejercerán inmediatamente las facultades que en tal concepto les corresponden por medio de los Jueces de primera instancia de los partidos respectivos, quienes serán para este efecto sus delegados.

En los partidos donde haya mas de un Juez, ejercerá la delegacion el que el Regente designe.

Art. 269. Los Regentes ó sus delegados visitarán los Registros el dia último de cada trimestre, estendiendo acta espresiva del estado en que los encuentren.

Art. 270. Los Regentes podrán, además de la visita ordinaria trimestral, practicar por sí ó por medio de sus delegados las extraordinarias que juzguen convenientes, bien generales á toda

el Registro, ó bien parciales á determinados libros del mismo.

Para las visitas extraordinarias podrá delegar el Regente sus facultades, si lo creyere necesario, en un Magistrado de la Audiencia.

Art. 271. Los delegados remitirán á los Regentes las actas espresadas en el art. 269 dentro de los tres dias siguientes al en que termine la visita.

Art. 272. Los Regentes darán cada seis meses al Ministerio de Gracia y Justicia un parte circunstanciado del estado en que se hallaren los Registros sujetos á su inspeccion y autoridad.

Art. 273. Si los Regentes notaren alguna falta de formalidad por parte de los Registradores en el modo de llevar los Registros, ó cualquier infraccion de la ley ó de los reglamentos para su ejecucion, adoptarán las disposiciones necesarias para corregirlas, y en su caso penarlas con arreglo á la misma ley.

Si la falta ó infraccion notada pudiere ser calificada de delito, pondrán al culpable á disposicion de los tribunales.

Art. 274. Si el Regente notare que algun Registrador no hubiere prestado fianza ó no hubiere depositado la cuarta parte de sus honorarios, conforme á lo dispuesto en el art. 305, lo suspenderá en el acto.

Art. 275. Siempre que el Regente suspenda á algun Registrador, nombrará otro que le reemplace interinamente, y dará cuenta justificada de los motivos que para ello hubiere tenido el Ministro de Gracia y Justicia.

Art. 276. Los Registradores consultarán directamente con el Regente ó con el Juez su delegado cualquiera duda que se les ofrezca sobre la inteligencia y ejecucion de esta ley ó de los reglamentos que se dicten para aplicarla.

Si consultado el Juez de primera instancia dudare sobre la resolucion que se deba adoptar, elevará la consulta con su informe al Regente.

Si consultado el Regente por el Juez ó por el Registrador tuviere la misma duda, elevará la consulta al Gobierno.

Art. 277. Siempre que la duda que dé lugar á la consulta del Registrador impida estender algun asiento principal en el Registro de la propiedad ó en el de las hipotecas por orden de fechas, se hará una anotacion preventiva en el libro correspondiente, la cual surtirá todos los efectos de la prevenida en el párrafo octavo del art. 42.

La resolución á la consulta en tal caso se comunicará precisamente al Registrador en el término de los sesenta dias señalados para la duracion de dichas anotaciones en el art. 96.

Si no se comunicare dicha resolución en el término espresado, continuará produciendo su efecto la anotacion.

Art. 278. Por la anotacion preventiva de que trata el artículo anterior, no se llevará al interesado derecho alguno.

TITULO IX.

DE LA PUBLICIDAD DE LOS REGISTROS.

Art. 279. Los Registros serán públicos para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales inscritos.

Art. 280. Los Registradores pondrán de manifiesto los Registros en la parte necesaria á las personas que á su juicio tengan interés en consultarles, sin sacar los libros del oficio y con las precauciones convenientes para asegurar su conservacion.

Art. 281. Los Registradores expedirán certificaciones:

Primero. De los asientos de todas clases que existan en el Registro relativos á bienes que los interesados señalen.

Segundo. De asientos determinados que los mismos interesados designen, bien fijando los que sean, ó bien refiriéndose á los que existan de una ó mas especies sobre ciertos bienes.

Tercero. De las inscripciones hipotecarias y cancelaciones de la misma especie, hechas á cargo ó en provecho de personas señaladas.

Cuarto. De no existir asientos de ninguna especie ó de especie determinada sobre bienes señalados, ó á cargo de ciertas personas.

Art. 282. Las certificaciones espresadas en el artículo anterior podrán referirse, bien á un periodo fijo y señalado, ó bien á todo el trascurrido desde la primitiva instalacion del Registro respectivo.

Art. 283. La libertad ó gravámen de los bienes inmuebles ó derechos reales solo podrá acreditarse en perjuicio de tercero, por la certificacion de que trata el artículo precedente.

Art. 284. Cuando las certificaciones de que trata el art. 281 no fueren conformes con los asientos de su referencia, se estará á lo que de estos resulte, salva la accion del perjudicado por ellas

para exigir la indemnizacion correspondiente del Registrador que haya cometido la falta.

Art. 285. Los Registradores no espedirán las certificaciones de que tratan los anteriores artículos, sino á instancia por escrito del que, á su juicio, tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble ó derecho real de que se trate, ó en virtud de mandamiento judicial.

Art. 286. Cuando el Registrador se negare á manifestar el Registro, ó á dar certificacion de lo que en él conste, podrá el que lo haya solicitado acudir en queja al Regente de la Audiencia, si residiere en el mismo lugar, ó al Juez de primera instancia del partido, en cualquier otro caso.

El Regente ó el Juez decidirá, oyendo al Registrador.

Si la decision fuere del Juez, podrá recurrirse al Regente en queja.

Art. 287. Las solicitudes de los interesados, y los mandamientos de los Jueces en cuya virtud deban certificar los Registradores, espresarán con toda claridad:

Primero. La especie de certificacion que, con arreglo al artículo 284, se exija, y si ha de ser literal ó en relacion.

Segundo. Las noticias que, segun la especie de dicha certificacion, basten para dar á conocer al Registrador los bienes ó personas de que se trate.

Tercero. El período á que la certificacion deba contraerse.

Art. 288. Las certificaciones se darán de los asientos del Registro de la propiedad ó del de las hipotecas por orden de fechas, ó de ambos á la vez, segun fuere su clase.

Tambien se darán de los asientos del diario, cuando al tiempo de espedirla existiere alguno pendiente de inscripcion en dichos Registros que debiera comprenderse en la certificacion pedida, y cuando se trate de acreditar la libertad de alguna finca, ó la no existencia de algun derecho.

Art. 289. Los Registradores no certificarán de los asientos del Registro de las hipotecas por orden alfabético, ni de los del diario, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo anterior, sino cuando el Juez lo mande, ó los interesados lo pidan espresamente.

Art. 290. Las certificaciones se espedirán literales ó en relacion, segun se mandaren dar ó se pidieren.

Las certificaciones literales comprenderán íntegramente los asientos á que se refieran.

Las certificaciones en relacion espresarán todas las circunstancias que los mismos asientos contuvieren, necesarias para su validez, segun el art. 30, las cargas que á la sazón pesen sobre el inmueble ó derecho inscrito, segun la inscripcion relacionada, y cualquiera otro punto que el interesado señale, ó juzgue importante el Registrador.

Art. 291. Los Registradores, prévio exámen de los libros, entenderán las certificaciones, con relacion únicamente á los bienes, personas y periodos designados en la solicitud ó mandamiento, sin referir en ellas mas asientos ni circunstancias que los exigidos, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 288 y en el 292, pero sin omitir tampoco ninguno que pueda considerarse comprendido en los términos de dicho mandamiento ó solicitud.

Art. 292. Cuando se pidiere ó mandare dar certificacion de una inscripcion señalada, bien literal ó bien en relacion, y la que se señalaré estuviere cancelada, el Registrador insertará á continuacion de ella copia literal del asiento de cancelacion.

Art. 293. Cuando se pidiere certificacion de los gravámenes que tuviere sobre sí un inmueble, y no apareciere del Registro ninguno vigente impuesto en la época ó por las personas designadas, lo espresará así el Registrador, refiriéndose á cada uno de los libros de los dos Registros, y al diario.

Si resultare algun gravámen, lo insertará literal ó en relacion, conforme á lo prevenido en el art. 290, espresando á continuacion que no aparece ningun otro subsistente.

Art. 294. Cuando el Registrador dudare si está subsistente una inscripcion, por dudar tambien de la validez ó eficacia de la cancelacion que á ella se refiera, insertará á la letra ambos asientos en la certificacion, cualquiera que sea la forma de esta, espresando que lo hace así por haber dudado si dicha cancelacion tenia todas las circunstancias necesarias para producir sus efectos legales, y los motivos de la duda.

Art. 295. Los Registradores expedirán las certificaciones que se les pidan en el mas breve término posible, pero sin que este pueda esceder nunca del correspondiente á cuatro dias por cada finca cuyas inscripciones, libertad ó gravámenes se trate de acreditar.

Art. 296. Trascurrido el término prefijado en el artículo ante-

nior, podrá acudir el interesado al Regente ó á su delegado solicitando le admita justificacion de la demora, y procediendo conforme á lo prevenido en el art. 286.

TITULO X.

DEL NOMBRAMIENTO, CUALIDADES Y DEBERES DE LOS REGISTRADORES.

Art. 297. Cada Registro estará á cargo de un Registrador.

Art. 298. Para ser nombrado Registrador se requiere:

Primero. Ser mayor de 25 años.

Segundo. Ser abogado.

Tercero. Haber desempeñado funciones judiciales ó fiscales, ó ejercido la abogacía cuatro años por lo menos.

Art. 299. No podrán ser nombrados Registradores:

Primero. Los fallidos ó concursados que no hayan obtenido rehabilitacion.

Segundo. Los deudores al Estado ó á fondos públicos como segundos contribuyentes ó por alcance de cuentas.

Tercero. Los procesados criminalmente, mientras lo estuvieren.

Cuarto. Los condenados á penas aflictivas mientras no obtengan rehabilitacion.

Art. 300. El cargo de Registrador será incompatible con el de juez de paz, alcalde, notario, y con cualquiera empleo dotado con fondos del Estado, de las provincias ó de los pueblos.

Art. 301. En cada Registro habrá los oficiales y auxiliares que el Registrador necesite, nombre y retribuya, los cuales desempeñarán los trabajos que el mismo les encomiende, pero bajo su única y esclusiva responsabilidad.

Art. 302. El nombramiento de los Registradores se hará por el Ministerio de Gracia y Justicia.

Art. 305. Antes de proceder al nombramiento de los Registradores anunciará el Gobierno las plazas vacantes en la *Gaceta de Madrid* y en los *Boletines oficiales* de las provincias respectivas, para que dentro de los treinta días siguientes á la publicacion del anuncio puedan presentar sus solicitudes documentadas los aspirantes que se crean con las cualidades necesarias para obtenerlos.

Art. 304. Los que sean nombrados Registradores no podrán ser puestos en posesion de su cargo, sin que presten previamente una fianza cuyo importe fijarán los reglamentos.

Art. 305. Si anunciada una vacante en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín oficial* de la provincia respectiva, no se presentará á solicitarla quien pueda prestar fianza, la proveerá el Gobierno sin dicha fianza prévia; pero en este caso el nombrado deberá depositar en la caja general de depósitos, en algun banco autorizado por la ley, ó en sus comisionados, la cuarta parte de los honorarios que devengue hasta completar la suma de la garantía.

Art. 306. El depósito, ó la fianza en su caso, de que trata el artículo anterior, no se devolverá al Registrador hasta tres años después de haber cesado en su cargo, durante cuyo tiempo se anunciará cada seis meses por el Juez dicha devolución en el *Boletín* y periódicos oficiales de la provincia y en la *Gaceta de Madrid*, á fin de que llegue á noticia de todos aquellos que tengan alguna acción que deducir contra el mismo Registrador.

Art. 307. La fianza de los Registradores y el depósito en su caso, quedarán afectos, mientras no se devuelvan, á la responsabilidad en que aquellos incurran por razón de su cargo con preferencia á cualesquiera otras obligaciones de los mismos Registradores.

Art. 308. Los Registradores no podrán ser removidos sino por sentencia judicial ó por el Gobierno, en virtud de expediente instruido por el Regente con audiencia del interesado é informe del Juez del partido.

Para que la remoción pueda decretarse por el Gobierno, se deberá acreditar en el expediente alguna falta cometida por el Registrador en el ejercicio de su cargo, ó que le haga desmerecer en el concepto público.

Art. 309. Luego que los Registradores tomen posesión del cargo, propondrán al Regente el nombramiento de un sustituto que los reemplace en sus ausencias y enfermedades, pudiendo elegir para ello bien á alguno de los oficiales del mismo Registro, ó bien á otra persona de su confianza.

Si el Regente se conformare con la propuesta, expedirá desde luego el nombramiento al sustituto. Si no se conformare por algun motivo grave, mandará al Registrador que le proponga otra persona.

El sustituto desempeñará sus funciones bajo la responsabilidad del Registrador, y será removido siempre que este lo solicite.

Art. 310. Los Registradores formarán en fin de cada año tres estados duplicados y espresivos:

El primero, de las enajenaciones de inmuebles hechas durante el año, sus precios líquidos, y derechos pagados por ellos á la Hacienda pública.

El segundo, de los derechos de usufructo, uso, habitacion, servidumbres, censos y otros cualesquiera reales impuestos sobre los inmuebles, con exclusion de las hipotecas, sus valores en capital y renta, y derechos pagados por ellos á la Hacienda pública.

El tercero, de las hipotecas constituidas, número de fincas hipotecadas, importe de los capitales asegurados por ellas, cancelaciones de hipotecas verificadas, número de fincas liberadas y de capitales reintegrados.

El reglamento determinará las demás circunstancias que deban espresar dichos estados, y la manera de redactarlos.

Art. 311. Los Registradores remitirán antes del día 1.º de abril los estados espresados en el artículo anterior á los Regentes de las Audiencias, los cuales los dirigirán al Ministerio de Gracia y Justicia antes del 1.º de junio, con las observaciones que estimen convenientes.

El Ministro de Gracia y Justicia remitirá antes del 1.º de agosto uno de dichos estados al de Hacienda para su conocimiento.

Art. 312. Los Registradores percibirán los honorarios que se establecen por esta ley, y costearán los gastos necesarios para conservar y llevar los Registros.

TÍTULO XI.

DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS REGISTRADORES.

Art. 313. Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus fianzas, y en segundo con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen:

Primero. Por no asentar en el diario, no inscribir ó no anotar preventivamente en el término señalado en la ley los títulos que se presenten al Registro.

Segundo. Por error ó inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas ó notas marginales.

Tercero. Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción ó anotacion, ú omitir el asiento de alguna nota marginal en el término correspondiente.

Cuarto. Por cancelar alguna inscripcion, anotacion preventiva ó nota marginal sin el título y requisitos que exige esta ley.

Quinto. Por error ú omision en las certificaciones de inscripcion ó de libertad de los inmuebles ó derechos reales, ó por no espedir dichas certificaciones en el término señalado en esta ley.

Art. 314. Los errores, inexactitudes ú omisiones espresados en el artículo anterior, no serán imputables al Registrador cuando tengan su origen en algun defecto del mismo título inscrito, y no sea de los que notoriamente, y segun los artículos 19, número octavo del 42, 100 y 101, debieran haber motivado la denegacion ó la suspension de la inscripcion, anotacion ó cancelacion.

Art. 315. La rectificacion de los errores cometidos en asientos de cualquiera especie, y que no traigan su origen de otros cometidos en los respectivos títulos, no librárá al Registrador de la responsabilidad en que puede incurrir por los perjuicios que hayan ocasionado los mismos asientos antes de ser rectificadas.

Art. 316. El Registrador será responsable con su fianza y con sus bienes de las indemnizaciones y multas á que puedan dar lugar los actos de su suplente, mientras esté á su cargo el Registro.

Art. 317. El que por error, malicia ó negligencia del Registrador perdiere un derecho real ó la accion para reclamarlo, podrá exigir desde luego del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido.

El que por las mismas causas pierda solo la hipoteca de una obligacion, podrá exigir que el Registrador, á su eleccion, ó le proporcione otra hipoteca igual á la perdida, ó deposite desde luego la cantidad asegurada para responder en su día de dicha obligacion.

Art. 318. El que por error, malicia ó negligencia del Registrador quede libre de alguna obligacion inscrita será responsable solidariamente con el mismo Registrador del pago de las indemnizaciones á que este sea condenado por su falta.

Art. 319. Siempre que en el caso del artículo anterior, indemnice el Registrador al perjudicado, podrá repetir la cantidad que por tal concepto pagare del que por su falta haya quedado libre de la obligacion inscrita.

Cuando el perjudicado dirigiere su accion contra el favorecido por dicha falta, no podrá repetir contra el Registrador, sino en el caso de que no llegue á obtener toda la indemnizacion reclamada, ó alguna parte de ella.

Art. 320. La accion civil que con arreglo al art. 317 ejercite el perjudicado por las faltas del Registrador, no impedirá ni detendrá el uso de la penal que en su caso proceda conforme á las leyes.

Art. 321. Toda demanda que haya de deducirse contra el Registrador para exigirle la responsabilidad, se presentará y sustanciará ante el juzgado á cuyo partido corresponda el Registro en que se haya cometido la falta.

En las capitales de provincia donde haya mas de un juzgado, se presentarán dichas demandas ante el juez decano.

Art. 322. Las infracciones de esta ley, ó de los reglamentos que se espidan para su ejecucion, cometidas por los Registradores, aunque no causen perjuicio á tercero, ni constituyan delito, serán castigadas sin formacion de juicio por los Regentes, con multa de 20 á 200 duros.

Art. 323. Las sentencias ejecutorias que se dicten condenando á los Registradores á la indemnizacion de daños y perjuicios se publicarán en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletin oficial* de la provincia, si hubieren de hacerse efectivas con la fianza, por no satisfacer el condenado el importe de la indemnizacion.

En virtud de este anuncio, podrán deducir sus respectivas demandas los que se crean perjudicados por otros actos del mismo Registrador, y si no lo hicieren en el término de noventa dias, se llevará á efecto la sentencia.

Art. 324. Si se dedujeren dentro del término de los noventa dias algunas reclamaciones, continuará suspendida la ejecucion de la sentencia hasta que recaiga sobre ellas ejecutoria, á no ser que la fianza bastare notoriamente para cubrir el importe de dichas reclamaciones despues de cumplida la ejecutoria.

Art. 325. Cuando la fianza no alcanzare á cubrir todas las reclamaciones que se estimen procedentes, se prorrateará su importe entre los que las hayan formulado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad de los demás bienes de los Registradores.

Art. 326. El Regente suspenderá desde luego al Registrador condenado por ejecutoria á la indemnizacion de daños y perjuicios, si en el término de diez dias no completare ó repusiere su fianza, ó no asegurare á los reclamantes las resultas de los respectivos juicios.

Art. 327. El perjudicado por los actos de un Registrador que no

deduzca su demanda en el término de los noventa días señalados en el artículo 323, deberá ser indemnizado con lo que restare de la fianza ó de los bienes del mismo Registrador, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 318.

Art. 328. Si admitida la demanda de indemnizacion, no pareciere bastante para asegurar su importe el de la fianza, deberá el Juez decretar á instancia del actor una anotacion preventiva sobre los bienes del Registrador.

Art. 329. Cuando un Registrador fuere condenado á la vez á la indemnizacion de daños y perjuicios y al pago de multas, se abonarán con preferencia los primeros.

Art. 330. El término para la devolucion de las fianzas deberá contarse desde que el interesado deje de ejercer el cargo del Registrador, y no desde que cese en un Rêgistro para pasar á otro.

Art. 331. Al Registrador que pase de un Registro de mayor fianza á otro que la exija menor, no se le devolverá la diferencia, sino en el plazo y con las condiciones que prescribe el art. 306.

Art. 332. La accion para pedir la indemnizacion de los daños y perjuicios causados por los actos de los Registradores, prescribirá al año de ser conocidos los mismos perjuicios por el que pueda reclamarlos, y no durará en ningun caso mas tiempo que el señalado por las leyes comunes para la prescripcion de las acciones personales, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida.

Art. 333. El Juez ante quien fuere demandado un Registrador para la indemnizacion de perjuicios causados por sus actos, dará parte inmediatamente de la demanda al Regente de quien dependa el mismo Registrador.

El Regente en su vista deberá mandar al Juez que disponga la anotacion preventiva de que trata el art. 328, si la creyere procedente y no estuviere ordenada, previniéndole al mismo tiempo que le dé cuenta de los progresos del litigio en períodos señalados.

El que ausente noventa días no agitare el curso de la demanda que hubiere deducido, se entenderá que renuncia á su derecho.

TÍTULO XII.

DE LOS HONORARIOS DE LOS REGISTRADORES.

Art. 334. Los Registradores cobrarán los honorarios de los asientos que hagan en los libros y de las certificaciones que expi-

dan, con sujecion estricta al arancel que acompaña á esta ley.

Los actos ó diligencias que no tengan señalados los honorarios en dicho arancel, no devengarán ningunos.

Art. 355. Los honorarios del Registrador se pagarán por aquel ó aquellos á cuyo favor se inscriba ó anote inmediatamente el derecho.

Art. 336. Cuando fueren varios los que tuvieren la obligacion expresada en el artículo anterior, el Registrador podrá exigir el pago de cualquiera de ellos, y el que lo verifique tendrá derecho á reclamar de los demás la parte que por los mismos haya satisfecho.

En todo caso se podrá proceder á la exaccion de dichos honorarios por la vía de apremio, pero nunca se detendrá ni negará la inscripcion por falta de su pago.

Art. 337. Los asientos que se hagan en los índices, en el Registro de las hipotecas por orden alfabético, y en cualesquiera libros auxiliares que lleven los registradores, no devengarán honorarios.

Art. 358. En los honorarios que señala el arancel á las certificaciones de los Registradores no se considerará comprendido el importe del papel sellado en que deban estenderse, el cual será de cuenta de los interesados.

Art. 339. Al pié de todo asiento, certification ó nota que haya devengado honorarios, estampará el Registrador el importe de los que hubiere cobrado, citando el número del arancel con arreglo al cual los haya exigido.

Art. 340. Los honorarios que devenguen los Registradores por los asientos ó certificaciones que los Jueces manden estender ó librar á consecuencia de los juicios de que conozcan, se calificarán para su exaccion y cobro como las demás costas del mismo juicio.

Art. 341. Cuando declare el Juez infundada la negativa del Registrador á inscribir ó anotar definitivamente un título, no estará obligado el interesado á pagar los honorarios correspondientes á la anotacion preventiva, ó en su caso á la nota marginal que el mismo registrador haya puesto al asiento de presentacion al tiempo de devolver dicho título, ni á la cancelacion de la misma nota.

Art. 342. Cuando se rectificare un asiento por error de cualquiera especie cometido en él por el Registrador, no devengará este honorarios por el asiento nuevo que estendiere, pero sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 263.

Art. 343. Cuando el valor de la finca ó derecho á que se refie-

ra el asiento ó la certificacion no escediere de 2,000 rs. , y pasare de 1,000, se exigirá tan solo la mitad de los honorarios respectivamente señalados en el arancel. Si escediendo de 500 rs. no pasare de 1,000, se exigirá solamente la cuarta parte de los mismos honorarios.

Si no escediere de 500 rs. , solo se exigirá la cantidad fija que señala el mismo arancel.

Art. 544. Los Registradores se sujetarán estrictamente en la redaccion de los asientos, notas y certificaciones, á las instrucciones y modelos que contendrá el reglamento para la ejecucion de esta ley.

Art. 545. Los Jueces delegados de los Regentes para la inspeccion de los Registros examinarán cuidadosamente en las visitas si los asientos están redactados con arreglo á los modelos indicados en el artículo anterior, y consignarán en el acta las faltas que notaren de esta especie, á fin de que sea corregido disciplinariamente el Registrador que diere á sus asientos mas estension que la necesaria, ú omitiere hacer mencion en ellos de las circunstancias que deba contener segun su clase.

Art. 546. El Gobierno, dentro de los cinco años siguientes á la publicacion de esta ley, podrá hacer en el arancel que á la misma acompaña las alteraciones que aconseje la esperiencia, oyendo al Consejo de Estado.

Pasados los cinco años, no podrá hacerse variacion alguna sino por medio de una ley.

TITULO XIII.

DE LA LIBERACION DE LAS HIPOTECAS LEGALES Y OTROS GRAVÁMENES EXISTENTES.

Art. 547. Los que á la publicacion de esta ley tengan á su favor alguna hipoteca legal de las no esceptuadas en el art. 354, podrán exigir en el término de un año que la persona obligada por dicha hipoteca constituya é inscriba en su lugar una especial, suficiente para responder del importe de la obligacion asegurada por la primera.

El año prefijado en el párrafo anterior empezará á correr desde el dia en que comience á regir esta ley.

Art. 548. Si el importe de la obligacion que se deba asegurar en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior no fuere de-

terminado ó líquido, se fijará de comun acuerdo entre los interesados ó sus representantes legítimos para el efecto de señalar la cuantía de la hipoteca especial.

En este caso no quedará obligado el que constituya la hipoteca á mas que á lo que pueda exigirse por resultado de la obligacion principal, ni el que tenga á su favor dicha hipoteca perderá su derecho para exigir por la accion personal la parte del crédito que no alcancen á cubrir los bienes hipotecados.

Art. 349. Si no hubiere avenencia entre los interesados sobre la determinacion del importe de la obligacion que haya de asegurarse, ó la suficiencia de los bienes ofrecidos en hipoteca, se decidirán uno y otro punto por el Juez en la forma prescrita en el artículo 163.

Art. 350. Trascurrido el año prescrito en el art. 347, no podrán exigir la constitucion de hipotecas especiales en sustitucion de las legales sino los que tengan derecho á ello con arreglo á esta ley, y en la forma que la misma prescribe, sin perjuicio de lo establecido en el art. 354.

Art. 351. Tampoco surtirá efecto contra tercero, trascurrido el año, ninguna hipoteca legal no inscrita, con exclusion de las comprendidas en el referido art. 354.

Art. 352. Las hipotecas especiales que se constituyan dentro del espresado término de un año, bien en sustitucion de las legales comprendidas en los artículos 353 y 354, ó bien en seguridad de los derechos á que se refiere el art. 358, surtirán su efecto desde la fecha en que, con arreglo á la legislacion anterior, deberia producirlo la hipoteca legal ó el derecho asegurado, para lo cual deberá fijarse dicha fecha en la inscripcion misma.

Las que se constituyan pasado dicho término, cualesquiera que sean su origen y especie, no surtirán efecto, en cuanto á tercero, sino desde la fecha de su inscripcion.

Art. 353. Las hipotecas legales existentes, cuya inscripcion como hipotecas especiales podrá exigirse segun lo dispuesto en el artículo 347, serán las que á la publicacion de esta ley existan con el carácter de tácitas :

Primero. En favor de la Hacienda pública, sobre los bienes de los que manejen fondos de la misma ó contraten con ella, y sobre los bienes de los contribuyentes que deban mas de una anualidad de los impuestos que gravén los mismos inmuebles.

Segundo. En favor de las mujeres, sobre los bienes de un tercero que haya ofrecido dotarlas.

Tercero. En favor del marido, sobre los bienes de la mujer que haya ofrecido aportar dote, ó sobre los bienes de un tercero que hubiere hecho igual ofrecimiento por ella.

Cuarto. En favor de los menores ó incapacitados, sobre los bienes de sus tutores ó curadores, ó de los herederos de estos si sus causantes hubieren fallecido sin tener aprobadas las cuentas.

Quinto. En favor de los hijos sobre los bienes de su madre y los de su padrastro, si aquella hubiere sido su tutora ó curadora y no tuviere aprobadas sus cuentas.

Sesto. En favor tambien de los menores sobre los bienes de su propiedad vendidos, y cuyo precio no haya sido pagado por completo.

Sétimo. En favor del legatario sobre los bienes del testador, si el legado no estuviere pagado por completo.

Octavo. En favor de los acreedores refaccionarios sobre las fincas refaccionadas, por las cantidades ó efectos anticipados y no satisfechos para la edificacion ó reparacion.

Noveno. En favor de los vendedores sobre la cosa vendida por el precio de la misma, cuyo pago no haya sido aplazado.

Art. 354. No podrán exigir la constitucion é inscripcion de hipoteca especial, segun lo dispuesto en el art. 347, y salvo lo prescrito en los artículos 365 y siguientes, los que á la publicacion de esta ley se hallen disfrutando alguna de las hipotecas generales que establecia la legislacion anterior:

Primero. En favor de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos, por la dote y parafernales que les hayan sido entregados.

Segundo. En favor tambien de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por las dotes y arras que estos les hayan ofrecido.

Tercero. En favor de los hijos sobre los bienes de sus padres, por los que tengan la cualidad de reservables.

Cuarto. En favor de los hijos sobre los bienes de los padres, por los de su peculio, que estos usufructúen ó administren.

Quinto. Las hipotecas análogas que establecieron los fueros ó leyes especiales.

Art. 355. Las hipotecas espresadas en el artículo anterior, y

que existieren á la publicacion de esta ley, subsistirán con arreglo á la legislacion precedente, mientras duren las obligaciones que garanticen, á menos que por la voluntad de ambas partes, ó la del obligado, se sustituyan con hipotecas especiales, ó dejen de tener efecto en cuanto á tercero, en virtud de providencia dictada en el juicio de liberacion establecido por los artículos 365 y siguientes.

Art. 356. Los que á la publicacion de esta ley tuvieren gravados sus bienes con alguna hipoteca tácita de las comprendidas en los artículos 353 y 354, podrán exigir en cualquier tiempo de la persona á cuyo favor tengan dicha obligacion, que acepte en su lugar una hipoteca especial y espresa suficiente.

Si dicha persona se negare á aceptar la hipoteca ofrecida, ó si aceptando la oferta, no hubiere conformidad entre los interesados sobre el importe de la obligacion que haya de asegurarse, ó sobre la suficiencia de los bienes ofrecidos en garantía, decidirá el Juez en la forma prevenida en el art. 163.

Estas hipotecas surtirán su efecto segun la regla establecida en el art. 552.

Art. 357. Lo dispuesto en los artículos que preceden no altera ni modifica la preferencia concedida por las leyes en los bienes que no sean inmuebles ni derechos reales impuestos sobre los mismos á las personas á cuyo favor se hayan constituido hipotecas legales.

Art. 358. Los que á la publicacion de esta ley tengan á su favor alguna accion resolutoria ó rescisoria, procedente de derechos que en adelante no han de surtir efecto, en cuanto á tercero sin su inscripcion, conforme á los artículos 16, 36 y 144, la podrán ejercitar dentro de un año contado desde que empiece á regir la misma ley, si antes de hacerlo no hubiere prescrito.

Art. 359. Si los derechos á que se refiere el artículo anterior no fueren exigibles dentro del año por no haberse cumplido la condicion de que dependan, podrá el que los tenga á su favor pedir que se los asegure con hipoteca especial la misma persona obligada, y en su caso el tercer poseedor de los bienes que lleven consigo la obligacion.

Art. 360. Trascurrido el término del año sin haberse hecho uso de las acciones resolutorias ó rescisorias á que se refiere el artículo 358, ó sin haberse obtenido la garantía de que trata el 359, no se podrán ejercitar las espresadas acciones en perjuicio de ter-

caso, como no se haya asegurado el derecho con hipoteca especial.

Art. 361. El importe, la suficiencia y los efectos de la hipoteca que deba constituirse conforme á lo prevenido en el art. 339, se determinarán por las reglas establecidas en los artículos 348 y 349.

Art. 362. Las hipotecas legales existentes á la publicacion de esta ley á favor de los legatarios y de los acreedores refaccionarios se inscribirán dentro del año prelijado en el art. 347 como anotaciones preventivas.

Los acreedores refaccionarios podrán hacer la anotacion en dicho plazo, no solamente por las cantidades entregadas, sino tambien por las que entregaren durante el espresado término.

Respecto á las primeras surtirá efecto la anotacion desde que se entregaren, y en cuanto á las segundas desde su fecha.

Art. 363. Tendrán derecho á promover la inscripcion de las hipotecas legales espresadas en el art. 333 dentro del plazo señalado en el 347:

En el caso del número primero de dicho art. 333, las Direcciones generales de la Administracion del Estado y los Gobernadores de las provincias cuando les corresponda en la forma que prescriban los reglamentos.

En los casos de los números segundo y tercero, el marido y la mujer en su caso.

En el caso del número cuarto, los ascendientes, los parientes dentro del cuarto grado civil, y en su defecto los jueces de paz.

En el caso del número quinto, el hijo, si fuere mayor de edad, y si no lo fuere, las personas que designa el art. 205.

En el caso del número sexto, los guardadores, los ascendientes, los parientes dentro del cuarto grado civil, y en su defecto los Jueces de primera instancia que hayan autorizado la enajenacion.

En los casos de los números sétimo, octavo y noveno, los mismos interesados ó sus representantes legítimos.

Art. 364. Para inscribir dentro del año las hipotecas legales espresadas en el art. 335 se presentará el título en cuya virtud se hayan constituido como hipotecas especiales.

Si no existiere título, será indispensable mandamiento judicial.

Art. 365. Los que á la publicacion de esta ley tuvieran gravados sus bienes con alguna hipoteca legal de las comprendidas en los arts. 333 y 334, y no hicieron uso del derecho que les con-

Cede el art. 336, ó con alguna otra carga procedente de los derechos á que se refiere el art. 338, podrá liberarlos en la forma que prescriben los artículos siguientes.

Art. 366. El propietario que se hallare en cualquiera de los casos previstos en el artículo anterior, podrá acudir al Juez manifestando los inmuebles que posea, con espresion de la especie de hipoteca legal ó gravámen oculto á que estén ó pudieren estar afectos, ó de no estarlo á ninguno, los nombres y circunstancias de las personas á cuyo favor puedan existir dichas cargas, ó espresion de no ser conocidas, ó de ignorarse su paradero, y la pretension de liberar todos los referidos bienes, ó señaladamente algunos de ellos, y pidiendo en su consecuencia se señale un término á dichas personas para solicitar la constitucion de una hipoteca especial en sustitucion de la general, bajo apercibimiento de que no haciéndolo dentro del plazo que se señale, se tenga por estinguida la carga ó hipoteca, en cuanto al tercero que despues adquiera dominio ó derecho real sobre cualquiera de los bienes tácitamente gravados y que se liberen.

Art. 367. El escrito formulando la pretension espresada en el artículo anterior, se presentará con los títulos que acrediten la pertenencia de los bienes ante el Juez del domicilio de la persona que deba ser citada; y si no se designare ninguna, ó las designadas residieren en diversos partidos ante el Juez de aquel en que radiquen todos ó la mayor parte de los bienes que han de ser liberados.

Art. 368. Si la hipoteca ó cargas legales fueren de aquellas cuya sustitucion por hipotecas especiales pudiere exigirse por otro que el que los tenga en su favor, segun los arts. 182, 183, 184, 195, 203, 206, 212, 217 y 363, se entenderá la demanda con el que respectivamente tenga derecho á exigir la hipoteca en nombre del interesado segun los referidos artículos, y si hubiere mas de uno con igual derecho, con todos ó el que designe el Juez.

Art. 569. Presentada la solicitud en la forma que prescribe el art. 366, el Juez mandará formar expediente, y si se designare persona conocida, interesada en la liberacion, le señalará un término, que no bajará de treinta dias ni excederá de ciento veinte, para deducir la accion indicada en el mismo artículo bajo el apercibimiento solicitado.

Esta providencia se hará saber en la forma establecida para el

emplazamiento en los arts. 228 al 231 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 370. Si no se designare persona conocida interesada en la liberacion, y aun designándose, pero sin perjuicio en este último caso de la intimacion prevenida en el artículo anterior, dispondrá el juez que se cite y emplace por edictos á los interesados, desconocidos ó ausentes, señalándoles un término, que no bajará de sesenta dias ni excederá de ciento veinte, para que dentro de él puedan presentarse á deducir la accion espresada en el art. 366, bajo el apercibimiento que en él se prescribe.

Art. 371. El término prefijado en el artículo anterior se otorgará del modo siguiente: primero se señalará el de sesenta dias: si el Juez lo creyere oportuno, segun las circunstancias del caso, lo prorogará por treinta dias mas, publicando nuevos edictos; y si todavía le pareciere conveniente, concederá nueva próroga por otros treinta con igual publicacion de edictos.

Art. 372. Los edictos se fijarán en el pueblo cabeza de partido judicial, en los pueblos donde estén situados los bienes de cuya liberacion se trate, y en el del domicilio, si fuere conocido, de los que hayan poseido dichos bienes en los últimos diez años, y además se publicarán en los periódicos oficiales de la provincia donde se siga el juicio, en los de aquella donde radiquen los bienes, si fueren distintas, y en la *Gaceta de Madrid*.

Art. 373. Al notificar al interesado la providencia de que trata el artículo anterior, se le entregará una cédula firmada por el escribano, que espresé:

Primero. El nombre, apellido, domicilio, estado y profesion del actor.

Segundo. La relacion de bienes que haya éste presentado.

Tercero. La designacion de los que pretenda liberar.

Cuarto. La especie de hipoteca legal ó gravámen oculto á que puedan estar afectos dichos bienes, segun la manifestacion del mismo actor.

Art. 374. Los edictos prevenidos en el artículo anterior espresarán:

Primero. El nombre, apellido, domicilio, estado y profesion del actor.

Segundo. La relacion de los bienes que este pretenda liberar, indicando su situacion, nombre, número y linderos, el título

lo de su última adquisición y el nombre de su anterior propietario.

Tercero. La manifestacion que hubiere hecho el actor sobre la clase de hipoteca ó gravámen que pudieren tener dichos bienes, ó de no tener en su concepto ningunos.

Cuarto. El término señalado por el Juez para ejercitar la accion de hipoteca, con el apercibimiento correspondiente.

Art. 375. Las prórogas que se concedan á los interesados ausentes ó desconocidos, se entenderán igualmente concedidas á los presentes para hacer uso de su derecho, pero sin que en ningun caso puedan esceder de ciento veinte dias los términos otorgados á unos y otros.

Art. 376. Cuando la finca que se trate de liberar estuviere hipotecada en favor de la Hacienda pública, se hará la intimacion al Gobernador de la provincia respectiva, ó al Director general á quien corresponda el negocio que haya dado lugar á la hipoteca.

En ambos casos se concederá por el Juez el término máximo que se espresa en el artículo anterior.

Art. 377. Durante el término señalado podrán acudir los que tengan á su favor cualquier hipoteca tácita ó gravámen no inscrito de los indicados en el art. 358, bien solicitando una hipoteca especial en seguridad de su derecho, ó bien manifestando que sin renunciar á su hipoteca general, renuncian á ella en cuanto á todos ó algunos de los bienes que señaladamente se pretendan liberar.

En el primer caso se dará traslado al actor de la pretension del interesado que saliere al juicio, y se procederá á la constitucion de la hipoteca en la forma prevenida en el art. 163.

En el segundo caso se tendrán por liberados los bienes que se señalen de toda carga ó hipoteca oculta á favor del que haya hecho la manifestacion, mas sin perjuicio de las que puedan existir á favor de otras personas, si se reclamaren dentro del término.

Art. 378. Si acudieren varios interesados en solicitud de hipotecas diferentes, todos serán oidos en un mismo juicio, y no se declararán liberados ningunos bienes hasta que se dicte sentencia firme sobre sus pretensiones.

Art. 379. Trascurrido el término señalado por el Juez sin presentarse reclamacion ninguna, y no siendo prorogable ó no creyendo el mismo Juez conveniente prorogarlo, se declararán en virtud de nueva instancia del actor libres de toda hipoteca tácita y gra-

vámen no inscrito los bienes cuya liberacion se haya solicitado.

Si reclamare algun interesado, se dictará igual providencia luego que se decida sobre su pretension, liberando en tal caso los bienes sin perjuicio de las hipotecas especiales que por efecto del mismo juicio se constituyan sobre todos ó algunos de ellos, ó de la hipoteca tácita legal sobre otros, si se hubiere hecho esta reserva.

Art. 380. La providencia de liberacion espresará:

Primero. El nombre, situacion, número, linderos y pertenencia de cada una de las fincas que se liberen.

Segunda. La circunstancia de haberse dictado con audiencia de parte contraria, ó sin ella.

Tercero. La de haberse ó no constituido hipoteca especial en seguridad de derechos que antes estuvieren garantizados con hipoteca legal ó gravámen no inscrito.

Cuarto. La de no haberse en su caso constituido otra hipoteca especial, por haber renunciado los interesados á su hipoteca tácita sobre los bienes que se liberen, reservándosela sobre los demás que posea ó adquiera el propietario.

Quinto. La de quedar libres de toda carga no inscrita é hipoteca legal los bienes liberados, con exclusion en su caso, de las hipotecas especiales que se constituyan sobre ellos, espresando las que sean.

Art. 381. Los poseedores de bienes inmuebles ó derechos reales que quieran liberarlos de cualesquiera hipotecas legales y gravámenes ocultos, ó constituidos á favor de personas desconocidas, podrán obtenerlo, observando los trámites que se establecen por los artículos 363 y siguientes con las modificaciones que se espresan á continuacion:

Primera. La solicitud se presentará ante el Juez de primera instancia del lugar donde esté situada la finca que se quiera liberar.

Segunda. El Juez otorgará un plazo de sesenta dias, para que en él puedan deducir los interesados las acciones que les correspondan, y anunciará esta providencia por edictos que se fijarán en el pueblo cabeza del partido judicial, en los pueblos donde estuvieren situados los bienes de cuya liberacion se trate, y en el del domicilio, si fuere conocido de los que los hubieren poseido en los últimos diez años.

Tercera. Los edictos se publicarán tambien en el *Boletin oficial* de la provincia donde se siga el juicio, y en la *Gaceta de Ma-*

drid, uniéndose al espediente los ejemplares en que se haga la publicación.

Cuarta. Trascurrido el plazo señalado, se fijarán, si se pidieren, nuevos edictos por término de otros sesenta dias en la forma prescrita en las dos reglas anteriores.

Quinta. Tambien será oído en todo caso el Promotor fiscal del juzgado antes de dictar providencia definitiva, para que manifieste si se han guardado en el espediente las formalidades prevenidas en la ley.

Art. 382. La providencia de liberacion se hará saber á los interesados que hayan acudido al juicio en la misma forma que la de señalamiento de término, y se inscribirá por medio de una nota al margen de la última inscripcion de propiedad de cada uno de los bienes liberados.

Para este efecto se dará al propietario de dichos bienes un testimonio de la providencia referida.

Art. 383. El que á la publicacion de esta ley tuviere gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria cuyo capital no se haya dividido entre los mismos, tendrá derecho á exigir que se divida entre los que basten para responder de un triplo del mismo capital, con arreglo á lo prescrito en el artículo 96.

Si una sola de las fincas gravadas bastare para responder de dicha suma, tambien podrá exigirse que se reduzca á ella el gravámen.

Si dos ó mas de las mismas fincas hubieren de quedar gravadas, cada una deberá ser suficiente para responder del triplo de la parte del capital que se le señale.

Art. 384. El acreedor ó censalista podrá tambien exigir la division y reduccion del gravámen en el caso previsto en el artículo anterior, si no lo hiciere el deudor ó censatario.

Art. 385. Si los bienes acensuados ó hipotecados en la forma expresada en el art. 383 no bastaren para cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, solo se podrá exigir la division de dicho capital entre los mismos bienes en proporcion á lo que respectivamente valieren, pero no la liberacion de ninguno de ellos.

Art. 386. La division y reduccion de los censos é hipotecas de que tratan los anteriores artículos, se verificarán por acuerdo mú-

tuó entre los que puedan tener interés en la subsistencia de unos ó otras.

Si no hubiere conformidad entre los interesados, ó si alguno de ellos fuere persona incierta, se decretarán dichas division y reduccion por el Juez en juicio ordinario, y con audiencia del Promotor fiscal si hubiere interesados inciertos ó desconocidos.

Art. 387. Verificándose la division y reduccion del censo ó hipoteca de conformidad entre los interesados, se hará constar por medio de escritura pública.

Cuando haya precedido juicio y recaído sentencia, el Juez esperará el correspondiente mandamiento.

Art. 388. Mediante la presentacion de la escritura ó del mandamiento judicial en su caso, se inscribirá en el Registro la nueva hipoteca ó gravámen en la forma en que quede constituido, y se cancelarán los anteriores que deban reemplazar, si estuvieren inscritos.

TÍTULO XIV.

DE LA INSCRIPCION DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS Y NO INSCRITAS ANTES DE LA PUBLICACION DE LA PRESENTE LEY.

Art. 389. Los que á la publicacion de esta ley hayan adquirido, y no inscrito bienes ó derechos que segun ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha en que la misma ley empiece á regir.

Art. 390. Si las adquisiciones de inmuebles ó derechos de que trata el artículo anterior, se hubieren verificado noventa dias antes, ó mas de la publicacion de esta ley, se inscribirán libres del derecho de hipotecas y de la multa en que el propietario haya podido incurrir, y pagándose solamente al Registrador la mitad de los honorarios que estuvieren señalados á la inscripcion respectiva.

Si la adquisicion se hubiere verificado dentro de dicho período, y no fuere de las que debian inscribirse segun las leyes y disposiciones anteriores, disfrutará tambien el beneficio establecido en el párrafo precedente.

Si fuere de las que debian inscribirse segun dichas disposiciones, se verificará la inscripcion con arreglo á lo que estas determinaran en cuanto á los derechos, multas y honorarios del Registrador.

Art. 391. Las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de un año conforme á lo dispuesto en los dos an-

teriores artículos, no surtirán efecto en cuanto á tercero, sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones ó gravámenes á que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisicion.

Si constare tal derecho en los títulos, se retrotraerán los efectos de la inscripcion á la fecha en que se haya adquirido por el dueño.

Art. 392. Trascurrido el término del año, se podrán inscribir tambien los inmuebles ó derechos adquiridos antes de la publicacion de esta ley; pero tales inscripciones, aunque se refieran á derechos cuya existencia se acredite por los títulos de propiedad al tiempo de su adquisicion, no perjudicarán ni favorecerán á tercero sino desde su fecha, y devengarán derechos y honorarios dobles de los que le estuvieren respectivamente señalados.

Art. 393. El que á la publicacion de esta ley tuviere adquirido algun derecho de los que se pueden anotar preventivamente, segun lo dispuesto en los números primero, tercero, cuarto, quinto y sétimo del art. 42, podrá pedir su anotacion en el plazo del año señalado en el art. 389, y la que obtuviere surtirá efecto desde la fecha en que debería tenerlo el acto anotado con arreglo á la legislacion anterior.

Tambien podrá hacerse la anotacion despues de dicho plazo, pero en ningun caso surtirá efecto sino desde su fecha.

Art. 394. En el caso comprendido en el número sexto del mismo art. 42, empezará á correr el término de los ciento ochenta dias para pedir la anotacion del legado cuyo derecho estuviere ya adquirido desde la fecha en que principie á regir esta ley.

Art. 395. Los mandamientos de embargo de que aun no se haya tomado razon en los Registros, conforme á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, no surtirán efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de su anotacion, pero sin perjuicio de lo dispuesto en el número segundo del art. 57 y en los arts. 39, 40 y 41 sobre enajenaciones hechas en fraude de acreedores.

Art. 396. Desde la publicacion de esta ley no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno, ningun documento ó escritura de que no se haya tomado razon en el Registro, si por él se constataren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripcion segun la misma ley.

Art. 397. El propietario que careciere de título de dominio escrito, deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesion ante el Juez de primera instancia del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del Promotor fiscal, si tratase de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario ó la de los demás partícipes en el dominio, si pretendiere inscribir un derecho real.

Si los bienes estuvieren situados en pueblo ó término donde no resida el Juez de primera instancia, podrá hacerse dicha informacion ante el Juez de paz respectivo, con audiencia del síndico del ayuntamiento en todos los casos en que debiera ser oido el Promotor fiscal.

La intervencion del promotor ó del síndico se limitará á procurar que se guarden en el espediente las formas de la ley.

Art. 398. El escrito en que se pida la admision de la informacion de que trata el artículo anterior, espresará:

Primero. La naturaleza, situacion, medida superficial, linderos, nombre, número y cargas reales de la finca cuya posesion se trate de acreditar.

Segundo. La especie legal, valor, condiciones y cargas del derecho real de cuya posesion se trate, y la naturaleza, situacion, linderos, nombre y número de la finca sobre la cual estuviere aquel impuesto.

Tercero. El nombre y apellido de la persona de quien se haya adquirido el inmueble ó derecho.

Cuarto. El tiempo que se llevare de posesion.

Quinto. La circunstancia de no existir título escrito, ó de no ser fácil hallarlo en el caso de que exista.

Art. 399. La informacion prevenida en el art. 397 se verificará con dos ó mas testigos vecinos propietarios del pueblo ó término en que estuvieren situados los bienes.

Art. 400. Los testigos de que trata el artículo anterior, justificarán tener las cualidades en él referidas presentando los documentos que las acrediten: contraerán sus declaraciones al hecho de poseer los bienes en nombre propio el que promueva el espediente, y el tiempo que haya durado la posesion, y serán responsables de los perjuicios indebidos que puedan causar con la inexactitud de sus deposiciones.

Art. 401. El que trate de inscribir su posesion presentará tam-

bien el recibo del último trimestre de contribucion territorial que haya satisfecho.

Si no hubiere pagado ninguno por ser su adquisicion reciente, se dará conocimiento del expediente á la persona de quien proceda el inmueble ó á sus herederos, á fin de que manifiesten si tienen algo que oponer á su inscripcion.

Si el que la solicita fuere heredero del anterior poseedor, presentará el último recibo de contribucion que este haya satisfecho.

Art. 402. Si el partícipe en la propiedad ó en los derechos de una finca que deba ser citado estuviere ausente, el Juez le señalará para comparecer por sí ó por medio de apoderado, el término que juzgue necesario segun la distancia.

Si se ignorare su paradero, ó si trascurrido dicho término no compareciere el citado, se aprobará el expediente y mandará hacer la inscripcion del derecho, sin perjuicio del que corresponda á dicho partícipe, espresándose que este no ha sido oido en la informacion.

La inscripcion en tal caso espresará tambien dichas circunstancias.

Art. 403. Cualquiera que se crea con derecho á los bienes, cuya inscripcion se solicite mediante informacion de posesion, podrá alegarlo ante el Juez competente en juicio ordinario.

La interposicion de esta demanda y su inscripcion en el Registro suspenderán el curso del expediente de informacion, ó la inscripcion del mismo si estuviere ya concluido y aprobado.

Art. 404. Siendo suficiente la informacion practicada en la forma prevenida en los anteriores artículos, y no habiendo oposicion de parte legítima, ó siendo desestimada la que se hubiere hecho, el Juez aprobará el expediente y mandará estender en el Registro la inscripcion solicitada sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

Art. 405. El poseedor que haya obtenido la providencia espresada en el artículo anterior, presentará en el Registro el expediente original que deberá habérsele entregado para este efecto, y solicitará en su virtud la inscripcion correspondiente.

Art. 406. La inscripcion que se haga espresará todas las circunstancias referidas en el art. 398, y además los nombres de los testigos que hayan declarado, el resultado de sus declaraciones, el de las demás diligencias practicadas en el expediente, la opinion del ministerio fiscal, y las circunstancias peculiares de la inscrip-

cion, segun su especie, en cuanto constaren del mismo expediente.

Art. 407. Los Registradores, antes de inscribir alguna finca ó derecho en virtud de informaciones, examinarán cuidadosamente el Registro para averiguar si hay en él algun asiento relativo al mismo inmueble, que pueda quedar total ó parcialmente cancelado por consecuencia de la nueva inscripcion. Si hallaren algun asiento de adquisicion de dominio no cancelado que esté en contradiccion con el hecho de la posesion justificada, suspenderán la inscripcion, harán una anotacion preventiva, y remitirán copia de dicho asiento al Juez que haya aprobado la informacion. El Juez en su vista comunicará el expediente á la persona que por dicho asiento pueda tener algun derecho sobre el inmueble, y con su audiencia confirmará ó revocará el auto de aprobacion, dando conocimiento en todo caso de la providencia que recayere al Registrador, á fin de que en su vista lleve á efecto la inscripcion ó cancele la anotacion preventiva.

Si el Registrador hallare algun asiento de censo, hipoteca, ó cualquier derecho real impuesto sobre la finca que ha de ser inscrita, y no cancelado, lo mencionará en la inscripcion que estendiere.

Art. 408. La inscripcion hecha en virtud de justificacion de posesion perjudicará ó favorecerá á tercero desde su fecha y solamente en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesion.

Art. 409. La inscripcion de posesion no perjudicará en ningun caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su titulo no haya sido inscrito.

Entre las partes surtirá su efecto la posesion desde que deba producirlo, conforme al derecho comun.

Art. 410. Lo dispuesto en los anteriores artículos sobre las inscripciones de posesion no será aplicable al derecho hipotecario, el cual no podrá inscribirse sino mediante la presentacion del titulo escrito.

TITULO XV.

DE LOS LIBROS DE REGISTRO ANTERIORES Á ESTA LEY, Y SU RELACION CON LOS NUEVOS.

Art. 411. Todos los libros de Registro existentes en las cantaduras de hipotecas á la publicacion de esta ley se certarán en

el estado en que se hallen el dia que señale el Gobierno para la toma de posesion de los nuevos Registradores.

Art. 412. Los libros espresados en el artículo anterior se cerrarán con las siguientes formalidades:

Primera. Asistirán personalmente á la diligencia el Juez de primera instancia del partido, ó el decano donde hubiere mas de uno, el Registrador nombrado, y el contador saliente.

Cuando recayere en este último el nombramiento de Registrador, asistirá tambien el Promotor fiscal ó el decano de los promotores fiscales, si hubiere mas de uno.

Segunda. El Registrador y el contador, ó el Promotor fiscal en su caso, pondrán á continuacion del último asiento estendido en cada libro una certificacion en que conste:

Primero. Cuál es el último asiento.

Segundo. El número total de fólíos que contenga el libro.

Tercero. Cuántos de estos fólíos resultan escritos y cuántos en blanco.

Cuarto. El número de hojas que hubiere con claros entre unos y otros asientos, ó no acabados de llenar, ó expresion de no hallarse ninguna de dichas circunstancias.

Quinto. El número de asientos que hubiere en cada una de dichas hojas.

Tercera. Las hojas en blanco y los claros que se hallen en las escritas, se inutilizarán de modo que no se pueda volver á hacer en ellas ningun asiento.

Cuarta. Los libros de índices se cerrarán poniendo el Registrador nombrado, ó el Promotor en su caso, á continuacion del último asiento hecho por el contador saliente, una certificacion espresiva de las circunstancias comprendidas en los números primero, segundo y tercero de la regla segunda, inutilizando las hojas en blanco y los claros, conforme á lo dispuesto en la regla anterior.

Quinta. El Juez de primera instancia sellará con el sello del juzgado todas las hojas escritas, y dictará un auto aprobando la diligencia, que se escribirá á continuacion de la certificacion del Registrador, contador ó Promotor fiscal, si hubiere concurrido al acto.

Art. 413. Los Registradores, despues de cumplir lo que proviene la regla cuarta del artículo anterior, examinarán los índices existentes en los Registros actuales: si los hallaren incompletos ó inexactos, los completarán ó reformarán, siendo susceptibles de

400. Si no los hubiere, ó los que haya fueren inútiles, formarán otros nuevos en la forma prescrita en esta ley.

Art. 414. Al márgen de toda inscripcion estendida en los libros antiguos, que despues de cerrados se cancele en los libros nuevos, se pondrá una nota espresando dicha cancelacion, y el libro y fólío en que se halle.

Art. 415. En toda inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion que se haga en los nuevos libros, de finca ó derecho inscrito bajo cualquier concepto en los libros antiguos, se citará el número, fólío y nombre del libro en que se halle dicho asiento.

Art. 416. Los asientos que se hagan en los nuevos índices, relativos á fincas ó derechos inscritos en los libros antiguos, contendrán la cita espresada en el artículo anterior, además de la correspondiente á los libros nuevos.

Madrid 3 de julio de 1860.—El Ministro de Gracia y Justicia, Santiago Fernandez Negrete.

ARANCEL

DE LOS HONORARIOS QUE DEVENGARÁN LOS REGISTRADORES.

	<u>RS. CÉNTS.</u>
1.º—Por el exámen y asiento de presentacion de cualquier título cuya inscripcion, anotacion ó nota marginal se solicite, entendiéndose por un título todos los documentos que deban dar lugar á un solo asiento de presentacion.	2
2.º—Por cada línea de inscripcion ó anotacion de 24 sílabas por lo menos, que se haga en el Registro de la propiedad ó en el de las hipotecas por órden de fechas, y no sea de las trasladadas de los anteriores Registros.	0,40
3.º—Si los títulos que deba examinar el Registrador pasaren de 20 folios, cobrará además por cada folio que escediere.	0,10
4.º—Por cada línea de igual número de sílabas de inscripcion, trasladada de dichos Registros antiguos á los nuevos.	0,10
5.º—Por cada asiento de referencia de hipoteca que se haga en el Registro de la propiedad, con remision al principal correspondiente en el Registro de las hipotecas.	0,10

6.º—Por cada nota marginal que sea consecuencia de otra inscripcion relativa á la misma finca, hecha al mismo tiempo, y por la cual se paguen honorarios.	1
7.º—Por la nota marginal que no estuviere comprendida en el número anterior.	4
8.º—Por la diligencia de ratificacion de los interesados en alguna inscripcion ó anotacion preventiva que deba hacerse ó cancelarse por solicitud directa al Registrador.	6
9.º—Por la nota que deba ponerse en el título que se devuelve al interesado, espresando quedar hecha ó suspendida la inscripcion.	2
10.—Por la manifestacion del Registro de la propiedad ó de las hipotecas, por cada finca	4
11.—Por la cancelacion de cualquier inscripcion ó anotacion preventiva.	6
12.—Por la certificacion literal de asientos de cualquiera clase, por la primera página, esté ó no ocupada íntegramente.	8
13.—Por cada una de las segundas y posteriores páginas de dichas certificaciones, contándose por cada página 26 líneas de 20 sílabas.	4
14.—Por la certificacion en relacion, por cada uno de los asientos de inscripcion y anotacion preventiva ó de presentacion pendiente que comprenda. . . .	6
15.—Por la certificacion de no existir en el Registro asiento ninguno de los buscados.	8
16.—Por la busca en los antiguos Registros para dar las certificaciones de que tratan los tres números anteriores, por cada año cuyos asientos se consulten	1,25
17.—Por toda inscripcion, anotacion, cancelacion ó nota marginal de un título relativo á finca ó derecho, cuyo valor no exceda de 500 rs., comprendiendo el asiento de presentacion, nota marginal y cualquiera otro asiento necesario para que dicho título quede debidamente inscrito.	0,50

Por copia,

Los Directores de la Revista.

SÉCCION DOCTRINAL.

ORIGEN Y PROGRESOS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

EN ESPAÑA (1).

ILMO. SR.:

Renuévase todos los años la solemnidad que hoy nos convoca en el templo de las ciencias para cerrar con una mano el último período de la enseñanza académica, y abrir con la otra el nuevo curso de los trabajos á que por deber y vocacion estamos consagrados. Y al tender una mirada retrospectiva hácia lo pasado, y al dirigir la vista á las oscuras sombras del porvenir, nos parece que surge por sí mismo el problema del destino que á las ciencias ha sido señalado, y creemos la ocasion oportuna para preguntarles si este curso, en que continuamente las agitamos, es la reproduccion de un círculo sin salida, ó si progresan y viven, como vive y progresa la humanidad en el espacio y en el tiempo.

Sin duda, esto último es lo cierto; y en esa larga peregrinacion, que se llama la historia, siempre han marchado las ciencias delante de los pueblos, alumbrando el camino con sus resplandores; y á cada paso, que la sociedad ha ascendido en la trabajosa pendiente por donde camina, ha descubierto la inteligencia mas estensos y bellos horizontes.

Desde hace algunos siglos tienden los pueblos á la unidad con irresistible fuerza, y nuestros antiguos reinos, hoy provincias hermanas, se acercan y preparan en el órden social una fusión que debe consagrarse en la esfera del Derecho. A los lazos formados por la electricidad y por el vapor, por las ciencias exactas, que en sus aplicaciones á la industria han escedido los milagros de la antigua mágia, corresponden, por su parte, las ciencias sociales con nuevos adelantos; y esta enseñanza oficial, por algunos tan duramente calificada, ha intentado desde sus últimas reformas conden-

(1) Discurso leído en la inauguracion de los estudios de la Universidad de Valencia el dia 1.º de octubre de 1860, por el Dr. D. Eduardo Perez Pujol, Catedrático de la Facultad de Derecho.

sar en una síntesis suprema el caudal de saber y de prudencia, que encierran las legislaciones de todas las provincias de España, á la manera que el cauce de un rio reúne el caudal de aguas que brotan de apartadas fuentes.

Permitidme, pues, que, hojeando á vuestra vista el libro de la Historia, os recuerde *el nacimiento y desarrollo del Derecho y del Estado en todos nuestros antiguos reinos*, para mostraros por entre opuestos sucesos la uniforme ley de sus evoluciones, y estudiar las raices que inconscientemente han echado en otros tiempos las reformas á que con pleno conocimiento hoy aspiramos.

Confío en que la importancia del asunto ocultará á vuestros ojos la humildad del artificio con que he de desempeñarle, y os moverá á escuchar benévolutamente al que, sin merecerlo ni desearlo, antes cumpliendo con un deber de respetuosa obediencia, se vé levantado á esta cátedra, que otros han hecho gloriosa.

Los hombres pasan y la especie se perpetúa. Tambien se renuevan las leyes y las costumbres, y el Derecho subsiste y se perfecciona. Arrancado de las entrañas de la Humanidad, hijo de la razon y del libre-albedrío, vive en la historia con indestructible dualismo, como idea en el entendimiento y en la ciencia, como hecho en las instituciones sociales. Mas no son estas fiel trasunto de la justicia absoluta; y se trasforman gradualmente bajo el influjo innovador de la inteligencia, que ensancha todos los dias los límites de la accion individual, estrecha los vínculos de la solidaridad humanitaria, y se acerca gradualmente al ideal del Derecho, aunque solamente perfecto en la sabiduría divina, no acierte jamás á reflejarle en toda su pureza, como no puede el mas bruñido espejo reflejar con todo su esplendor el brillo de los rayos solares.

Y esta reaccion continúa del entendimiento humano sobre las instituciones, del libre-albedrío sobre la fatalidad, explica cómo el progreso, ley del mundo moral, debe serlo de la historia jurídica desde sus principios hasta sus últimas evoluciones.

Los orígenes históricos del Derecho son, como todos los orígenes, desconocidos: la humanidad ha perdido la memoria de sus primeros siglos, á la manera que el hombre olvida los vagos recuerdos de la niñez; pero siempre ha partido de la ignorancia, para llegar al conocimiento; del instinto, para ascender á la razon; de la fuerza, para conquistar la libertad. Y como predomina la fé en esos tiempos que Varron llama oscuros y Vico divinos, tiene la re-

ligion poder estemo en los asuntos temporales ; y bajo el velo del santuario, en las palabras misteriosas de los oráculos, ha encontrado el Derecho su espresion primitiva : el sacerdote ha sido el primer legislador, el primer magistrado, el primer jurisconsulto. Precede en esa edad la vida espontánea á la vida reflexiva, la justicia se ha revelado por actos mas que por escritos, las leyes han sido pocas y las costumbres muchas. En esos pueblos jóvenes, en quienes sobresalen la imaginacion y el sentimiento, las leyes, si pocas, son poéticas por sus metafóricos conceptos, y por el ritmo armónico en que están escritas ; y para hacer penetrar las ideas, al través de los sentidos, en el todavía torpe entendimiento, revístense los actos jurídicos de bellas formas simbólicas, haciendo de la vida civil un drama no interrumpido, con sus representaciones figuradas, su vigorosa acentuacion en las frases, su gesto espresivo, su ritual pantomima: entonces, dijo bien el malaventurado Vico, el Derecho es un *serioso poema*.

Mas el progreso consiste en la transicion de la poesia á la prosa; y pasando tambien la juventud de los pueblos, como pasa la bella estacion de las flores, viene un dia en que se rompe el cándido misterio de la antigua ignorancia, y se torna ridicula la inocente farsa de la primera poesia juridica. El Derecho sale del templo para asentarse en la plaza pública: las frias fórmulas de los abogados reemplazan á las representaciones poéticas; y sintiéndose los pueblos estrechados bajo la presion de las antiguas bárbaras costumbres, aflojan, sin romperla todavía, la cadena de la tradicion para grabar las tablas de la ley.

De esta reforma ha sido la autoridad civil el brazo, la ciencia la cabeza; y á la ciencia toea completar la evolucion del Derecho, haciéndole pasar por el crisol de una crítica reflexiva. Ascendiendo de la ley al Estado y del Estado al hombre, recorriendo esta escala que tiene en Dios su último apoyo, logra descubrir el principio fundamental de la justicia, que le sirve de regla para criticar los vicios de la legislacion presente, para reconstruirla con la ordenada estructura de los métodos, para reconocer entre el dédalo de lo pasado el camino que ha venido haciendo hasta lo presente y abrir las vías que debe recorrer en lo futuro.

No está sujeto el desarrollo del Derecho á esta ley única é inflexible. Como en el mundo celeste es á veces perturbada la órbita de los planetas por la combinacion de las atracciones astronómicas

así la acción de las facultades materiales del hombre, y la tierra que huellan sus plantas y el cielo que contemplan sus ojos imprimen su propio colorido en cada una de las gradaciones por que pasa la idea de lo justo.

Mientras los hombres vivieron en desparramadas tribus, dados á la caza y al pastoreo, sirviéndoles de habitacion los carros ó las chozas, solo pudo aparecer en sus costumbres el derecho de la personalidad y de la familia. Cuando empezó el cultivo de la tierra, y las tribus adquiriendo los sentimientos y los hábitos que produce la posesion permanente del suelo, se trasformaban en pueblos, la religion levantó sus altares al Dios Término; y el Derecho fundó el órden social sobre la ancha base de la propiedad del territorio. Cuando el trabajo, estimulado por las necesidades de la civilizacion creciente y guiado por los descubrimientos de las ciencias, forma las maravillas de la industria, que el comercio reparte con sus cien brazos, redactan los legisladores sus ordenanzas mercantiles, como ya las escribieron Fenicios y Ródios, como España las publicó la primera entre los modernos pueblos.

Los aires, las aguas y los lugares, segun Hipócrates define los climas, modifican, aunque nunca alteren, el tipo de la humana naturaleza. Es degradar al hombre suponerle como el árbol, dependiente del terreno que le sustenta; es calumniar la historia creer que la civilizacion se fija con las latitudes, ó brota del suelo segun la fuerza con que el sol le calienta; mas parece cierto que la Providencia, dividiendo la tierra con las montañas, los rios y los mares, ha preparado á las familias de una raza y de un idioma habitaciones adecuadas á sus destinos diversos, pero armónicos, para conspirar unidos al gran fin humanitario. Y este carácter peculiar de las nacionalidades no ha podido menos de reflejar su acción en el Derecho. De él se deriva el singular contraste que aparece entre las costumbres germánicas y la inmovilidad de los pueblos del Oriente, y por eso mismo son belicosos los habitantes de las montañas y de natural mas blando y pacífico los labradores de las llanuras; los que viven en las costas fueron los primeros comerciantes, y ellos han escrito las primeras leyes marítimas y mercantiles.

No resultan de estos principios combinados leyes históricas fijas, porque no hay en el mundo moral leyes sino tendencias, á las cuales se inclina la libertad humana sin cumplirlas fatalmente. Pero si el libre albedrío del individuo es algo mas que una ilusion del or-

¿gullo cómo conciliarle con el progreso reconocido por ley necesaria de la especie?

La verdad es que cualquiera de estos términos supone la existencia del otro, y que el progreso histórico no se concibe sin el libre-albedrío humano que, sustraído á la corriente de las tradiciones, es el único iniciador de los adelantos. Podrá, según la acertada frase de Ovidio, ver lo bueno y aprobándolo seguir lo malo; pero la obra de la voluntad en el mal, la del legislador ó pueblo que sanciona la injusticia, se desmorona por sí misma, como ruinoso edificio, mientras dura, como imperecedero monumento, la obra bendecida del bien; y cada día se halla el hombre en posesion de una herencia de bondad mas rica, y encuentra el estadio de la maldad mas reducido. Por eso el movimiento de la historia es uniformemente acelerado; por eso las desviaciones de la libertad son pasajeros accidentes, que no perturban la magestuosa marcha del Derecho; y por eso de la conciliacion suprema entre la ley del progreso y el libre-albedrío humano, resulta el dogma de la Providencia, como por primera vez en la historia lo definió la religion cristiana.

Al compás de estas leyes, en el variado movimiento de la historia moderna, se ha desarrollado el Derecho en España, si bien apoyándose en la justicia civil de los romanos y en la independendencia germánica, para acomodarlas lentamente al ideal que mostró ante sus ojos el cristianismo.

La civilizacion romana, antes de encerrarse en la ciudad sumptuosa que habia levantado para su sepulcro, legó á la nueva Europa una institucion viva aun, si amortiguada en el municipio, y un testamento inmortal en sus leyes.

Las colonias y municipios españoles, los mas numerosos y prósperos del imperio, se gobernaban por aquel régimen aristocrático, en virtud del cual fueron en Roma las magistraturas patrimonio de la nobleza hasta el tiempo de las *rogaciones licinias*. Así lo han confirmado recientemente los broncees de Málaga, esos preciosos fragmentos de la antigüedad exhumados de entre sus escombros, que tan lisongeramente han sido acogidos mas allá del Rhin y que con tanta injusticia han sido tratados por un sábio francés, á quien la imparcialidad no nos permite negar el saber ni el talento. Cuando mas adelante Juliano el Apóstata admitió los plebeyos á las magistraturas, y se intentó un tardío remedio del poder tribunicio en

los defensores, ya las ciudades habían perdido su independencia en manos de los presidentes de las provincias que las explotaban, so pretexto de gobernarlas.

Vinieron así á nivelarse las ciudades itálicas y provinciales bajo el yugo férreo de los gobernadores, cuya rapacidad fué, al decir de un historiador, el recuerdo de la república que mejor conservó el imperio; y escalonadas las provincias en diócesis y las diócesis en prefecturas, formaban como una altísima pirámide, en cuya cúspide se alzaba el emperador, César y pontífice, que, escediendo á los modernos reyes, hubiera podido decir «yo soy la sociedad, soy el Estado.»

El derecho romano, que merece el nombre de razon escrita, reconocia, sin embargo, injustos privilegios en los territorios y las personas.

El suelo provincial, perteneciendo al Estado, no podia ser objeto de particular dominio. En vano los cultivadores le regaban con el sudor de su frente: instrumentos de la grandeza romana, sin participar de su gloria, solo alcanzaban una posesion precaria, mediante el pago de enormes impuestos, que no satisfacian la sed hidrópica de aquel confiscador gobierno. Y no eran tampoco escasos los tributos que amenguaban la propiedad del favorecido suelo itálico.

Las personas, acaso igualadas por Antonino Caracalla para sufrir, como ciudadanos, la misma servidumbre, se repartian en gerarquías por el órden de sus privilegios. Eran pocos los que gozaban de honores, exentos de cargas municipales: solo tenian este privilegio los senadores, varones clarísimos, esplendor de la ciudad, favoritos de las leyes y de la fortuna. Por bajo de ellos los curiales, adscriptos al órden municipal con su persona y bienes, siervos condecorados de la cosa pública, á quienes no libraban la fuga ni el sacerdocio, solo tenian el derecho de elegir entre la confiscacion y su cadena. Los legionarios, dependientes del gobierno central, medios de opresion, no de defensa, vivian como inmanes y estraños en las ciudades, que con igual indiferencia debian considerar luego la invasion como asunto propio de bárbaros y legionarios. La plebe hacinada en los tugurios, ejerciendo los oficios mecánicos despreciados hasta por los filósofos, se agrupaba mas por instinto que por cálculo; y modelando sus corporaciones por la curia, preparaba, sin pensarlo, los modernos gremios. Ella

sufria el peso de las cargas ordinarias y sórdidas, harto parecidas á las prestaciones feudales, como se parecen todos los despojos que la propiedad sufre de la violencia, cuando no está garantizada por el poder político. En la última grada social vivian los esclavos, que la ley friamente declaraba *cosas*.

Así la desunion de las clases, no menos que los desórdenes del gobierno, contribuían á disolver el imperio romano.

La historia antigua tocaba á su término; y la humanidad parecia condenada á inevitable decadencia, si no hubieran acudido á regenerarla una nueva raza y una nueva idea: la raza vino del Norte, la idea como la luz vino de Oriente.

El rigor de los climas septentrionales y los trabajos de la emigracion por tierras ásperas é ingratas debieron dotar á los bárbaros de aquel vigor salvaje que engendró en la nueva Europa el sentimiento de la individual independencia. Libre era el bárbaro en el hogar doméstico desde que recibia la *framea* ante la reunion de sus iguales, libre cuando comparecia armado en las asambleas no sometidas al privilegio del censo ó de la curia, libre de escoger en el ejército la banda y capitan para el combate; y este desconocido principio de la iniciativa del hombre en el Estado, debiera, tras larga incubacion en la Historia, formar el espíritu de la política moderna.

Suevos y vándalos, bárbaros del Occidente, trajeron á España estas aspiraciones, un tanto modificadas en los hermosos alanos del Cáucaso: traíanlas tambien los wisigodos, cuyo origen germánico atestiguan de consuno tradiciones, costumbres y lenguaje.

Como la lluvia rocía juntamente los verdes campos y los desiertos arenales, así la religion cristiana descendió á la vez sobre bárbaros y romanos. La *buena nueva*, que anunció al mundo su redencion en el orden sobrenatural, le abrió la senda de nuevos destinos en el orden humano. Declarando al hombre imagen é hijo de Dios y poniendo el fin moral en la imitacion divina, subordinó la voluntad á la conciencia; y como la voluntad es principalmente movida por el resorte poderoso de la pasion, purificó el sentimiento en su origen, fundiendo el amor divino y el amor humano en la ley de caridad, que no habian acertado á comprender reyes, ni sacerdotes, ni filósofos. Fundó la sociedad en el trabajo, santificándole con escándalo de aquellos pocos holgazanes en quienes radicaba la civilizacion antigua; y en el orden juridico, trazando los límites

hasta entonces no señalados entre la moral y el Derecho, entre la religion y el Estado, emancipó la conciencia de la tiranía política, que habian ejercido sin freno el Arcópago de Grecia y los censores en Roma. Era el cristianismo una profundísima filosofía, una moral acabada, y contenia los gérmenes de una economía y de un nuevo Derecho, porque encerraba en su profundo seno el ideal de la perfeccion á que la humanidad aspira.

Cuando apareció el cristianismo en el orbe romano, aquel pueblo escéptico y corrompido sentia hambre y sed de moralidad y de creencias, y refrescó con ánsia los labios enardecidos en las puras fuentes del bautismo. Sentianse los bárbaros atraídos á la naciente religion por la insuficiencia de los feroces dogmas que antes profesaban, y por aquel espíritu independiente que, aunque agresivo, no era desconforme con la sencilla dignidad de los cristianos. Mas un funesto error, fecundo en males, convirtió los godos á la heregía arriana.

Con tales antecedentes se abrió en España, al asomar el siglo V, el drama de la historia moderna. Ya habian llegado en son de conquista suevos, alanos y vándalos, cuando pasaron los godos el Garona y los Pirineos, y luchando contra todos, se anunciaron como los futuros señores de la Península. ; Funesto período de muertes, violencias y depredaciones.... Laborioso parto que en medio de crueles angustias dá á luz á la nacionalidad española: bárbaros é ibero-romanos, diversos en sus orígenes, opuestos en sus costumbres, separados en sus altares, pugnan trabajosamente por alcanzar una unidad que es al cabo mas aparente que verdadera.

Los godos, á quienes Dión llama los griegos de los bárbaros, habian adquirido en las orillas del Danubio la aficion á la vida civilizada, y buscaban ya una patria, á cuya sombra pudiesen reposar de sus viajes. Vinieron á encontrarla en España, donde Ataúlfo soñaba tempranamente el imperio de Carlo-Magno; pero le detuvo en sus sueños y en sus victorias el puñal asesino de Sigerico. Sus sucesores prosiguieron la lucha con bárbaros y romanos, y subyugaron en tiempo de Suintila toda la Península española. Tambien habia sido preciso defender el territorio de aquellos feroces hunnos, espanto de los pueblos, que, dejando tras sí un rastro de desolacion y sangre, amagaban sumergir á la Europa en una insondable bar-

barie. Dios defendió la buena causa, y aunque Teodoro selló la victoria con su sangre, de su muerte surgió constituida la monarquía visigoda.

Pero aun no lo estaba la nacion: habian podido los ibero-romanos transigir con el despojo, mas no con la herejía de los vencedores, pues no hay transacciones con la conciencia; y los auxilios que prestaron á francos y suevos en el Norte y las rebeliones del Mediodía, donde predominaba la raza católica, demostraban que no era posible la paz entre los dos pueblos, mientras no se postraran juntos ante los mismos altares. Recaredo tuvo el acierto de conciliarlos y de abrir los ciegos ojos á la luz de la verdad, abjurando ante el clero la herejía. Recesvinto apresuró la fusion de las razas; y levantando la barrera, ya muchas veces quebrantada por la pasion, que no distingue razas, ni reconoce clases, permitió á godos y romanos unirse con el santo lazo que crea la familia.

Fué así formándose la España goda. Eran romanas las masas sociales, y superiores por el número y la civilizacion, aparecian como el fondo sobre el que debiera dibujarse el cuadro de la sociedad nueva. Juntando apartados tiempos, traían de la antigüedad los derechos civiles mutilados por la conquista, el recuerdo de una sabia jurisprudencia y cierto principio de organizacion en las no estinguidas curias.

Goda la monarquía, porque godo y noble era el rey; atada por la eleccion, daba en manos de la aristocrácia; y fué impotente para fundar la unidad política, porque no habian nacido los concejos que, haciéndola hermana primogénita de las franquicias nacionales, le asegurasen su eficaz apoyo.

Escalonados los godos como feudalismo personal, subordinados los *bucelarios* á los *patronos*, como los *leudes* debian estarlo al rey, sustentaban el poder de la nobleza, asentando los cimientos del régimen señorial del territorio, é infundian nuevo aliento en la nacion con su espíritu enérgico é independiente, y sobre todo con las costumbres de la familia germánica que habria de predominar sobre la romana como mas conforme á la moral del cristianismo.

Mediador entre godos y romanos, depositario de la religion y heredero de las ciencias, que los vencidos empezaban á olvidar y los vencedores no habian llegado á aprender, era el clero la gran fuerza moral de aquel tiempo. Unido con los reyes, inmune y po-

deroso, no lo fué tanto que no se viese obligado á sancionar todas las usurpaciones de la nobleza, pero puede reclamar la aureola de los últimos resplandores con que la civilizaci6n moribunda alumbraba en Espa~a, cuando otros pueblos estaban ya en la oscura noche de la edad media.

Grave mal fué entonces que á los *poderes sociales* no correspondiera la *constituci6n polítiica*. Elaborada por el clero y el monarca, levanta el poder de ambos sobre un pedestal de arena: el rey, que legisla y juzga, convoca los concilios y manda los ejércitos, parece el árbitro supremo del paíis y es solo el jefe de la parcialidad que le sublima al trono: el clero, legislador en los concilios, amparo legal de los pobres, censor de los jueces, presume en la elecci6n del monarca una influencia que dudosamente ha ejercido.

El municipio ibero-romano sufre, sin que apenas se perciba en las leyes la lenta elaboraci6n de la crisálida antes de desplegar sus alas: la curia muere y vá á nacer el concejo tan pronto como en su seno se identifiquen la libertad civil romana, la libertad individual germánica y la libertad moral del cristianismo. La religion y la curia se estrechan, aplicando á la elecci6n del obispo los sufragios populares del defensor: el espíritu germánico penetra en las ciudades, asociando tímidamente la acci6n de los *vecinos* al gobierno privilegiado de los decuriones. Los nobles, servidores de los reyes en el oficio palatino, testigos de solemnidad en los concilios, gobernaban como condes y duques las ciudades y provincias, mas no gozaban en el gobierno, á falta de asambleas feudales, aquel poder que su influencia social requería. No escribiendo las leyes sus fueros, hubieron de buscarlos en el pañal con que segaban la garganta de sus reyes ó en las tigeras con que los degradaban, al tonsurarlos.

A este vicio del Estado debe atribuirse la decadencia de Espa~a y su rota en el trance fatal del Guadalete. No bastaba el clero á contener la desbordada furia musulmana, ni el rey podia ordenar la naci6n para la pelea desde que Wamba descendió del s6nio, y cayeron sus leyes militares. Era la nobleza el alma del ejército; mas perdido su valor de otros tiempos y desgarrada en facciones intestinas, pudo ser de un golpe esterminada. Solo quedaban los ibero-romanos; pero, acordándose de los desafueros de los godos, se cruzaron de brazos y cambiaron con indiferencia de se~ores.

Fracasaron las generosas tentativas de la monarquía y del clero en favor de la unidad social y política: solo quedaron de su obra la unidad civil y religiosa; y ellos y los restos del municipio fueron las semillas que el porvenir debía fructificar en ocho siglos de laborioso cultivo.

Fácil es ahora comprender el estado del Derecho en este período.

Son sus fuentes las leyes romanas y las costumbres godas, pues este retorno á la barbarie no estinguió del todo la luz del Derecho; y los restos informes de la legislación de Roma sirvieron á la nueva sociedad, como sirven al mendigo las ricas vestiduras cuyos despojos aprovecha. Vuelven las costumbres á oscurecer las leyes en esta época de irreflexion y de ignorancia; y la fé, uniendo la Iglesia y el Estado, junta la sancion civil y la religiosa, la excomunion y las multas. Refleja el derecho las artes sociales; y al leer el Fuero-Juzgo se percibe el afan con que descuaja las selvas un pueblo que gasta sus fuerzas en el trabajo agrícola. Y como los códigos son la obra reflexiva de la clase que ha heredado su ciencia de una sociedad degenerada, es inútil buscar en ellos la poesía de un pueblo joven, que solo se encuentra en el estudio de las costumbres; y en su lugar aparece en la ley la hueca y enfadosa retórica de una literatura decrepita, que el Fuero-Juzgo toma prestada del bajo imperio.

La invasion y el respeto que los bárbaros profesaban al individuo introdujeron en España las leyes de castas. Alarico escribió la de los vencidos, y probablemente tambien la de los vencedores, como parece indicarlo el *palimpsesto* de Corbia, oculto muchos siglos bajo una nueva escritura que ha levantado la generacion presente para volver á leer la primitiva, como levanta la losa de los sepulcros para interrogarles el secreto de la Historia. Esa misma ley antigua de los wisigodos sirvió de base al derecho de las dos razas cuando empezaron á formar un solo pueblo, y de ella y de los restos del derecho romano, fundidos en el crisol en que la Iglesia vaciaba la sociedad, se formó el Fuero-Juzgo, cuyo método, estilo y doctrinas son incontestablemente superiores á cuanto produjo la Europa contemporánea.

El estudio de estas fuentes nos permite conocer los mas íntimos secretos de la vida civil de aquellos tiempos, la condicion de las personas, los misterios del hogar doméstico.

Las preocupaciones religiosas hicieron de los judíos los párias de aquella sociedad; ya se distinguían los *optimates* de los ingenuos, como habían de levantarse las torres señoriales sobre las humildes casas de los villanos; la mancha de la servidumbre en los libertos era mas oscura que lo fué en Roma; pero el esclavo romano iba lentamente trasformándose en el siervo de la tierra, del cual á su tiempo saldria el solariego, precursor ya del hombre libre.

Predominan en la familia las costumbres germánicas sobre las leyes romanas, como lo demuestran los derechos otorgados á la mujer y la intervencion solidaria de los parientes en el amparo de los huérfanos; y se percibe el empeño sostenido de la Iglesia para lograr que los hombres no separen á los que ante Dios se unieron (1). En cambio, convertidos los bárbaros en propietarios por la conquista, se encontraban presos en las mallas del orden civil romano, por lo cual tomaron de los vencidos las leyes del dominio. Y como es la herencia el punto en que se encuentran sin desequilibrio la propiedad y la familia, recibieron de los romanos las leyes testamentarias, que desconocian en tiempo de Tácito y de César, y que combinadas por Chindasvinto con la antigua sucesion forzosa engendraron la sábia institucion de las mejoras.

Amiga de los desamparados, introdujo la Iglesia garantías en el procedimiento; opuso precauciones á la barbarie de la tortura, y obra suya fué la estudiada economía con que las leyes hablan de las pruebas vulgares.

El derecho penal empezaba á salir del feróz palenque de las venganzas individuales; la accion pública se mostraba ya, aunque como vergonzosa participacion de la multa perteneciente al ofendido, y guiada por una igualdad mas simbólica que verdadera, imponia el talion en sus castigos. Pero ya la Iglesia proclamaba en

(1) La ley 1.^a, título 6, lib. 3.^o del *Fuero-Juzgo* reconoce terminantemente el divorcio. Carece de epigrafe y puede por lo mismo suponerse que procede de la ley antigua de los visigodos, aunque no se encuentra su correspondencia en el palimpsesto publicado por Blume, ó, lo que parece mas cierto, que se deriva del derecho romano.

La Ley 2.^a del mismo título y libro, que lleva el epigrafe de Chindasvinto, restringe la doctrina de la anterior. Ya la Iglesia española habia manifestado su oposicion al divorcio en el cánón VIII del concilio de Elvira.—*Col. can. del Sr. Tejada, tom. 2.^o, pág. 21.*—y habia admitido la doctrina establecida por el concilio de Mileva—*cánón XVIII*—sobre indisolubilidad del matrimonio—*Col. can. cit. tom. 1.^o, pág. 320.*

voz alta que las leyes se hacen para que los buenos vivan en paz, refrenados los criminales y proporcionada la espiacion á la culpa.

Asi el Derecho en punto á las *instituciones*. No eran los tiempos á propósito para la *ciencia*. Medrosa del fragor de las armas, se habia refugiado en los claústros, donde á la luz oscilante de las lámparas del templo escribían los monges sus pergaminos, mientras que la Jurisprudencia, sierva humilde del derecho práctico, enseñaba en sus formularios la aplicacion de las leyes á aquellos incultos pueblos.

En los padres de la Iglesia se encuentran los restos del saber antiguo, y en las *Etimologías* de San Isidoro se leen compendiadas las doctrinas del derecho romano; pero á su lado aparecen ya en la legislacion las ideas cristianas. Distingue S. Isidoro el Derecho en divino y humano, busca su fundamento en la razon, somete á la moral los legisladores; y aunque estas máximas fuesen para la Iglesia interesadas, eran el único límite á la barbarie de aquellos poderes políticos, y espresaban acertadamente el espíritu del tiempo. Nacidas de las profundidades teológicas, decoradas con bellas formas por la literatura (1), fueron escritas en el Fuero-Juzgo, y merecieron pasar á las leyes y á la enseñanza de otras naciones.

De este modo pensaron y obraron nuestros abuelos, en el orden del Derecho, en aquel período que concluye en la supuesta pérdida de España.

Al principiarse el siglo VIII, la invasion sarracena abre una nueva época en nuestra historia. Sométense las poblaciones á los llamados bárbaros del Mediodía, que respetan sus leyes y su culto, sus sacerdotes y sus magistrados. Estos bárbaros habian recogido entre las cenizas de la biblioteca de Alejandría los restos del saber antiguo, y los muzárabes les ayudaban en la tarea de cultivarle para enseñanza de la ignorante Europa. Tornábase á veces persecucion la tolerancia; mas de este modo se mantenía viva en los vencidos la llama de la fé, para que estuviésen prontos á ayudar á los cristianos del Norte en la empresa de repoblar la tierra, que estos redimian á precio de su sangre.

(1) El obispo Tajon—*Sententiarum*—lib. I.—*XXXVIII Quibus modis Deus loquitur hominibus*—lib. V.—*IX De principibus mundi y X De bonis principibus*. (Florez tomo 31) espone las ideas de San Isidoro, que tambien se encuentran en los versos de San Eugenio.—*Opúscula* 68—*De justicia*—69 *De Misericordia*, etc. PP. *Toledanos*: tom. I.

Los menos en número, pero los mas poderosos en esfuerzo, se refugiaron en las sierras llevando consigo sus reliquias y sus armas, su fé en la religion del Crucificado y en los destinos de la patria. Godos y romanos fundidos en el yunque de la guerra, se unieron en las montañas, eterno asilo de la independencia, con aquellos cántabros y vascones no domados; y así la raza originaria española vuelve al cabo de los siglos á tomar la iniciativa de la Historia.

La resistencia debia ser mas pronta en Asturias que en los Pirineos; apretados allí los cristianos entre el mar y las medias lunas, no tenian otra alternativa que la muerte ó la victoria; aquí guarecidos en tierra amiga podian avanzar ó retroceder, segun arreciase el viento de las invasiones. Por eso renace primero la monarquía de Pelayo en la ilustre cueva de Covadonga, mientras los montañeses de Sobrarve repartidos en bandas, semejantes al gobierno del godo Ansemundo en Septimania, conquistan la tierra *sine Rege*, como declara el Fuero á pesar de fabulosas genealogías.

El ímpetu y la fortuna musulmana tuvieron suspensa en el fiel de dudosa suerte la existencia de los reinos españoles hasta que fué Almanzor vencido en las cuestas del Aguila; y ya entonces la corona de D. Sancho el mayor eclipsaba á todas las de la Península.

En las faldas de los Pirineos habian nacido gemelas en una misma cuna, escondida entre las nieblas de la Historia, las Monarquías de Aragon y Navarra. D. Sancho las dividió á su muerte, y el tiempo las condujo á bien diversos destinos.

En tanto otros godos formaban la Marca hispánica, gobernada bajo el poder de los reyes francos por los condes de Barcelona, que iban aflojando hasta romperle el vínculo feudal del vasallaje.

Impulsados todos por la Providencia, estendian al Sur sus conquistas; pero todos fueron tambien culpables de estériles divisiones y guerras intestinas. Tan cierto es que la libertad humana retarda ó apresura el cumplimiento de los fines sociales.

Fernando Magno reparte los reinos de Castilla; logra Alonso VI reunirlos y conquistar á Toledo; pero una horda de almoravides pone en Uclés en peligro su corona. Doña Urraca y *El Batallador* estrechan con sus manos los vínculos de la España cristiana, pero se rompe esta union con su consorcio; y Aragon y Navarra, temporalmente unidos, vuelven por siglos á separarse. Júntanse por

otro enlace Aragon y Cataluña, á tiempo que Leon y Castilla se dividían; y tantos pequeños reinos se ven á la vez amenazados por otra oleada de africanos, por los bárbaros almohades. El riesgo agrupa á los cristianos; á las Navas de Tolosa vienen juntos Pedro de Aragon y Alfonso de Castilla, y hasta Sancho el fuerte de Navarra que no tiene ya frontera con los moros, llega á romper con ellos la última lanza, y ganar por blason la cadena que cerraba las tiendas musulmanas.

Desde entonces, lejos Navarra de los agarenos, pierde sus fuerzas en remotas cruzadas; Aragon conquista á Valencia, pero detenido ante los linderos castellanos, estiende sus galeras y sus almogavares por el Mediterráneo: Castilla que, unida bajo Fernando el Santo habia conquistado á Córdoba y Sevilla, resiste á los benimerines, rechaza á Alboacen en el Salado, y se inmoviliza bajo la dinastía bastarda hasta que llegan al sôlio los Reyes Católicos. Engastan estos á su doble corona la perla de Granada, y Navarra es sometida por las facciones intestinas á Fernando V, que con razon se titula, el primero, rey de España. La nacion española estaba, en efecto, constituida.

Entre el calor de los combates y el estruendo de las armas iba formándose la sociedad moderna; y estos reinos cristianos, al parecer diversos, tienen sin embargo, inevitable semejanza. Descendientes de la misma estirpe han heredado los mismos *elementos sociales*: la monarquía y el clero, la nobleza y la clase libre y propietaria prosiguen sus destinos en toda la Península, y representan en todas partes las mismas ideas, bien que con variado éxito, segun los trances mudables de la fortuna.

Es la monarquía encarnacion del principio de unidad, de la unidad del territorio, la unidad del poder político, la unidad del Derecho. En ello estriba el secreto de su larga duracion, porque resisten á la prueba del tiempo las instituciones que saben hacerse órgano de providenciales ideas, y nacen hoy para morir mañana las que llevan el cáncer del mal en su seno.

Débil en sus principios en Asturias, por estar sometida á la eleccion, no fué, como debiera, engrandecida por la herencia hasta que cesaron los repartos feudales; y tras intervalos de lozanía, dió con frecuencia en manos de validos y oligárquicas facciones. Las conquistas aumentaban el patrimonio de los reyes, y las donaciones los empobrecían. Jueces de los *rieptos*, convirtieron en su provecho su

mediacion interesada entre los nobles; y como jefes del ejército, les impusieron subordinacion en la cruzada no interrumpida contra los agarenos. Las tradiciones godas, el esfuerzo de algunos, aunque pocos, monarcas, el apoyo de los concejos, y mas que todo el desconcerto de los demás poderes sociales, hicieron de la corona castellana la mas poderosa de las españolas.

En Sobrarve nació oprimida de los nobles, como instrumento de sus ambiciones para conquistar las tierras y repartirles las conquistas. Llega en Navarra á ser hereditaria; mas cuando acaban las guerras con los moros y los reyes de la casa de Champagne peregrinan á las Cruzadas, y los de Francia y los de Evreux gobiernan desde lejos por mercenarias manos, se debilita el poder real, se desquicia la unidad del Estado y se prepara la ruina de la monarquía.

A mas altos destinos fué llamada en Aragon, aunque nació de principios igualmente humildes. Pudieron amenguar su fuerza las elecciones de Borja y el compromiso de Caspe; pero suplía al enflaquecimiento de la institucion la grandeza personal de los reyes que, sabiendo ceder y resistir á tiempo, convirtieron su cetro en eje de la equilibrada máquina de la Constitucion aragonesa.

Fué en Cataluña donde el poder central olvidó del todo las monárquicas tradiciones godas. Allí el pueblo era español; pero el poder venido de Francia hubo de tomar las formas del feudalismo. Como cortijos se dividian ó enlazaban los condados con herencias y matrimonios; y aunque la corona del marqués, centro de todo vasallaje, se vinculó en los condes de Barcelona, se vió mas de una vez ceñirla juntamente dos hermanos, si bien ensangrentada por el fratricidio.

Por armónica oposicion á la corona representaban los concejos de la edad media el principio de las franquezas populares; y partiendo de las libertades civiles redimidas de la opresion feudal, aspiraban al ejercicio de los derechos políticos.

De las ruinas del municipio surgió el concejo al primer golpe de la reconquista, como renace el fénix de entre sus cenizas, sin que se viera el punto en que empezaba á organizarse. No ya la raza ibero-romana, sino la clase libre y propietaria es la que constituye el concejo; el espíritu germánico infiltrándose en ella la ha dotado del poder de la iniciativa; la Iglesia, que tomó del municipio la forma de sus elecciones, se la devuelve al concejo, y por parroquias se eligen los magistrados de los hombres buenos. Avanzando al Me-

diodia abrazan á los muzárabes, como hermanos separados por larga ausencia; y por medio de ellos reciben de la influencia sarracena las formas de la administracion local. Para ser en la frontera baluartes inespugnables, se abroquelan los concejos tras de fuertes muros, desplegan al aire sus pendones, seguidos de hombres de armas, á quienes los reyes honran como caballeros; los privilegios atraen pobladores; la industria los hace ricos, y sus riquezas son la llave de oro que les abre la puerta de las Córtes.

Así nacieron en toda España los concejos. En Castilla fueron tan antiguos como la reconstitucion del Estado, y tan poderosos, que un erudito escritor tiene al reino por una confederacion de repúblicas, presidida por el monarca. Faltábales en Navarra terreno para asentarse, repartido á los nobles, segun fuero, todo el que adjudicaba la victoria; pero llevada la nobleza por la guerra al Mediodía, aparecen y respiran los concejos, que crecen en fuerza y número al separarse Aragon y Navarra. Aquí no llegan á preponderar en el Estado; allí logran en el Gobierno una influencia que estuvieron distantes de conseguir los de Castilla, siquiera en poder interior los escediesen. En Cataluña, el municipio se transforma en concejo en la asamblea feudal: los curiales, vestidos á usanza de la edad media, se encuentran como jueces en el *placitum*, en medio de los hombres libres; y el concejo está constituido tan pronto como los propietarios alodiales sacuden de sus hombros las cargas con que la violencia del feudalismo les ha gravado, á favor de la confusion de los tiempos (1).

El Clero continuaba siendo el depositario de las ideas cristianas, *palladium* de la sociedad moderna; mas su accion espiritual hubiera sido estéril, si el poder de la Iglesia no hubiese abierto en la dura tierra de la edad media el surco en que las ideas cristianas pudieran germinar y producir su sazonado fruto. Donaciones rea-

(1) De los reyes francos son las primeras exenciones á los españoles refugiados en su imperio, y su confirmacion repetida prueba los gravámenes que á pesar de las leyes se les imponian. Bajo este punto de vista, es curioso el privilegio otorgado en 1035 por Ramon Berenguer I á los habitantes de Barcelona y su condado. *Marca hispánica*, pág. 1038.

De la influencia que la asamblea feudal ejerció en las ciudades de Cataluña se conserva una prueba patente en las costumbres de Tortosa, redactadas en el siglo XIII. Segun ellas, los magistrados no podian ejercer el poder judicial sino ante la reunion de los vecinos.

las, donaciones y encomiendas privadas engrandecieron al clero á porfía; inmune en sus bienes y personas, ejerció jurisdiccion, vistió la cota de malla y formó un brazo de las Córtes. Se contagió, es cierto, de los vicios feudales; pero no podia sustraerse á la atmósfera de su tiempo. En cambio, ayudó poderosamente á la repoblacion y al cultivo, dió asilo á la ciencia en los claustros, proclamó las treguas de Dios, dulcificó la servidumbre y sometió á grandes y pequeños al nivelado yugo de la moral cristiana.

La Iglesia habia conservado en Castilla las tradiciones godas; mas al finalizar el siglo XI se vió arrastrada por la general corriente, y hubo de abandonar con pena sus antiguos ritos nacionales, y recibir con los monges de Cluny la influencia ultramontana, que sin embargo, no fué allí tan vigorosa como llegó á serlo en Navarra, Aragon y Cataluña. Los monges de Leire preponderaron en los primeros tiempos en la mitra de Pamplona, y eran los monges la milicia avanzada de los Papas; ejercian estos desde antiguo su poder en Cataluña: Ramiro, primer rey de Aragon, se hizo feudatario de Gregorio VII; y del Pontífice recibió la corona Pedro II, no sin protestas de sus súbditos, ni riesgos para la independencia del Estado.

Con la reconquista resucitaron los nobles en España el belicoso espíritu germánico, que habia comprimido el clero en el anterior período. Con calderas por blasones, como caudillos de mesnadas, confederados con amigos y parientes para hacerse la guerra por venganza, pudiendo despedirse del rey y combatirle y matarle, caso funesto tal vez ocurrido en Atapuerca (1), dueños de ricos acosta-

(1) En la Coleccion denominada de Salvá, perteneciente á la Academia de la Historia, entre los manuscritos que forman parte de los llamados Fueros de Castilla, hay uno titulado *Fazañas*, sacado de un códice en vitela de la Biblioteca nacional, escrito al parecer á principios del siglo XV. De él existe en la biblioteca de la universidad de Salamanca una copia que empieza por el siguiente

Título. *De una Fazaña del tiempo del Rey D. Ferrando de Castiella.*

«El Rey D. Ferrando de Castiella lidió con el Rey D. García de Navarra, su hermano, en Atapuerca, cerca de Búrgos, é murió el Rey D. García, et una noche ante de la pelea, dos cavalleros navarros que al uno decian Martin Perez, é al otro Día Perez de Barcina, teníalos el Rey des heredados, et vinieron al Rey, et pidiéronle merced, que les dexase su heredad, et él non quiso, et despidiéronse del, et desnaturáronse, et otro día en la mañana entrante la pelea pusieron encima de un ribero los que pudieron haber, et quando los Reyes vinieron á la pelea, dexáronse derribar del cabesco en que estaban, et firieron en el tropel al Rey de Navarra, é derribaron le del ca-

mientos, ganados con los botes de sus lanzas, ó debidos á la real munificencia, ejerciendo jurisdiccion sobre sus vasallos y señorío casi absoluto sobre los solariegos, emplearon los nobles su poder en recobrar la tierra, pero tambien en rebeliones y privadas que-relas.

En Castilla no desempeñó la nobleza otra funcion que la guerra; y como era necesidad accidental de los tiempos, estaba destinada aquella ilustre clase á descender de la altura de su prepotencia, por no haber sabido desempeñar oportunamente la alta mision de medianera entre los pueblos y los reyes, la gloriosa tutela histórica que forma el mejor timbre de la aristocracia inglesa: Un dia, cuando el Cid hizo jurar á Alonso VI que «non pasase contra fijoalgo nin cibdadano sin ser oido como debie por fuero,» pudo esperarse que la nobleza castellana arrancaríá á los reyes un privilegio general ó una carta-magna; pero desde entonces pocas veces levanta el estandarte de su clase, nunca la bandera de los derechos generales del Estado. Los Castros y Laras, Luna, Villena ó la Cueva; oscurecen con su brillo individual el lustre de la aristocracia, y solo buscan medros personales bajo el manto de la debilitada monarquía.

Discuten á este propósito los historiadores si era feudal la constitucion de la nobleza castellana; mas si fuera cerrar los ojos á la verdad negar la existencia de los feudos, seria igualmente falso medir la constitucion de este reino por la de Francia ó la del Imperio germánico. Las tradiciones godas, restableciendo los Concilios en lugar de las asambleas feudales, la guerra con los sarracenos que no permitió estender al Mediodía grandes señoríos, como el de Vizcaya ó los condados de Galicia y Castilla, y la pronta aparicion de los concejos dieron al feudalismo castellano la original fisonomía que tuvo la sociedad de aquel tiempo.

balló, é mataron, et hinchieron le la garganta de tierra, et dixerón le: la tierra tomaste, et fártate de tierra. Et fasta qui dice la fazzanna de los fijoalgo, et diceu los Privados de los Reyes, que verdat es que así pasó: mas otro dia que estos cavalleros vinieron al Rey Don Ferrando, et dixerón: Sennor facednos merced por el servicio que vos fecimos ayeri; et el dixo: Pláceme: mas nunca véades Rey. Et estas palauras, que fueron la sentencia.»

Sea cualquiera el valor histórico de este manuscrito, es un fiel trasunto del espíritu de la época.

Intermedias entre la libertad del concejo y la servidumbre del señorío, aparecen en Castilla las behetrías, único grado á que alcanzan las exenciones de los campos, mientras llegan en las Provincias Vascongadas á la independencia de cofradías y hermandades. Es que en Castilla, suspendida sobre la frontera la amenaza continúa de la guerra, necesitan buscar los labradores el brazo de un señor que les defiende, pero que tambien con dura mano les castiga, mientras los campesinos del Norte, apartados de la guerra, no han menester para defenderse un señorío que rechaza la heredada independencia de los vascos.

En Navarra impusieron los nobles al monarca un consejo de doce ricos-hombres para proceder en todo *fecho granado*; mas la debilidad de la corona, dejando á la aristocracia sin contrapeso, hizo que degenerase en turbulenta oligarquía, cuyas facciones empezaron por desgarrar la patria entre agramonteses y viamonteses, para concluir por entregarla desangrada en brazos del rey católico.

De Navarra habia recibido la nobleza de Aragon su régimen colectivo, que empleó dignamente para defender los fueros de su gerarquía, para servir de amparo á los pueblos y de escudo á los reyes; y ella es merecedora de las alabanzas que con justicia se tributan á la Constitucion aragonesa.

Es en Cataluña completamente feudataria la aristocracia, y á tanto alcanza la superioridad del feudo que en casos extremos impone la ley al alodio radicado en sus términos. Hállase aqui completa la escala de la gerarquía feudal, y en su última grada vienen á tomar asiento los hombres de *paratje*, como en Castilla los caballeros sacados del estado llano.

Nobles y reyes, obispos, abades y concejos, luchan, transigen ó se alían en cada uno de los reinos de España, y combinando con irregular medida los *elementos sociales*, imprimen su peculiar sello en la *Constitucion política* de cada Estado.

En Castilla, á la cual tenia mas tarde Fernando V por tan difícil de concertar, como lo era de desconcertar Aragon, aspiró cada uno de los poderes á constituir el Estado en su provecho. El clero, haciendo bajar del cielo el imperio y la gracia, pretendió imponer á los reyes la investidura de los pontífices, y alguna vez desató la Iglesia el juramento de fidelidad á los súbditos. La nobleza y los concejos, cuyo poder crecia siempre que declinaba el del monarca,

acudieron juntos ó separados al comun medio de las hermandades, para predominar en la constitucion del Estado; mas por una ley de equilibrio, análoga al movimiento de una balanza; se disminuía su fuerza y abdicaban sus pretensiones cuando afirmaba su poder el trono.

Era en efecto la monarquía, como todo principio unitario, la piedra angular sobre que descansaba el edificio político. Convocaba el rey los concilios, donde ya pudieron entenderse clérigos y nobles; y cuando llega el siglo XII, los procuradores de los concejos franquean la entrada de aquellas asambleas, y las convierten en Córtes. Su historia refleja la del país, tan mudable como los vientos de la fortuna, y ya retrata la prepotencia de la nobleza, como en Búrgos, bajo Alonso VIII; ya la superioridad de los Consejos, como en Briviesca, bajo Juan I. La accion monárquica organiza tambien los demás poderes del Estado: á los rebeldes condes, herederos de los godos, sustituyen los mas sumisos adelantados; y las atribuciones judiciales van desprendiéndose de éstos á medida que en los siglos XIII y XIV penetra en el Gobierno el suave calor del Derecho. Los alcaldes de corte y alzada, las chancillerías y el Consejo estrechan la union de reyes y letrados, someten la bárbara justicia feudal, y reemplazan el derecho de la fuerza con la fuerza del Derecho.

Navarra en tanto se agitaba en violentas convulsiones. Gobernadores, nobles, clero y concejos, los barrios de una misma ciudad vivian en continuo combate, y se avenian mejor al estrépito de las armas que á la pacífica plática de las Córtes. Los reyes sienten la necesidad de organizar el Estado: Cárlos II *el malo* crea la cámara de comptos hácia los tiempos en que se instituye la chancillería castellana: Cárlos III establece el Tribunal de Corte; pero estos remedios eran inútiles para curar una llaga que tenia causa mas profunda.

En Aragon es tan antiguo el concierto de los poderes, que en la eleccion de Borja aparecen ya las Córtes constituidas. Sus fueros faccionados son para todos respetables; y el rey, no solo reparte sus atribuciones con las Córtes, sino tambien con el Justicia, protector natural de los fueros, amparo de los derechos individuales, gran magistrado, á quien sus nebulosos orígenes dan el prestigio de la antigüedad, pero á quien someten las leyes á rigurosas pesquisas y estrechas responsabilidades. A su lado surge luego la Di-

Diputacion, representante de todos los poderes. Reyes, nobles y concejos forman en el siglo XIII el pacto del *privilegio general*, no comparable ni aun á la carta-magna; y la Constitucion aragonesa, obra trabajada por los siglos, como la de Roma ó la de Inglaterra, lleva escrita en la primera de sus páginas de oro las palabras *conservacion y progreso*. Alguna vez se intenta perturbar su magestosa marcha; ya es el clero, que reclama el vasallaje de los reyes; ya son las alteraciones de los confederados; pero estas sacudidas, con que conmueven la tierra, no hacen oscilar un edificio levantado sobre tan firmes cimientos.

Puramente feudal es en sus principios la constitucion de Cataluña; mas aquella misma alianza, que hemos observado entre el *placitum* y los restos del municipio, allana la subida de los concejos á las Córtes, que empiezan aun antes que en Aragon, si hemos de creer á los Bollandistas (1). Y mas tarde, la union del *principado* y de la monarquía aragonesa se refleja en la semejanza de la Diputacion de ambas coronas.

De Aragon y Cataluña salieron los clérigos, nobles y concejos que ayudaron á D. Jaime en la empresa de arrancar estas risueñas orillas de manos de los sarracenos, para fundar el nuevo reino de Valencia. Mas no le sirvieron de principal base los solariegos cristianos, sino los moros repartidos por el derecho de la victoria para que cultivasen estas mismas tierras que habian fecundizado, haciendo circular en sus entrañas la sangre del fértil Turia. D. Jaime que, bajo las modestas apariencias del estado llano, habia adivinado la grandeza de sus destinos (2), modificó la constitucion de sus

(1) Reinouard en su *Histoire du droit municipal*.—Lib. 3.º cap. XIII, —cita unas Córtes de Barcelona en 1126, refiriéndose el siguiente pasaje de los Bollandistas:

«Annuit Comes propositioni presulis et comitis convocatis, adfore Raymundus ausonensis, Bernardus gerundensis episcopi, Abbates, Comites, Nobiles, et urbium principatus comisarii, quos prefuit omnes Oldegarus. *Acta SS. VI Martii*—Tomo 1.º, pág. 489.» Esta narracion está tomada, segun en ella misma se declara, de un volumen de las antigüedades de Barcelona, existente en su archivo capitular.

Diago en su *Historia de los victoriosísimos antiguos condes de Barcelona*, pág. 180, habla de estas Córtes y del código en que constaban, que aseguraba haber visto, pero nada dice de los *urbium principatus comisarii*. Creemos sin embargo que hay en ello mas bien una omision de Diago, que una interpolacion de los Bollandistas.

(2) Mr. Perrens en el libro que acaba de publicar en Francia sobre Estéban Marcel y el Gobierno de la clase media, sostiene la idea de que la na-

antiguos reinos al aplicarla á Valencia, dando á los hombres buenos en el gobierno de las ciudades un poder que no pudo menos de escitar los celos de la nobleza. Surgieron de aquí conflictos que transigió Alonso IV, repartiendo los cargos de justicia entre nobles y ciudadanos; mas estas semillas de ódio debian producir con el tiempo abundante miés de guerras y trastornos.

Estas variedades del estado político se reflejaban, como en su natural efecto, en las *fuentes del derecho*; mas el comun impulso de las mismas fuerzas sociales daba uniformidad, con raras escepciones, al movimiento legislativo. Hasta el siglo XIII prepondera en España la tendencia que pudiéramos llamar federalista, como propia del desconcierto de la época, pero desde entonces, asentada firmemente la unidad del Estado, logran abrirse camino las leyes generales, y van poco á poco ensoñoreándose de cosas y personas.

Pugna el clero en todas partes por estender la accion del derecho canónico, que habia empezado siendo régimen de gobierno interior para estender su accion al fuero esterno de la Iglesia, é introducir en las leyes temporales el espíritu cristiano.

Tienen derecho propio los nobles. En Castilla redacta Alonso VII el código aristocrático, cuya confirmacion asusta á Alonso VIII, y cuyos privilegios, escollo á los proyectos de Alonso el Sábio, son, por último, sancionados ó reformados por D. Pedro *el Cruel* ó *el Justiciero*. La Constitucion aragonesa, armonizando todos los poderes, consigna en las leyes generales los fueros de los nobles. En Navarra, á falta de ley comun escrita, constan sus privilegios en los cuadernos de los concejos ó en las costumbres del país; y en Cataluña la ley feudal es, como verémos, ley en

cion no se ha emancipado por el concurso de los reyes, sino á pesar de ellos, y considera gratuita la hipótesis de una alianza entre el poder real y las clases populares. Sin decidir esta cuestion por lo tocante á la historia de Francia, es indudable en cuanto á la de España que los reyes tenian cabal conocimiento de la mision popular que desempeñaban. Entre numerosas pruebas hay de ello una clarísima en los consejos que D. Jaime daba á Don Alonso el Sábio. El 4.º decia, «que si no pudiese conservarlos á todos, que á lo menos procurase mantener á dos partidos, que eran la Iglesia y las ciudades y pueblos, porque á estos quiere Dios mas que á los caballeros, porque suelen los caballeros levantarse contra su señor con mas ligereza que los demás; y que si pudiese mantener á todos seria muy bueno; pero que si no, mantuviese á los dos referidos; que con ellos sujetaria á los demás.» *Sempere, hist. del der. esp. pág. 363, citando las Memor. hist. del Rey D. Alfonso el Sábio, por el marqués de Mondéjar, lib. 4.º, cap. 41.*

todo el país, porque en los principios es aquella sociedad el feudalismo.

La reconquista apresuró en toda España el desarrollo de los fueros municipales. Siéntese en Castilla primero la urgente necesidad de la repoblacion, y la carta-puebla aparece sobre el fuero desde el siglo VIII al XI; mas entonces se desarrollan ámpliamente los cuadernos forales para tener á raya las invasiones de los señores dentro de los muros de los concejos para interesar á los hombres buenos en su defensa, y sellar en nombre del Derecho la alianza de los pueblos y los reyes. Distínguense en esta empresa los Fernandos y los Alonsos, que escriben su gloria legislativa en fueros tan ordenados y completos como los de Cáceres y Cuenca.

Las mismas causas producen iguales efectos en los demás reinos cristianos. Sancho el Mayor, Alonso el Batallador y Sancho el Sábido, dan fueros á la ciudad de Navarra: Sancho Ramirez sanciona en Aragon el de Jaca, modelo de cuadernos forales, que vienen á estudiar de lejanas tierras; y aunque otros reyes continúan su obra, no acaban los tiempos medios sin que pierdan su importancia los fueros, porque bastan á las ciudades, como amparo, las garantías de la Constitucion aragonesa. En Cataluña son exenciones feudales las que Borrel II concede á Cardona y Enmengardo de Urgel á Agramunt; pero Ramon Berenguer IV dá ya completos fueros á Lérida y Tortosa, sometidas á su espada triunfadora.

Era esta anarquía legislativa resultado forzoso de la anarquía social. Cada brazo de la nacion pretendia constituir un Estado dentro del Estado, con sus prerogativas políticas, sus jueces propios y sus leyes civiles. La violencia del tiempo hizo volver otra vez la justicia al cielo; se borró del idioma la palabra derecho, porque significa igualdad, y fué reemplazada con la palabra fuero, que indica privilegio, porque era gran exencion la de hacer respetado su derecho.

Ahogada en medio del tumulto la legislacion comun, no tuvo hasta el siglo XIII otros apoyos que las oscurecidas memorias del Fuero-Juzgo, conservado como piadosa herencia en todas las monarquías, y las costumbres que restableció en todas partes este retorno ya completo á la barbarie. Las fazañas y albedrios en Castilla, y en Sobrarbe los usos que, redactados luego, formarian su fabuloso fuero, son el derecho comun de aquel tiempo.

Por su situacion escepcional llegó pronto Cataluña á tener leyes

generales escritas. En aquel conflicto entre la legislación antigua wisigoda y el feudalismo de nuevo introducido, debía predominar el último; y ya mediado el siglo XI tuvieron los condes de Barcelona la gloria de redactar los *Usatjes*, primer trabajo que aseguró á las costumbres feudales de Europa la perdurable duración de la escritura.

Llegó por fin el siglo XIII; los pueblos sentían, con esa vaga inquietud que precede á todo cambio social, la insuficiencia de sus bárbaros usos, la necesidad de las leyes estables, y la monarquía, ya constituida, contrajo el empeño de establecerlas.

En Castilla acomete la empresa S. Fernando: reanuda el roto hilo de las tradiciones, vertiendo al romance el Fuero-Juzgo; pero la muerte interrumpe sus proyectos y aparece en el trono la noble figura de D. Alonso el Sábio. Aspira en vano á la unidad legislativa en el Fuero Real, que compendia el derecho de las municipalidades; mas, dejándose llevar de sus aficiones de sábio, cambia de tendencias en el *Espéculo*, y encomienda probablemente al maestro Jacome la redacción del Código immortal de las Partidas (1). Culpable de haber sido eco indiscreto de las doctrinas ultramontanas, como si desde el siglo XI no hubieran invadido el reino; le acusan de haber comprimido el vuelo original del ingenio castellano, como si ésta no fuese la obra de los jurisconsultos del renacimiento que, al restaurar el derecho romano, procuraban levantarle al sólio de los tribunales.

Siguiendo opuesto rumbo, inicia al mismo tiempo sus reformas D. Jaime I. Confía á Vidal de Canellas la redacción de los Fueros

(1) D. Fermin Gonzalo Moron en su *Curso de Historia de la civilización española*, dice haber visto una nota de letra de Ambrosio de Morales, al margen de un ejemplar de la Crónica general, propio de D. Gregorio Mayans, en la cual se asegura que el Mtro. Jacome escribió las Partidas, siendo por esto llamado el de las leyes.

Esta opinión debía ser corriente en el siglo XVI, porque es la misma que dá como recibida el licenciado Rosales, en la petición que hizo á Felipe II, para que se inventaríesen y llevasen al archivo de Simancas los fueros, privilegios, bulas y escrituras que D. Alfonso mandó juntar en Murcia para la redacción de las Partidas.—*Archivo de Simancas*.—*Patronato eclesiástico*.—*Leg. núm.* 138.

Sin duda á consecuencia de esta petición se espidió en el Pardo á 10 de julio de 1378 la cédula de que hablan Cascales y el Sr. La Serna; pero es lo cierto que al archivo de Simancas no han llegado tales documentos. ¿Los tuvo presentes la Academia en su edición de las Partidas? ¿Se conservan en los archivos de Murcia?

aragoneses; publica los de Valencia, apenas acaba de conquistarla, y encarga despues su revision á Pedro Martell que los reforma «tomando ora la espada, ora la pluma (1).» Enemigo del derecho romano, le condena á interdiccion en sus Estados; y los jurisconsultos, siguiendo el impulso de los tiempos, le dan carta de naturaleza al restablecer los códigos justinianeos con el caos de sus comentaristas y glosadores. En tanto la obra de Alonso el Sábio, que habia fracasado en su siglo, como todo esfuerzo prematuro del ingenio, alcanza autoridad de Alonso XI y derrama sin confusion sobre el imperfecto derecho de Castilla el rico venero de la sabiduría romana. Así el contraste de las reformas legislativas de estos dos grandes monarcas es un claro ejemplo del poder de la libertad humana en la Historia del derecho.

Navarra hacia al mismo tiempo inútiles esfuerzos para redactar sus leyes comunes, y el proyecto de Teobaldo I en las Cortes de Estella no llegó á realizarse, tal vez por su expedicion á Tierra Santa.

Hasta el reinado de los Reyes Católicos prosigue cada pueblo apartadamente sus destinos legislativos. Castilla se esfuerza por armonizar el derecho indígena y romano, trabajo que exigia el concurso de algunas generaciones, y que plantean el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro, mientras Montalvo recopila sus Ordenanzas reales, cuando la monarquía ha llegado á su apogeo. Aragon aumenta con sus reyes los volúmenes de sus fueros, y escribe sus Observancias. Cataluña continúa redactando sus costumbres y reúne todas sus leyes bajo Fernando I. Los reyes de Navarra cumplen por acaso el juramento de *amejorar* y no *apeyorar* los fueros; y aunque Felipe de Evreux proyecta un código para los hidalgos, otro para los labradores y otro para los *ruanos*, hombres de calle ó vecinos de los concejos, carece tambien de tiempo ó poder para llevar á cabo su reforma, retratando así á lo vivo la flaqueza de la monarquía.

(1) Pedro Martell, caballero al servicio de D. Jaime, que murió peleando en Benisa, fué, segun las trovas de Mosen Febrer, escritor contemporáneo, el autor de la reforma de los Fueros.

«Et son fill En Pere, que fench bon llegista,
Els furs de Valencia corregué ab revista».

Trova 306, pág. 165, edic. de Valencia,

Debe advertirse que es dudosa la autenticidad de estas trovas.

En estos códigos, piadosa herencia de nuestros mayores, se encuentra la historia de *las instituciones civiles*, y comparando sus variedades de pueblo á pueblo, aparecen como grados diversos de una misma idea, comunes en sus elementos, distintos en sus combinaciones.

En todas partes es semejante el estado de las personas. Traza la religion con honda valla la línea que las separa; los judíos, tal cual vez favorecidos con el valimiento de los reyes, blanco de las iras populares, sufren el peso de la persecucion y de las incapacidades civiles, hasta que los Reyes Católicos sacrificando juntamente el derecho y el interés en aras de la unidad religiosa, los espulsan de sus reinos: los moros vencidos, mudejares ó moriscos, para quienes Alonso VI en Castilla, y el Batallador en Aragon y Navarra, habian abierto una era de tolerancia, son al cabo perseguidos por el fanatismo de las masas, de que se hacen instrumento en vez de moderador las leyes, y viven alimentándose de ódios hasta que sea preciso espulsarlos, como se amputa un miembro gangrenado.

Los bellos simbolos de la poesia juridica, propia de esta edad, esplican con animados colores la humillacion de los villanos y la arrogancia de los nobles: el caballero, á quien la pobreza no permite sostener su hidalguía, entra en la clase de los pecheros, pasando con ritualidad solemne por bajo de una ahijada que sostienen dos villanos; la viuda de un plebeyo recobra su nobleza arrojando una albarda sobre la tumba de su esposo. ¿Sorprenderán ahora los privilegios civiles y politicos de la nobleza?

Bajo su dependencia estaban los solariegos, herederos de los siervos adscripticios, que ascendian á la categoría de hombres libres el día en que las leyes los autorizaban para abandonar los solares. No fué blanda su condicion en Castilla; pero fué mas dura en Aragon, donde podian los señores matarlos de hambre y sed, en Cataluña donde no se lee sin rubor la lista de sus cargas en la sentencia del rey católico, en Navarra, donde á veces fué preciso tasar su alimento, como las XII tablas tasaron el de los *Nexos*. Pero su suerte se dulcifica á medida que adelanta la reconquista; y el Llobregat en Cataluña y el Duero en Castilla son para solariegos y hombres de *remensa* el Jordan en que reciben el bautismo de la libertad.

La familia lleva en todas partes impreso el sello de sus orígenes. De Roma y de los bárbaros procede la plaga del concubinato, á

que la Iglesia, en nombre de la honestidad cristiana, opone sus armas espirituales, sin lograr preservarse del contagio. Las solemnidades del matrimonio, abandonadas al poético rito de las costumbres, dejan subsistir las uniones clandestinas con dañosa incertidumbre en el estado de las personas, que la Iglesia no evita hasta el concilio de Trento.

Los efectos civiles de las bodas varían sí, de pueblo á pueblo, segun se han combinado las tradiciones de Roma y de Germania. Guárdase en Castilla la dote romana, mas se completa con la sociedad de gananciales y las arras visigodas. Tiene tambien Navarra gananciales ó *conquistas*, palabra que en el órden civil es toda una esplicacion del estado social, y del mismo origen deriva sus derechos de viudedad. Predominan en Cataluña las tradiciones romanas bajo el influjo de las ciudades francesas, donde Alarico las habia arraigado con el Código de Tolosa; se olvidan alli los gananciales germánicos, se copia la dote de Roma, y del origen visigodo solo se conserva el arra trasformada en *escreix* ó *sponsalicio*. Aragon lleva escritas en sus instituciones domésticas las visitudes de su historia política; sus gananciales y sus leyes de viudedad son el recuerdo de sus orígenes confundidos con los de Navarra, su *escreix* ó aumento de dote está acusando su dilatada union con Cataluña. Valencia recibe su dote y su *creix* de la influencia catalana, que formaba un gran partido en la corte de Jaime I, y toma de los aragoneses el usufructo que concede en la dote á caballeros y ciudadanos.

La constitucion de la propiedad sufre tambien la accion de los poderes sociales. El libre dominio romano se conserva en el alodio y en la socampana de los concejos; pero el servicio militar, incrustando en el territorio por medio de la enfitéusis del bajo imperio, el patronato personal germánico, hace nacer el feudo y el señorío de la union del poder público y la propiedad privada. Tambien el clero participa de los feudos; y clérigos, nobles y concejos, celosos del poder civil, como del político, pugnan por levantar recíprocas barreras á las intrusiones del realengo, abadengo y solariego.

La herencia es sometida al yugo de los señoríos. La Iglesia amortiza sus bienes; porque, viviendo eternamente, no puede tener herederos. La nobleza, queriendo á ejemplo de la Iglesia perpetuarse, ofrece en holocausto de su ambicion los vínculos de la sangre y los derechos de la familia, transforma los feudos vitalicios en hereditarios y llega á constituir los mayorazgos. Los concejos son

los únicos que conservan en la propiedad libre las facultades del testador y las esperanzas de la familia, combinándolos en cada reino según las especialidades de su constitución doméstica.

El derecho de las obligaciones y de los cambios es fiel transunto del espíritu de los tiempos. La escasez de estas leyes revela el atraso de las artes, la falta de circulación y de vitalidad de la riqueza; pero tras de los muros de los concejos se oía el acompasado rumor de los telares de Toledo ó Valencia: en las orillas de los mares se condensaban los esfuerzos de los mercaderes; y antes de que en los puertos españoles del golfo de Gascuña se tradujesen los Roles del Oleron, los pro-hombres de Barcelona habían escrito su célebre *Consulado del mar*, que alcanzó á ser la ley del Mediterráneo.

Las instituciones penales se constituyeron trabajosamente en medio de la turbulencia de los tiempos. El espíritu germánico resucitó las venganzas privadas; asaltábanse los nobles sus castillos, asolaban los campos, prendaban solariegos; los concejos ensangrentaban con sus bandos calles y plazuelas, y aunque la Iglesia hacía sonar su voz proclamando las treguas de Dios, era voz que clamaba en el desierto. Del exceso del mal surge el bien; y la caballería se propuso amparar á los desvalidos y deshacer los agravios de los poderosos; pero la caballería, dice bien un escritor, se encuentra más en las novelas que en la Historia. Consolidada la monarquía, aplicó los castigos como represión social; y valiéndose de los concejos opuso con la santa hermandad la espada y la vara de la justicia á los desafueros de magnates y pequeños; pero olvidándose de la moralidad de las penas, consideró á los delincuentes como instrumentos con que podía decorar á su antojo los espectáculos de sangre ofrecidos al público como saludable ejemplo.

Tampoco guardaba más respetos á las garantías individuales la administración de justicia de condes y adelantados. Bien la simbolizaba la venda en los ojos, si por ella se entendía su ceguera á la luz del Derecho; pero era en cambio estremadamente espedita, porque la violencia no ha menester dilaciones. Los reyes, aliados con los jurisconsultos, es decir la autoridad apoyada en la razón y en la igualdad del derecho, humillaron ante la ley común las horcas y cuchillos señoriales; y en las chancillerías y consejos administraron una justicia acusada con razón de tardía, pero prudente y equitativa como el derecho romano y canónico, á los que pidió prestado sus trámites y sus ritos.

Hay quienes tienen esta alianza de monarcas y letrados por funesta á la independencia de los pueblos; pero olvidan que letrados eran los que esforzaban la defensa de los concejos en las Córtes, afectan ignorar las listas de los proscritos comuneros de Castilla, y no quieren recordar que jueces y abogados dieron en la monarquía aragonesa fianza á los derechos civiles con las firmas y el privilegio de manifestacion, que eran además sólida base de los derechos políticos.

De este modo se hacia lentamente la luz en el caos de los tiempos medios; caos fecundo, como el que precedió á la creacion, llevaba en su seno ricos gérmenes que en la sociedad, en el Estado y en el Derecho hicieron brotar por todas partes el orden con la razon y la libertad hermanas del espíritu cristiano.

Y puesto que largo tiempo hemos bajado los ojos á la tierra, buscando en el tropel de los hechos la ley de su armonía, justo es, levantándolos por un momento al cielo, preguntemos á la ciencia qué fué de ella en la oscura noche de aquella edad, que hizo palidecer sus puros rayos.

La ciencia del derecho moribunda, si no muerta, se vincula entonces en los pocos monjes que escriben en sus pergaminos las oscuras memorias de la antigüedad. Vigila y Velasco han merecido bien de la Historia por las copias de los cánones y de las leyes con que enriquecieron sus monasterios; Pedro de Grañon, menos conocido, pero mas digno de alabanza, conserva en San Millan de la Cogulla el recuerdo de las leyes romanas.

La llama de la ciencia y de la fé, reciben vida juntas del fuego sagrado de los templos, pero á fines del siglo XII ó al principiar el XIII, cuando los concejos llegan á las Córtes, sale la ciencia de las catedrales para fundar la Universidad, dando un tímido paso hácia la secularizacion del pensamiento. Es la primera la de Salamanca, plantel de los sábios de Castilla, puerto al naufragio de la ciencia en las borrascas de la barbarie, que divide con París, Oxford y Bolonia la envidiable gloria de formar los estudios generales del orbe cristiano. Constituida por la autoridad régia y pontificia, pero nacida en el seno del concejo, afecta en su gobierno las formas populares. A su ejemplo surgen varias tambien ilustres en Castilla, y mas tarde la de Lérida, y otras no menos sábias academias de Cataluña, Aragon y Valencia dan á sus hijos el pan de la enseñanza, que mendigaban fuera de su patria.

Educaron las universidades á los letrados, bajo las alas de la filosofía escolástica, en las doctrinas canónicas y romanas; y así llevaron al foro su influencia con aquellos alardes indigestos de erudición, á que, como abuso, hubieron de poner coto las leyes de citaciones.

Invocando la autoridad del derecho romano, rompió la Jurisprudencia la tutela del derecho canónico, y bien pronto sometió ambas autoridades al criterio de la razón. Aparecieron al principio las inducciones racionales sofocadas por el farrago de la erudición clásica y teológica, como saltan entre el humo las chispas de un incendio, y así lucían tal cual vez en los últimos tiempos de la edad media, para brotar como esplendente llama, á los albores de la edad moderna.

Todos estos grados recorrieron con gloria los jurisconsultos españoles. Bernardo de Compostela y San Raimundo de Peñafort redactan en Italia las colecciones canónicas, y Martínez de Luna y Casanova discuten los derechos del Papa y el concilio, éste, cuando se agita la Iglesia en Basilea. Mateo, García, Ansaldo cooperan en Bolonia y Pádua al renacimiento del derecho romano. Cultivan las leyes de Castilla los doctores de Alonso el Sábio, y después de ellos Oldrado, Arias de Balboa, Palacios Rubios y el gran Montalvo, Escriben comentarios, sumas, observancias y costumbres forales, en Aragón, Patos, Naja, Hospital y Pertusa; en Valencia, Jafer, Jofré y Rabaza; en Cataluña, Botelo, Alberto, Mont-jui, Vallesica, Mieres, Socarrast y tantos otros.

Entonces invade la jurisprudencia el terreno de la política, y son los jurisconsultos valencianos, me complazco en proclamarlo desde este sitio, los que tienen la honra de esta iniciativa. Ya en el siglo XIII había escrito S. Pedro Pascual *De regimine principum seclarium*; pero en el XIV Fr. Francisco Eiximenez dedicó á los jurados de Valencia su libro *Del regiment de la cosa pública* donde tuvo el feliz atisbo de buscar los fundamentos sociales en la caridad y en la división del trabajo. Juan Pedro de Belluga, que pertenece á esos heroicos letrados perseguidos por defender los fueros, escribió bajo Alonso el Noble su *Speculum principum*, verdadera suma del derecho público, tejida con la trama de la erudición teológica y del renacimiento, donde sabe, sin embargo, buscar el principio de la justicia en la razón divina y su asiento en el mundo en la inteligente alma humana, de la que en su concepto, es inmortal gemela.

Mas tardiamente, como no estimuladas por el ejemplo de la constitucion, aparecen en Castilla las doctrinas políticas; pero apenas se organizan las nacionalidades, el Dr. Juan Lopez de Rivero ó de Palacios Rubios, les hace oír su voz en defensa de Fernando V, justificando la conquista del reino de Navarra.

A esta altura rayaban la ciencia y las instituciones de la nacion española, cuando graves sucesos abrieron para ella y para Europa las puertas de la edad moderna.

Al terminar el reinado de los Reyes Católicos encontrábase la nacion engrandecida, no menos por el vigor de estos monarcas que por el próspero enlace de Aragon y Castilla; mas esta union de los pueblos y aquella afinidad que en sus elementos sociales hemos observado, no fueron bastantes para borrar las diferencias de su constitucion política. Navarra vencida sufría la dura ley del vencedor; Cataluña y Aragon descansaban á la sombra de las libertades y de los garantías de su constitucion histórica; pero en Valencia continuaba la lucha entre nobles y plebeyos, sorda y escondida como el trabajo de la mina que amaga una esplosion inesperada.

El curso de los tiempos habia modificado la situacion de los poderes en Castilla: el alto clero, en vista de la decadencia del influjo temporal del Pontificado, firmaba paces con la monarquia, contento con la unidad del dogma, que la inquisicion garantizaba, y con sus antiguos privilegios: la nobleza sufría entre irritada y vergonzosa el yugo á que la habian sometido los Reyes Católicos: el problema político salía de la edad media simplificado, quedando solo en pié el poder de los reyes y el de los concejos. El cardenal Gimenez de Cisneros, á quien Robertson, para no citar autoridades sospechosas, tiene por el primero de los estadistas modernos, quiso conjurar la tempestad, que ya tronaba en el horizonte, fundando el Estado sobre la union de la autoridad monárquica y de las franquicias populares; mas la llegada del Emperador, que rechazó desabridamente sus consejos, y la sórdida codicia de los tudescos, dieron triste ocasion á un rompimiento.

Hubiera podido la nobleza sostener el equilibrio de la balanza política, arrojando el peso de sus armas al lado de los concejos, pero se inclinó al del César; y las comunidades de Castilla, no apoyadas por las de Aragon, fueron vencidas en los campos de Villalar, donde se consumó el divorcio entre las libertades y la monarquia.

No habian corrido cuatro lustros y la nobleza espiaba su culpa, espulsada de las córtes en Toledo, sufriendo todo el pesar de una derrota, sin la gloria del combate ni la aureola del martirio.

Estremaron en Valencià el rigor de los sucesos las luchas de nobles y ciudadanos; y las germanías representaron, con escasa diferencia de tiempo, el mismo drama que en Castilla, pero con mas sangrientas peripecias.

Aragon y Cataluña sufrieron luego la pena de su egoismo y de su aislamiento, aquel con la ejecucion de Lanuza, ésta con el azote de la guerra, que la asoló bajo Felipe IV.

Fué así resolviéndose por grados el problema político que legaron á los tiempos modernos los tiempos medios; arrancando la monarquía cuantos obstáculos se oponian á su marcha, quedó preponderante en el Estado. Completó entonces su tendencia á la unidad del territorio con la conquista de Portugal; mas, atado á España por el vínculo de la servidumbre, no por el lazo de la fraternidad, rompió su cadena, tan luego como halló ocasion propicia.

Bien pronto la omnipotencia de la monarquía degeneró en impotencia. La nacion mas fuerte de Europa, la que habia combatido en Francia, en Italia, en Alemania, en todas las tierras y en todos los mares, para defender un poder que dentro la asfixiaba, la que habia poblado un mundo con sus hijos, privada de los fueros que son aliento de los pueblos, yacia enflaquecida y postrada á fines del siglo XVII; y en poco estuvo que no fuera, como Polonia, rayada del mapa de las naciones.

Los reyes y el país languidecian juntamente; y la estincion de la dinastía austriaca llamó al trono á los Borbones. Apoyado Felipe V por los castellanos, rechazado por los aragoneses, vencedor reconocido por la paz de Utrecht, arrancó á Cataluña, Aragon y Valencia las últimas reliquias de sus fueros.

Inútil es decir cómo en el nuevo estado de España quedaron constituidos los *poderes políticos*. Bajo la casa de Austria, aun vieron las Córtes, como sombra venerable de su pasada grandeza; y la Administracion escalonó su gerarquía con los Consejos, gobiernos y vireinatos, dóciles instrumentos del monarca, señor de vidas y haciendas. Pero aun la sombra de las Córtes fué como recuerdo inoportuno relegado al olvido por los Borbones. La historia debe á esta dinastía la justicia de reconocer las nobles tendencias de su poder ilustrado, que hacen verdaderamente grata la memo-

ria de algunos reyes ; pero si sus reformas podían , como la electricidad que galvaniza un cadáver , dotar á la nacion de pasajero movimiento , no lograrían restituirla á la vida , sin cambiar radicalmente los principios de su constitucion política.

Perdida la independencia de los antiguos reinos , no se encuentran ya las *fuentes del derecho* en los fueros , sino en las leyes reales , y el trabajo legislativo se reduce á la enojosa tarea de ordenarlas en recopilaciones. Castilla publica la suya en tiempo de Felipe II , y tras varias correcciones hace la última al comenzar nuestro siglo , dejando en ella un rico pero desordenado arsenal para la historia. Aragon reúne sus fueros y observancias en el siglo XVI : Valencia , que le habia precedido en la publicacion de los privilegios , no consiguió hacer la de sus fueros : Cataluña publica su recopilacion al terminar aquel siglo ; y por fin , Navarra logra dar á luz la suya juntamente con su fuero.

Mas estas leyes no fundan nuevas instituciones en el derecho ; la sociedad civil salió constituida de la edad media , y las ordenanzas reales , si pudieron enriquecerla con sus pormenores , no intentaron alterar su esencia. En todas las comarcas españolas , la familia , la propiedad , la herencia y los cambios hacen idéntica á la que ya hemos descrito la vida íntima de los tres últimos siglos. Solamente Valencia , al terminar la guerra de sucesion , sufre con escepcional injusticia la violencia hasta en las intimidades del hogar doméstico , el despojo de sus fueros hasta en las leyes civiles.

El movimiento jurídico se trasporta en esta época de los hechos á las ideas , de las instituciones á la ciencia.

En el siglo XVI , podemos decirlo con orgullo , la *Jurisprudencia* española marcha al frente de la europea. Los maestros y discípulos de nuestras universidades , maestros y discípulos en París y Bolonia , extienden su influjo á las de Flandes é Italia , sometidas á nuestro imperio ; á la de Coimbra , unida á la nacion por breve plazo.

En todos los ramos del Derecho penetró el escrutador análisis de la ciencia.

Partiendo de la teología , Victoria y Soto presienten la teoría del derecho de gentes y la del derecho natural , que Vazquez Menchaca asienta con gran libertad , al decir de Grocio , sobre el principio de la razon , un siglo antes que el jurisconsulto holandés la fundase sobre la indeterminada base de la sociabilidad humana.

Arias de Valderas y Alvarez Guerrero estudian la justicia de la guerra cerca de medio siglo antes de que Ayala publicase su libro, tan encomiado por los extranjeros. Molina el jurisconsulto y Vazquez de Arce van á Portugal á defender los derechos de Felipe II, que otros jurisconsultos niegan y combaten.

Hierve tambien de discusiones el palenque del derecho político. La Torre busca en la Escritura y los sagrados doctores la institucion de un príncipe cristiano, mientras Fox Morcillo apoya sus doctrinas en la antigüedad clásica. Rivadeneira refuta con general aplauso á Machiavelo, y Furió y Seriol, Antonio Perez, Monzon, Felipe y tantos otros escriben instrucciones, Norte y Consejos de príncipes, antes de que Mariana cerrase el siglo con su famoso libro del Rey y de la institucion real.

Antonio Agustin, Govea, Pichardo, Vinuesa y Ramos del Manzano profundizan la legislacion romana, que Villalobos, Martinez de Olaso y Gimenez cotejan con el derecho de Castilla.

El mismo Agustin, Chacon, Tomás el balearico, Barbosa, Azpilcueta cultivan el derecho canónico y dan correctores á Graciano.

¿Podrá acusarse de esterilidad á la nacion madre de tan esclarecidos ingenios? Mas no llegaron á sazonado fruto las bellas esperanzas que prometian: la decadencia general de España arrastró en su caída los estudios legislativos, y la presion del poder se opuso á todo adelanto. Los jurisconsultos de nuestras escuelas de Flandes, ya emancipadas, se apoderaron de la iniciativa que abandonábamos; y cuando Hugo Grocio proclamó el derecho natural y la libertad de los mares, una voz se levantó en España, pero fué para contestarle, defendiendo en los de Asia el imperio que á nombre de Portugal nos correspondia. Surgen de vez en cuando, á modo de relámpagos en la oscuridad, talentos como Navarrete ó Saavedra Fajardo; mas desaparecen sin dejar rastro, ni formar escuelas.

El derecho civil fué por mas tiempo cultivado con éxito, porque es una ley, ya observada en la declinacion del imperio romano, que la libertad del espíritu, proscriba del órden político, se refugia en el órden civil hasta que allí se estingue su vigor con su independencia. Mientras Gregorio Lopez publicaba su inmortal glosa de las Partidas, y Avendaño, Matienzo, Gutierrez y Acevedo comentaban la Recopilacion, la flor de nuestros jurisconsultos, y con ellos Antonio Gomez, desenvolvía los principios de las leyes de Toro, para hermanar la sabiduría de nuestras antiguas costumbres.

y la erudicion del derecho romano. Covarrubias, Bobadilla, Parladorio, Castillo y tantos otros, se distinguian por diversos caminos. Abundaba la práctica de escritores, y no carecia de ellos el derecho penal, en cuyas doctrinas ya se presentian las filantrópicas ideas que hoy profesamos.

Tambien las leyes de otras provincias eran objeto de especiales estudios: Pasquier, Sada y Chavier en Navarra; Cancer, Ferrer y Fontanella en Cataluña; Molino, Bardaji y Soler en Aragon; Tarazona, Matheu y Crespi de Valdaura en Valencia, por no citar sino los mas notables, hicieron predilecto asunto de sus meditaciones el derecho de los países que les sirvieron de cuna.

Pero nada detuvo á la ciencia en la fatal pendiente, por donde caminaba; rotas las libres alas con que ascendia á la mas pura region de las ideas, se agitaba caida en el fango de un casuismo informe, abandonada de la crítica y del buen gusto literario. Sufrieron las universidades la comun decadencia, y fueron en el siglo XVIII duramente reconvenidas, porque abandonaban el derecho pátrio y desconocian los métodos elementales, como si la elaboracion de sintéticos sistemas no requiriese el ejercicio de una independencia de pensamiento que les estaba prohibida.

Bajo la nueva dinastía, fué algo, aunque poco, aportillada la barrera que nos aislaba del movimiento científico de Europa, y estimulada por cierto calor artificial volvió á florecer la jurisprudencia; Abreu y Marin cultivan entonces el derecho natural y de gentes; Mayans y Finestres, el romano; Mayans, el derecho y las letras unidas en agradable consorcio; Floranes y Burriel, preparan los estudios histórico-jurídicos, que habian de continuar Sempere y Marina; Macanaz y Campomanes, prosiguen la obra antes empezada por Salgado y Zevallos; Asso y Sala, redactan instituciones; Danvila, lecciones de economía civil; Lardizabal prepara las reformas penales que una nueva oscilacion del poder abandona en medio del camino, y la legislacion dá la última prueba de su impotencia en la obra de D. Juan de la Reguera. Eran ya los tiempos en que sonaba en el reló de la historia la hora del siglo XIX, cuyos altos hechos abren á la nacion nuevo horizonte, que no alcanza á recorrer nuestra vista desde el lugar humilde en que le contemplamos.

Ahora, si llegados á punto de descanso en el viaje que hemos hecho, queremos recorrerle de una ojeada, y olvidamos por un

momento las debilidades, los errores y las injusticias, que pasan sin dejar permanente huella, reconoceremos en la Historia muestras inequívocas de la ley del progreso.

Fué la primera la constitucion de la España goda: aquella sociedad envejecida prematuramente, nacia condenada á próxima muerte; pero legó al porvenir los gérmenes de la nacion moderna.

Empieza verdaderamente la edad media, el retorno á los tiempos bárbaros despues de la jornada del Guadalete; y al ver extinguirse los últimos resplandores de la civilizacion, que todavía iluminaban, como un dudoso crepúsculo, á la España goda, no parece sino que Dios ha dejado á los pueblos de su mano. Pero bajo aquella áspera corteza se ocultan las fuerzas vitales de una civilizacion y de un derecho mas perfecto. El adelanto no se verifica entonces en las leyes, es preciso buscarle en la sociedad: las leyes se borran de la memoria de los hombres, y son reemplazadas por costumbres, que, aunque groseras, retratan con vivo colorido la poética y enérgica juventud de los pueblos: los vínculos del Derecho, relajados por la violencia, se desarrollan poco á poco con doble progreso, ya en intensidad, fortaleciendo en el individuo el poder de la razon y del libre-albedrío, ya en estension, estrechando los lazos de apartados pueblos para formar con ellos una nacion sometida á las mismas leyes.

Como se dilata en la tersa superficie de un lago el círculo que traza la piedra arrojada en su fondo, así se ha ido estendiendo el círculo de la nacion española; y al sentimiento de unidad del poder monárquico toca la gloria de este feliz progreso, si bien estuvo á punto de dejar romper en girones la Península, cuando mediaba el siglo XVII.

Tambien toca á la generacion presente poner la cúpula en el edificio de la unidad civil, ya levantado á grande altura por nuestros abuelos. Para quien sabe leer en el fondo de las instituciones, las diferencias civiles de las provincias españolas no son mas que desarrollos diversos de los mismos principios, elementos incompletos que la ciencia está llamada á reunir en un código sistemático, sin buscar en otros pueblos un patron que no pudiera acomodarse á España.

Mas lenta y combatida la accion de la inteligencia y de la libre actividad del hombre, no ha sido menos eficaz ni menos progresiva en nuestra historia. Nacieron las libertades en el modesto rincón

De los concejos, y avanzaron paso á paso en las hermandades y en las Cortes para reclamar su puesto en la gobernacion del Estado. La ciencia, la última en llegar, salió de los claustros, donde la Iglesia la habia dado generoso asilo, para fundar las universidades, apenas se serenó un poco la tempestad de la barbarie; redactó las antiguas costumbres y las leyes canónicas y romanas en los códigos del siglo XIII para dar fijeza á las instituciones civiles, y abrió despues el camino de las ciencias jurídicas modernas: aliada de los reyes, sometió el feudalismo á la justicia; aliada de los pueblos, formuló los capítulos de reforma que los concejos exigieron de la monarquía. Otra vez la victoria se decide contra el Derecho: la nacion decae poco á poco, y la ley del progreso parece por algun tiempo desmentida; mas los públicos fueros, hollados momentáneamente, cediendo como las palmeras á impulsos del huracan, se levantan con mas fuerza en nuestros tiempos para regenerar la sociedad y reconstituir el Estado. El árbol de la ciencia, no es tampoco en España la planta exótica importada de estraños climas, sino el retoño vigoroso de las raices que dejó en el suelo la segur que cortó su robusto tronco; y las generaciones presentes, cerrando el paréntesis abierto por tres siglos en la historia, deben continuar la obra de nuestros mayores sin mendigar estrañeras doctrinas, á la sombra de nuestras antiguas venerandas tradiciones.

Gran leccion y provechosa enseñanza esta que resulta de la Historia, considerada desde la altura adonde no llegan las preocupaciones de la pasion ni las torcidas miras de intereses bastardos. Haciendo desfilár ante la vista deslumbrada el largo cortejo de los pueblos y evocando los ingénios que duermen en sus tumbas; conversando, como dice Descartes, con las gentes mas honradas de la antigüedad, y contemplado con el ojo del individuo el camino de la especie, engrandece el espíritu del hombre con la conciencia de los destinos humanitarios, sostiene á los débiles de espíritu con la fé en el progreso, templea los caractéres ardientes con el espectáculo de la serena marcha de los pueblos, muestra al vicio la medida de su impotencia, y á la virtud su fecundo poder en los siglos, ó infunde en todos valor y aliento para cumplir los destinos que señala la sábia Providencia.—HE DICHO.

Eduardo Perez Pajol.

DE LA LEGITIMACION.

ARTÍCULO 2.º (1).

Hemos consagrado el artículo anterior á examinar la justicia y conveniencia de la legitimacion por subsiguiente matrimonio, y si procedia de este, ó provenia de la ley. Ahora nos ocuparemos de otro modo de legitimar, reconocido por nuestras leyes; la legitimacion que los romanos denominaron *por rescripto del príncipe* y reconoce nuestro derecho con el nombre de *por autorizacion real*. Siguiendo el pensamiento, que desde el principio nos propusimos, la examinémos en el campo puramente legislativo, sin perjuicio de tocar aunque de ligero alguna cuestion práctica, en cuanto sea necesario para ilustrar el punto principal. Desconocida entre los romanos la legitimacion por subsiguiente matrimonio hasta los tiempos del emperador Constantino, no era de esperar que se conociera antes la que ahora nos ocupa. Las instituciones se plantean antes de desarrollarse, lo primero es fijar la idea fundamental, el pensamiento que es su base, el cimiento natural sobre que descansan; por eso, antes que los modos diversos de legitimar, se conoció la idea de legitimacion, de dar á ciertos hijos que nacen fuera de la esfera de la ley, las condiciones de la legitimidad; por eso la legitimacion por *rescripto del príncipe*, que era incompatible con las formas republicanas, no se estableció hasta el tiempo de Justiniano. Esto no es decir que no pudiera haberse establecido antes; desde Augusto se la pudo ya reservar un lugar en el derecho, pero no se hizo. La jurisprudencia es ciencia de aluvion, como ha dicho muy oportunamente un jurisconsulto inglés, y es necesario dar tiempo para que las reformas se verifiquen. El emperador Justiniano, en cuya frente se veía esculpido el sello de las reformas legislativas, creyó que la legitimacion *por subsiguiente matrimonio* no era suficiente para garantizar los derechos de los hijos; creyó que podría haber algunos casos en que el padre se hallase en la imposibilidad de casarse con la madre, sin que por eso los hijos dejasen de ser puramente naturales, esto es, nacidos de concubina, y le pareció muy duro, muy injusto, que es-

(1) Véase la pág. 130 del tomo XVI de la REVISTA.

tos hijos sufrieran las consecuencias del *acaso* cuando la ley les equiparaba en un todo en cuanto á su condicion; creyó que era injusta la desigualdad de derechos á hijos de una misma clase; creyó, en fin, que los que por circunstancias especiales no hubiesen podido gozar del beneficio de la legitimacion por subsiguiente matrimonio, deberian obtener el favor del príncipe, quien *ex plenitudine potestatis* podia otorgarles ese privilegio. Estos motivos decidieron á Justiniano á establecer en las novelas 74 y 89, que los hijos naturales serian legitimados por el príncipe á instancia del padre, cuando no tuviere hijos legítimos y le fuera imposible casarse con la madre, por haber muerto ó desaparecido esta, ó por otra razon igualmente válida, con tal que no fuese impedimento procedente de una accion criminal como el adulterio, el sacrilegio, el incesto, pues entonces los hijos ya no eran *naturales*. Meditando sobre estos principios, es preciso confesar, que Justiniano no bastardeó la naturaleza esencial de la legitimacion, no desconoció la ficcion santa en que se funda, no quiso en una palabra, que el fruto de acciones criminales adquiriera jamás el premio de la legitimidad. En esto hay que hacer justicia al legislador del siglo VI; fué consecuente con los principios sobre que su antecesor Constantino habia asentado la legitimacion por subsiguiente matrimonio; pues de un modo ú otro, solo los hijos naturales podrian ser legitimados. Pero al mismo tiempo no hay que olvidar, que al príncipe se daba el derecho de legitimar y que la arbitrariedad era la consecuencia posible de esa concesion; y aunque se advierta como de paso que la forma del gobierno lo exigia así, cremos, sin embargo, que pudo haberse encomendado á la ley, como se hizo con la legitimacion por el matrimonio subsiguiente. Sin embargo, convengamos en que si Justiniano fué impolítico, no fué igualmente inmoral, y por esto es digno de indulgencia.

Una ley del Fuero Real (1) vino á dar carta de naturaleza entre nosotros á la legitimacion por rescripto del príncipe, que se denominó *real* ó hecha *con licencia* ó *autorizacion real*, pero conservándose el espíritu de moralidad de la legislacion romana, es decir, limitando el beneficio á los hijos *naturales* ó habidos *en barragana*. El Código de las Partidas siguió como era de esperar las reglas del de-

(1) 17, tit. 6.º, lib. 3.º

recho romano, estableciendo en una de sus leyes (1) que solo podian ser legitimados por el rey, los hijos de mujer *que non hubiere marido*, con lo que escluyó á los adulterinos, y diciendo en otra (2), que «piden merced los omes á los emperadores é reyes en cuyo señorío viven que les fagan sus fijos que han de *barragana*, legítimos. *E si cabe su ruego* é les legitiman, son dende adelante legítimos, é han todas las honras é los proes que han los fijos que nacen de casamiento derecho, » con lo que escluyó los espúreos de otras clases. Las palabras de esta ley hacen conocer como la anterior, que el Justiniano del siglo XIII seguia la huella del legislador de Oriente; queria que solos los hijos *naturales* pudieran ser los legitimados por la gracia del rey, dándoles las *honras é proes* de los legítimos. Por otra parte, en una ley del Fuero Real (3) se prohibia esta forma de legitimacion, en el caso en que existieran hijos legítimos, en cuya disposicion se vé la tendencia de no menoscabar nunca los derechos de estos y de los legitimados por el matrimonio. Motivos que nadie ignora, dieron lugar á la cuestion de si sobreviniendo hijos legítimos ó legitimados por matrimonio despues de la legitimacion por concesion real, quedaria esta destruida, sosteniendo algunos jurisconsultos la afirmativa, fundados en que el privilegio habia venido á parar á un caso en que no pudo tener principio, y defendiendo otros la negativa apoyándose en que no es cosa nueva, que lo que una vez se estableció por utilidad, se conserve aun llegado el caso mencionado antes. La ley 12 de Toro puso término á esta cuestion estableciendo: que los legitimados por licencia del rey, aunque lo hubieran sido para heredar á sus ascendientes, no pudiesen hacerlo ni *ex testamento ni ab intestato* en el caso en que sobreviniesen hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; que sin embargo pudieran dejarles *el quinto*, pero no mas; y que en la sucesion de los demás parientes y en las honras y preeminencias fuesen iguales á los legítimos.

Hasta aquí vemos que el derecho iba conservando los buenos principios en que debe descansar la legitimacion. Pero la ley 11 de Toro habia causado una revolucion profunda en la verdadera inteligencia de lo que son los hijos *naturales*; habia roto completamente

(1) 9, tít. 18, Part. 3.^a

(2) 4, tít. 15, Part. 4.^a

(3) 5, tít. 6.^o, lib. 3.^o

con la historia, y sus lamentables consecuencias se tenían que dejar sentir desgraciadamente en cuanto á la legitimacion por concepcion real, como ya se habian sentido en cuanto á la que se verifica por subsiguiente matrimonio. En efecto, la Real cédula de 21 de diciembre de 1800 sobre gracias al sacar, colocó entre ellas las legitimaciones de los hijos de personas *casadas, clérigos y caballeros profesos de las órdenes militares*; la moral sufrió una lesion profunda; el escándalo quedó consagrado por la ley; los hijos adulterinos y sacrilegos podian ser legitimados por el favor de la corona; y aunque el decreto de 5 de agosto de 1818, hizo caso omiso de los hijos de clérigos y de casados, dejó no obstante subsistente el precepto de 1800 respecto á los de caballeros profesos. La Real cédula de 6 de julio de 1803, declaró susceptibles de legitimacion á los hijos incestuosos, y la de 11 de enero de 1837 dictó una resolucion semejante. Dado este paso, asentados estos precedentes, no puede sorprender que la ley de 14 de abril de 1858 sobre gracias al sacar, autorizase al rey para legitimar á los hijos naturales en los términos que los define la ley 11 de Toro, que por muy equitativamente que se la haya querido interpretar, siempre dará por resultado que admite una fatal disyuntiva por la que los hijos son naturales, si los padres fueron hábiles para casarse al tiempo de la concepcion ó del parto. Esta ley que ha producido cuestiones escandalosas en todos sentidos, ha roto tambien con el espíritu que presidia á las antiguas, que antes de todo daban plaza á la moralidad, evitando el escándalo social.

La reseña histórica que acabamos de hacer de la legitimacion por rescripto del príncipe, dá por resultado dos ideas importantísimas. Hasta las leyes de Toro se halló basada, en cuanto era posible, en los principios de moralidad; desde esas leyes participa algo del escándalo.

Cualquiera que sea su fundamento, ¿deberá admitirse la legitimacion que nos ocupa, ó será mejor proscribirla de los códigos? Este es el punto para cuya decision hemos creído oportuno exponer las anteriores consideraciones. Razones políticas, de justicia, de moral y de conveniencia pública aconsejan que la legitimacion por concepcion real sea abolida. Vamos á exponerlas para justificar esta proposicion.

Que en el derecho romano se conociese este modo especial de legitimacion que supone la plenitud de la soberanía en el príncipe, no era extraño. La hipócrita usurpacion de Augusto produjo como

consecuencia, que algún tiempo despues, un ministro mercenario y adulator dijera en tono de aforismo: *quod principi placuit, habet legis rigorem*; exactísima fórmula de la tiranía imperial. Ante estos principios nada habia que no quedase al arbitrio ó arbitrariedad del príncipe; cómodamente podia mandar lo que quisiera. Cuando Don Alonso X consignó esos principios, la legitimacion por autorizacion real era preciso admitirla tambien, porque habia necesidad de copiarlo todo, y el plagio halagaba al legislador. Mientras el gobierno absoluto fué el que nos rigió, no era asombro ver que la legitimacion por autorizacion real subsistiese; no debió suceder, pero sucedió á favor del mismo sistema. Planteado en nuestra patria el régimen constitucional, tan fecundo en acontecimientos y tantas veces hastardeado, debia esperarse que la ley fuera el único regulador de los derechos de los hijos ilegítimos; que la legitimacion no pudiera hacerse por el monarca, puesto que un derecho tan importante como la legitimidad, no debe abandonarse al capricho. Dígase lo que se quiera, con la ley de 14 de abril de 1838, no se hizo mas que ostentar un espíritu de legalidad que realmente no existía. Se autorizó al rey para legitimar. ¿Y qué mas se habia hecho en Roma bajo un gobierno imperial? ¿No se consignó esa autorizacion en las novelas de Justiniano, en el Fuero Real y en las Partidas? Siempre hemos creido que el sistema de las autorizaciones es un medio muy cómodo de eludir las formas constitucionales é inutilizar las garantías de la libertad civil. ¿Qué importa que se reconozca en el poder legislativo la facultad de dispensar, si esta facultad se delega luego en el rey? ¿Por qué no dejar á la ley que lo haga todo, cuando posible sea, como se hace respecto de los demás derechos civiles? Porque si la legitimacion por subsiguiente matrimonio, no se cree bastante para asegurar en todo caso los derechos de los hijos naturales, no se fijan en la ley reglas por las que esos derechos queden asegurados?

Así como el derecho romano fijaba los casos en que podia tener lugar la legitimacion por rescripto del príncipe; ¿por qué reservar á éste la facultad de declarar un derecho que le otorgaba previamente la ley, cuando de un modo bien sencillo, el juez lo declararía despues de probados los extremos por una informacion sumaria? No hubo mas razon que la de resumir todo el poder legislativo en el príncipe; pero esto en vez de satisfacer ofende y es inadmisibile. Es extraño que quien dejaba al juez la declaracion de tantos y tan-

tos derechos civiles, no quisiera dejarle la de la legitimidad en su caso. Solo el espíritu de usurpacion, es el que puede sostener semejante doctrina, que coloca en manos del monarca, los intereses mas caros de las familias, que traslada al rey lo que corresponde al poder judicial; y aunque se diga que los tribunales tienen intervencion, pues que forman el expediente, oyen al ministerio fiscal y emiten su dictámen, es lo cierto que la resolucion, el fallo, la sentencia declarativa sobre la legitimidad ó ilegitimidad la pronuncia el rey, convirtiendo á los tribunales en jueces meramente instructores, cosa que desde luego ataca y mina por su base la independendencia de los poderes públicos y la libertad civil del ciudadano. De suerte que bajo el aspecto puramente politico, la legitimacion por rescripto es cuando menos una usurpacion de la soberanía, que si pudo parecer lógica á la sombra de ciertas formas políticas, es una inconsecuencia el admitirla bajo las que hoy nos rigen. Bien seguro es, que si á los tribunales de justicia se hubiese encomendado la ejecucion de la ley de 14 de abril de 1838, en lo que á este punto se refiere, no se hubieran dado tan equívocas interpretaciones á la undécima de Toro, que si bien muy mala de suyo en la definicion de los hijos naturales, la equidad que es la religion del juez, hubiera templado su rigor y no se hubiesen visto legitimaciones escandalosas de hijos adulterinos, sacrílegos é incestuosos.

Esta legitimacion es además inmoral, porque lejos de fomentar el matrimonio que debiera ser su único, ó cuando menos su principal objeto, fomenta el concubinato, puesto que se ha de verificar precisamente en ciertos casos en que el matrimonio no es posible por la muerte ó desaparicion de la madre, ó por alguna otra razon que no suponga que hubo una union criminal. Comprendemos que podrá argüirse que se hace de peor condicion á aquellos hijos naturales que tuvieran la suerte de ser legitimados por el matrimonio de sus padres, que aquellos de la misma clase que tuvieron la desgracia de que el matrimonio no se verificase; mas sin embargo, este argumento se contesta teniendo presente que el fin de la legitimacion, no es solo favorecer á los hijos, sino á los padres y al matrimonio mismo.

Pero aun hay mas: al admitir la legitimacion por rescripto, pueden ocurrir tres casos: 1.º que existan hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio: 2.º que no existan unos ni otros; 3.º que vengan despues de hecha la legitimacion por rescripto. En el

primer caso, ni el derecho romano ni el patrio admitian esa clase de legitimacion, ni nadie ha pensado en admitirla por razones tan obvias que no se ha vacilado en adoptar. En el segundo, es decir, cuando no habia ni hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio, parece que la legitimacion por rescripto se presenta mas fácil y menos inconveniente que nunca; pero sin embargo, hay que considerar que sobre ser mala por naturaleza, se dan á los hijos todos los derechos de legitimidad sin que la union de sus padres haya recibido la sancion del matrimonio, y por voluntad del príncipe reciben derechos de sucesion. No hay que olvidar además que pueden venir despues de la legitimacion hijos legítimos ó legitimados por el matrimonio, en cuyo caso la legitimidad de los primeros desaparece ó queda reducida á una vana fórmula. En el tercer caso, que supone que despues de la legitimacion por rescripto, han venido hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, ó se anula la primera legitimacion, y entonces el favor del rey se reputa que no ha existido, ó se conceden en virtud de ella algunos derechos, como por ejemplo, los que determina la ley 12 de Toro, y entonces la legitimidad es casi formularia, ó se concede mas, y entonces se atacan los derechos de los legítimos. En efecto, el dar á los padres la facultad de dejar á sus hijos así legitimados, el *quinto* de los bienes, ¿es prueba de legitimidad? No, porque esa misma porcion puede dejarse á los espúreos y aun á los estraños. El derecho de suceder á los demás parientes en concurrencia con los hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio y el de disfrutar de los mismos honores y prerogativas que estos, ¿es prueba de legitimidad? Es darles un carácter indefinible, pues á tanto equivale declararles ilegítimos con respecto á sus ascendientes, y legítimos con relacion á los colaterales y siempre en este último concepto, perjudicando á los hijos legítimos, pues que concurren con ellos á participar de la herencia de los colaterales, y es altamente ridículo declarar primero á un hijo los derechos de la legitimidad en toda su estension, revocarle despues esos derechos como descendiente y conservárselos como colateral, con perjuicio de los hijos legítimos; este es un verdadero desórden jurídico, que carece de justicia y de esplicacion. La ley 12 de Toro quiso transigir con los jurisconsultos que profundamente divididos, daban unos absoluta fuerza á la legitimacion por rescripto, y otros se la negaban completamente en el caso que sobreviniesen hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

Esta ley concilió sin duda, pero fué los ánimos divididos de los juriconsultos, no los principios de equidad y de justicia; por eso si bajo el primer aspecto la transacción fué verdadera, bajo el segundo fué ridícula en una parte y atentatoria en otra de los derechos de los hijos legítimos. ¿Ni cómo había de ser de otro modo, si en vez de fijarse los legisladores de Toro en los precedentes legales, se fijaron en una cuestión que acaso sin necesidad habían provocado nuestros juriconsultos? Si se hubieran meditado con detención los precedentes contenidos sobre esta materia en el derecho romano y en nuestras leyes, no se hubiese concedido efecto ninguno á la legitimación por rescripto, cuando sobrevinieran hijos legítimos ó legitimados por matrimonio.

No se crea por esto que abogamos por lo establecido en nuestras antiguas leyes, porque aunque mejor que lo preceptuado por la 12 de Toro, no podemos aprobarlo, puesto que en ella se reconoce el principio de la legitimación por rescripto, que no admitimos de ninguna manera. Y lo mas sensible es que sus partidarios, por mas que quieran modificar el absurdo que resulta de la ley taurina, no pueden conseguirlo sin hallar de frente, en oposición, los derechos de los hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio. De cualquier modo que la ley se redactase, seria preciso atacar algun tanto los derechos de estos. Y además, ¿no será ridículo y aun absurdo que lo que una vez se declaró legítimo, se declare luego ilegítimo, sin haber variado en nada las condiciones y estado de la persona objeto de la declaración?

Estas y otras muchas razones que pudiéramos esponer, nos hacen conocer que la legitimación por rescripto debe desaparecer de los códigos, como en efecto ha desaparecido de algunos. El Código francés, el proyecto del Código civil español y otros de Europa, no la mencionan siquiera, considerándola como una institución de otros tiempos y propia de otras formas políticas, incapaz de aclimatarse en los pueblos libres, é injusto á la vez que inconveniente el consignarlo en sus leyes.

En efecto, una institución que, como hemos visto, se funda en la usurpación de la soberanía, que ataca de frente los derechos de los hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; que afecta profundamente á la moral, porque fomenta el concubinato en vez de impulsar al matrimonio; que ha sido objeto de tantos abusos, y lo será siempre, y en fin, que trastorna el orden que

debe haber en las reglas que fijen legitimidad de los hijos, no debe sostenerse, aunque pudiera alegarse alguna razon de justicia en su favor.

Cayetano Poblacion y Fernandez.

DE LAS CONDICIONES.

¿Cuándo son posible, en sentido legal, las condiciones de no casarse ó de casarse?

El principio espiritualista tan profundamente incrustado en el derecho romano y acogido en el nuestro, ha hecho establecer como reglas que todas las condiciones que en los contratos y en las últimas voluntades se pongan, cuando no guarden consonancia con las buenas costumbres, se consideren como imposibles. La ley así ha venido á decir, que tan imposible es en el órden moral faltar á las buenas costumbres como en el órden físico, para valernos del ejemplo de los jurisconsultos romanos, *tocar el cielo con la mano: si digito caelum attigerit*, como dice el Emperador Justiniano en sus Instituciones (§. 41, tít. XIX, lib. III). Filosofía sublime la que iguala lo inmoral á lo imposible, filosofía digna del pueblo que proclamó como el primer principio del derecho la máxima *Honestè vivere*, protesta eterna contra todos los sistemas que materializando el derecho le priven de ese *quid divinum* que es uno de sus principales elementos de vida. Todo lo que es contra la moral es efectivamente contra el derecho, porque el derecho se funda en las relaciones eternas que la razon y la conveniencia aunadas han establecido entre todos los hombres. Y nadie puede quebrantarlas, y el legislador que tuviera la audacia de emprenderlo, se pondria frente á frente de la obra providencial de Dios que ha gravado en el corazón de todos los hombres el sentimiento moral y el de derecho unidos, hermanados con vínculos indelebles que nunca perecerán y que serán leídos en todas las regiones, en todos los siglos formando así un contraste singular con las leyes humanas que en vano se esculpen en mármoles y en bronces para perpetuarlas, aunque tambien se lleven con la civilizacion y con las armas á otras regiones pretendiendo estenderlas al universo entero.

Pero las leyes que quieren que todas las condiciones sean morales, que en nada se opongan á las buenas costumbres, no definen, no describen siquiera cuál es la estension que debe darse á este precepto. Los jurisconsultos han querido demostrarlo con ejemplos: sabido es por todos el mas usado el de *bailar desnudo en público, el de pasear desnudo por las calles*. Pero estas condiciones, que no solo son imposibles de derecho, sino que puede decirse que lo son tambien de hecho, porque solo se concibe que las imponga un demente, en cuyo caso ni aun habria lugar á juzgar de sus efectos, porque la cuestion seria la de nulidad de un acto civil hecho por el que no tenia la integridad intelectual para ejecutarlo, aunque gráficamente manifiestan la justicia de la ley, distan mucho de indicar el alcance del precepto. No será, pues, inútil que acerca de esto hagamos algunas indicaciones, refiriéndonos á lo que puede ser objeto de discusion en los tribunales.

Escusado es aquí indicar que la ley del Ordenamiento de Alcalá que establece que de la manera con que el hombre quiso obligarse, queda obligado, ley que ha dado lugar á tan absurdas interpretaciones, y que de las formas esternas de las obligaciones á que sola y exclusivamente es aplicable y para las que se escribió ha querido traerse por algunos á la parte misma interna de las obligaciones, en nada ni directa ni indirectamente se roza con esta materia. Antes de ella, lo mismo que despues de su publicacion, los contratos necesitan una causa lícita, los contratos rechazan todo lo que se opone al derecho, los contratos no pueden ir contra los principios de la moral. Es ley de formas y nada mas; sacarla de ahí, es falsear la obra del legislador que con harta claridad manifestó en sus palabras, cuál era el espíritu que lo dominaba.

Hecha esta indicacion, veamos qué clase de condiciones son las que como inmorales deban ser consideradas en la categoría de las imposibles.

Desde luego no podemos en este punto guiarnos por la opinion pública cuando es transitoria, accidental, hija de las mil circunstancias que contribuyan á formarla en circunstancias dadas, y que á las veces es efecto de preocupaciones dominantes. Para calificar una condicion de moral ó inmoral debe profundizarse mas, debe buscarse lo que en sí es esencialmente conforme ó contrario á las buenas costumbres.

Partiendo de esto consideramos como inmorales todas aque-

llas que coartan gravemente la libertad de las personas, impidiendo que celebren un contrato tan importante en el orden moral, en el eclesiástico, en el social, en el político y en el civil.

Las leyes romanas (22, tít. I, lib. XXXV del Dig.) con profunda sabiduría establecieron que debía tenerse por imposible la condicion de *non nubendo*: no precisamente era esto efecto de las leyes *Julia, de maritandis ordinibus* y *Papia Popea*, en que por medios tan artificiales se procuró retraer á los romanos del estéril celibato por los tan profundos males que causaba á la República; era mas bien la aplicacion del principio moral de dejar al hombre en la prudente libertad de contraer matrimonio y de cumplir con este deber no individual, pero general á nuestra especie, alejando todos los motivos sórdidos que pudieran inducirle á permanecer en una soltería forzada. No lo consideraban esto los romanos tanto bajo el punto de vista de la conveniencia pública, del orden material, del fomento de la poblacion, como bajo el de la libertad individual, en el orden moral, en lo repugnante de una condicion que, generalizada, seria una especie de lucha contra el precepto de la multiplicacion impuesto á la humanidad, precepto que no puede tener mediano desenvolvimiento ni en uniones vagas y fortuitas, ni en vínculos menos solemnes, menos estables, menos civilizadores que el del matrimonio.

Consecuencia de esto es que en el caso de que se deje á alguno un legado con la condicion de no casarse, esta condicion se tenga como no escrita y que el legatario perciba su manda como si fuera incondicional ó pura. Y ¿qué sucederá cuando el testador deje un legado mayor á alguno si no se casa y otro menor si se casa? Tambien el derecho romano resolvió esta cuestion: el legatario, casándose, percibia el legado mayor, y no los dos, porque como dice con razon el jurisconsulto Papiniano, seria ridículo que una misma persona fuera admitida al legado en el doble concepto de viuda y de casada (Ley 100, tít. I, lib. XXXV del Dig.).

Mas si la condicion de no casarse no es absoluta, sino limitada á tiempo determinado, necesario es penetrar en sus palabras y en el espíritu que la domina para decidir de su moralidad. Así, cuando el término durante el cual se prohíbe el matrimonio es muy lejano, de modo que venga á significar una prohibicion absoluta ó que al menos se aproxime á ella por impedir el matrimonio en los años mas á propósito para contraerlo, deberá considerarse la con-

dicion como imposible. Por el contrario, si la condicion temporal, lejos de impedir por largo plazo el matrimonio, se limita á dilatarlo por cierto tiempo, y esto por motivos justos de conveniencia al mismo á quien se impone la prohibicion, á su familia, ó á cualesquiera otros, entonces la condicion es moral, es lícita, es posible. Valdrán por lo tanto la condicion que se impone al que sigue una carrera de no casarse hasta que la concluya; la del que concede alimentos al soltero mientras lo sea, porque esto no lleva implícita la prohibicion de casarse, sino suministrarle auxilios en una situacion dada, á no ser que de las palabras de la condicion se infiriese que el objeto era burlar de este modo indirecto la ley que considera inmoral la prohibicion del matrimonio; la del que deja á un hermano mayor una cantidad para el caso en que sin casarse administre la tutela de sus hermanos menores. No es posible fijar reglas sobre todos los casos que de este género pueden presentarse: la prudencia de los que juzgan es la única guía que en la práctica les debe servir para conocer cuál fué la intencion que presidió á la condicion impuesta, considerando solo imposibles las que tengan por objeto principal el impedir el matrimonio, no confundiendo esta condicion con las que tienen causa diferente, como son las que dejamos espuestas, las cuales, aunque estén formuladas como si fueran condiciones verdaderas, no lo son en realidad, sino que pertenecen á las que llamaban los romanos *sub modo ó manera* como dicen las leyes de Partida (Ley 21, tít. IX, Part. VI.).

Y, ¿la condicion de no pasar á segundas nupcias, deberá considerarse como imposible? El derecho romano novísimo la admitia. El Emperador Justiniano así terminantemente lo declaró en una de sus novelas: no eran entonces bien vistas por el legislador las segundas nupcias, y no se tenia por inmoral el prohibirlas indirectamente por medio de condiciones. Desde luego nos parece que seria duro considerarlas imposibles respecto á los cónyuges: como es que el marido deje el usufructo de sus bienes á la mujer mientras se mantenga viuda, es decir, mientras lleve su nombre, mientras carezca de la proteccion de un marido, mientras no haya quien tenga la obligacion civil de mantenerla: no es aquí lo que principalmente ha querido impedir el cónyuge premuerto el segundo matrimonio; lo que ha querido mas que todo es impedir que la que con él estuvo enlazada se vea en una situacion precaria y de abandono: lo que ha querido tal vez es que la mujer no contrajera un

matrimonio buscando por un especulador indigno, pensado en las calamidades que un segundo matrimonio mal calculado, y quizá previsto, podría traer á toda la familia. Pero cuando la condicion está impuesta por un extraño, y en ella no se vé mas que el objeto de impedir las segundas nupcias y no otras consideraciones superiores á esta, creemos que la condicion podrá ser considerada como inamoral. Repetimos que no debe buscarse la solucion de las dificultades que en la práctica se presentan en reglas fijas: en su criterio deben pesar los jueces todas las circunstancias de cada caso: ellas les dirán si han sido loables y morales ó dignas de vituperio y contrarias á las buenas costumbres las condiciones puestas.

Como contraria á la libertad de contraer matrimonio se repeta tambien en el derecho romano, la que establece que solo puede celebrarse segun lo quiera persona determinada (§. 4, ley 72, tit. 1, lib. XXXV del Dig.). En ningun acto de la vida civil es tan necesaria la libertad como en el del matrimonio, por lo mismo que de la eleccion que se haga puede dimanar la felicidad ó la desgracia de la vida entera: los temores de perder una herencia, ó un legado pingüe, la de no adquirir lo que por contrato ofreciera alguno bajo semejante condicion, si valieran, podrian ser, especialmente en personas necesitadas, una causa decisiva para que contrajeran una union aborrecida; es una grave coartacion moral de la libertad; debe considerarse á nuestro juicio como condicion moralmente imposible. Mas no ha de confundirse esta condicion con la impuesta á alguno de que su matrimonio tenga la aprobacion de la persona, que con arreglo á las leyes está llamada á prestar su consentimiento: esta condicion es moral, es legal, es lícita, viene á ayudar al legislador en su loable propósito de que en la celebracion del matrimonio de los menores de edad intervenga el consejo de los que por el amor que les tienen ó que al menos les supone la ley, por su prudencia, por su madurez, pueden suplir la inesperienza de la juventud y librarles de los peligros en que sus pasiones y su debilidad pueden precipitarlos.

Pero si en lugar de estar en estos términos concebida la condicion, lo estuviera en los de que negara el padre el consentimiento para que se casaran sus hijos, sería considerada como inmoral é imposible, porque equivaldria á imponer á los hijos la condicion general de que no se casaran sin mas razon que la de contrariar en

general el matrimonio. No así en el caso en que se limitara á causas y periodos determinados.

La condicion de no casarse con personas de determinada familia, ó pueblo, ó con parientes, tampoco puede ser tachada de inmoral: indicará en él que la pone poca afición á algun pueblo ó familia; pero de ningun modo hacer imposible el matrimonio: aun en algunas ocasiones podrán ser loables las causas que hayan aconsejado la exclusion. Pero desde el momento en que por ella se llegara á dificultar mucho el matrimonio deberian reputarse como imposibles.

De distinta índole que las condiciones de no casarse sin limitacion de tiempos ni con expresion de personas, son las que se refieren á no hacerlo con persona ó personas determinadas. El derecho romano las reputó posibles (ley 63, tít. I, lib. XXXV del Dig.). No es en ellas lo que se pretende por el que las pone que quede otro en la condicion de celibulario: por el contrario, dejándole plénisimamente libertad para casarse, solo quiere impedir un enlace que con mas ó menos fundados motivos puede reputar, ó poco ventajoso ó perjudicial. Nada hay en esto por regla general que se oponga á las buenas costumbres: nada por lo tanto que haga la condicion imposible. Decimos por *regla general*, porque hay casos en que semejante condicion puede ser un ataque á la moral. Así sucedería cuando se hubieran ya contraido esponsales con la persona á que se refiriera la condicion, ó que hubiera tenido en ella un hijo natural. Las disposiciones civiles y canónicas en un caso, y el honor, la conciencia y la delicadeza exigen en otro que se realice el matrimonio: querer contrariarlo, es ir contra las buenas costumbres.

Esto es lo que opinamos respecto á la condicion de *no casarse* respecto á la cual no encontramos decisiones expresas en nuestras leyes.

De las condiciones de *no casarse* pasemos á las de *casarse*. Ninguna duda puede haber en que debe ser válida la condicion de casarse: nada hay en ella de repugnante; nada hay que lleve aneja la idea de inmoralidad; un contrato, una última voluntad al otorgar ciertos derechos, pueden tener en contemplacion solo el matrimonio que ha de venir. Puede muy bien un testador sin nota de faltar á las buenas costumbres dejar una manda, la herencia tal vez á una jóven en el supuesto de que contraiga matrimonio, y privarle de ella si llega á hacer votos que le impidan contraerlo. Conocidas son

de todas las infinitas fundaciones que existian y que no se han estinguído aun por completo, segun las cuales á doncellas de púeblos ó familias determinadas se les daba un dote en el dia en que contraían matrimonio. Todas estas fundaciones eran la constitucion de una série indefinida de legados establecidos á favor de las llamadas si se casaran. Y nadie ha dudado de su validez, ni ha creído que habia en ellas nada de inmoral, nada que mereciera justa censura bajo este aspecto. Otras han sido las razones por que se ha combatido su existencia: el principio de la desamortizacion es el que se ha sido invocado para combatirlas.

La dificultad de la calificacion de la condicion de casarse podrá ser solamente cuando se limita á cierta clase de personas, ó tal vez á una determinada. Examinarémos este último caso, porque, resuelto él, puede decirse que lo están todos los demás. El derecho romano decidió en sentido de ser licita la condicion (§. 1.º, de la ley 63, título I, lib. XXXV del Dig.): imitaronle las Partidas que al tratar del legado *sub modo*, ó manera pusieron por ejemplo: *Mando á fulana mujer mil maravedís, porque case con tal ome. E la manda que es fecha en esta manera ó en otra semejante de ella, vale.* Y añaden que la manda en este caso debe ser desde luego entregada al legatario que dará caucion de que se dedicará á cumplir la voluntad del testador (ley 21, tít. IX, Part. VI). Lo mismo declaran las Partidas respecto á la sustitucion de heredero hecha con la misma condicion, añadiendo que si la agraciada ó la persona con quien debia contraer matrimonio, muriere antes de que la condicion se efectúe, no valga la institucion, como tampoco en el caso de que la persona agraciada se niegue á cumplir la voluntad del testador; pero si no consiste en ella sino en la otra el no celebrarse el matrimonio, se considerará como cumplida por su parte la condicion. Lo que de la institucion se dice, es estensivo á los legados de los que tambien hace espresion la ley al establecer las reglas que quedan espuestas (ley 14, tít. IV, Part. VI).

Mas estas reglas no son absolutas. Las mismas Partidas (ley 14 citada) hacen una escepcion importantísima. *Fueras ende, si aquel con quien la mandasse que casase fuesse pariente della, ó tal ome, con quien non deuia, nin podria casar segun derecho.* No creemos que se estienda esto á los que tienen impedimento dispensable para contraer matrimonio; opinamos por el contrario que se refiere á los impedimentos que no admiten dispensacion: en los que la admi-

ten la condicion es posible, no es contra las buenas costumbres.

Y si la persona puesta en la condicion fuere indigna, ¿deberá reputarse válido el legado ó la institucion de heredero aunque la persona favorecida por el testador se case con otra? Creemos que sí y aun nos parece que puede considerarse comprendido esto, sino en las palabras en el espíritu de la ley: á la persona indigna bien puede aplicarse lo que se dice del *oma*, *con quien no devia, nin podria casar segun derecho*. El Digesto (párrafo 1 de la ley 68, tit. I, libro XXXV del Dig.) nos dá resuelta la cuestion en este sentido: dignas son de referirse sus concisas razones: *Pero si Ticio es indigno del matrimonio, puede decirse que ella, usando del beneficio de la ley puede casarse con otro, porque á la que se le impone la obligacion de casarse con Ticio, se le prohíbe contraer matrimonio con los demás: así si Ticio es indigno, es lo mismo que si la condicion dicese; si no se casare, y si hemos de decir la verdad es mas dura que la de si no casare, porque no solo se le prohíbe casar con los demás sino que se le manda casar con Ticio con quien solo indignamente puede casarse*. Así el jurisconsulto Gayo lo dijo: así lo aceptó el Emperador Justiniano al dar cabida en las Pandectas á este fragmento del ilustre jurisconsulto.

Siendo como queda espuesto moral por regla general y posible, por lo tanto, la condicion de casarse con persona determinada, no puede haber duda que lo será con mayor razon la que en lugar de un matrimonio esclusivo, estiende el círculo á las personas de una familia, de una clase, de un pueblo, de una provincia ó de una nacion; cuanto mayor es el círculo de las personas señaladas, tanto mayor es la libertad en que queda constituido aquel á quien la condicion se impone, disminuyéndose por lo tanto la fuerza de las objeciones que contra la moralidad de la condicion pueda oponerse.

Pedro Gomez de la Serna.

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY HIPOTECARIA.

I.

El PROYECTO DE LEY HIPOTECARIA presentado á las Cortes por el actual Ministro de Gracia y Justicia, está á la altura de todos los adelantos de la ciencia, y es un trabajo que honra tanto á la Comision que le ha elaborado, como al Ministro que le suscribe.

La publicidad del registro, la especialidad en la hipoteca, la admision á la inscripcion de todo documento que no sea completamente válido ó haga plena prueba en juicio, la declaracion del derecho real desde el momento solo de su presentacion en el registro y la abolicion de hipotecas ocultas ó *legales*, han sido unos de los mas importantes principios que se han desenvuelto en el mencionado proyecto de una manera completamente cientifica y razonable, si se atiende á su cualidad innovadora.

En el título 1.º se ocupa de los documentos sujetos á inscripcion y en él se encuentran todos los que pueden servir de medio de adquirir la propiedad y de limitarla; pues si bien no se dice nada en el espresamente de los contratos de *retroventa* ó de *reversion*; sin embargo es cierto que ha querido comprenderlos en el espíritu del número 2.º del art. 2.º, cuando despues de enumerar que deben de ser objeto de inscripcion todos los títulos que constituyen, reconocan, modifican ó estinguen los derechos de usufructo, uso, habitacion, enfiteñsis, hipotecas, censos y servidumbres, señala tambien genéricamente *otros derechos reales*, y el pacto de *retro* como el de *reversion* constituye, modifica y estingue relativamente un derecho real. Se confirma aún mas esta opinion, cuando al tratar en el título 2.º de la forma y efectos de la inscripcion, se ocupa en el artículo 16 del modo de inscribir las condiciones suspensivas, resolatorias y rescisorias de los contratos; sin embargo, hubiéramos querido que se hubiese espresado en aquel lugar como se hizo en el cap. 2.º, tít. 20, lib. 3.º del proyecto de Código civil.

En el número 5.º y 6.º de dicho art. 2.º se hace obligatoria la inscripcion para los arrendamientos por un período que exceda de seis años y para los que se haya adelantado la renta de tres anualidades. El arrendamiento es un contrato personal, pero como que limita en parte el derecho de propiedad y puede servir además de

un dato preciosísimo para la estadística territorial, creemos que es acertada la necesidad de su inscripción, pero no de una manera concreta y determinada, sino extensiva á todos en general, ya se hubiese ó no adelantado alguna anualidad, ó ya durase cualquier tiempo como habian dispuesto los Reales decretos de 23 de mayo de 1845 y 19 de agosto de 1853, porque las razones manifestadas sobre este punto por la Comision, creemos que son mas hipotéticas que reales, puesto que además de ser un axioma que *admitido como bueno un principio no debe de limitarse ni circunscribirse*, no se ha tenido en cuenta para aquella determinacion, ni el precio de la anualidad del arrendamiento, ni el valor de la cosa arrendada, y puede suceder que una cosa que se arriende por un año en la cantidad de mil duros no se registre, y haya que verificarlo con una que en tres años cueste ciento.

No nos hemos ocupado antes del número 4.º de dicho artículo, porque creemos que debia de ser el último ó el primero, si es que ha de proceder con método y no se han de involucrar las personas entre las cosas. La inscripción de las ejecutorias en que se modifica la capacidad civil de una persona, es como dice la Exposicion de motivos del proyecto, una *innovacion* en nuestra legislacion que se funda en los mas altos principios de justicia, puesto que no solo es necesario demostrar la pertenencia de una finca ó si tiene ó no algun gravámen, sino que es preciso saber que la persona á quien corresponde se halla en la facultad de disponer de ella como tenga por conveniente; pero si esto es justo, y ha tenido cuidado de aplicarse en los arts. 172 y 173 para la mujer casada, en el 194 para los bienes reservables, y en el 202 para los bienes pertenecientes al peculio de los hijos, es extraño que no se haya hecho lo mismo para los bienes de los menores, lo cual hubiera sucedido con haber mandado registrar los discernimientos de tutores y curadores de la manera prevenida en el art. 1271 de la ley de Enjuiciamiento civil. De este modo constaria en el registro si los bienes eran pertenecientes á un mayor ó menor de edad y se evitaria el peligro de contratar con una persona que no tenga capacidad para verificarlo.

El artículo 3.º está conforme con los principios de nuestra legislacion, puesto que no pudiéndose transferir y modificar el derecho de propiedad sino por escritura pública, era evidente que no debian inscribirse sino los documentos de esta clase, puesto que de

otro modo se destruiría el valor de la inscripción con la nulidad del título defectuoso.

La ley ha querido dar toda la validez posible contra tercero al derecho inscrito desde el momento de la presentación en el registro, y ha tratado de destruir todos los inconvenientes que pudieran oponerse á ello, llegando hasta el estremo de asegurar la legitimidad del acto por medio de la responsabilidad del registrador en el artículo 317.

Una reforma sin embargo, establece aquel artículo en nuestra legislación civil, que es la obligación de reducir á escritura pública los contratos de arrendamientos que duren mas de seis años ó paguen adelantado tres anualidades, y lo cual, en nuestro sentir, tiene los mismos inconvenientes que hemos designado para el registro, porque vá á suceder que para un arrendamiento de cien reales se necesite escritura pública, mientras que no será necesaria para otra de cien mil. Es decir que unas veces será válida para el arrendamiento la *convencion*, mientras que en otras no tendrá ninguna fuerza sino consta por escritura pública; unas veces constituirá una obligación *personal* y otras un derecho *real*.

Nosotros creemos que los arrendamientos deben de registrarse, pero que deben de serlo todos sin escepcion ninguna, y que no siendo obligatorio en nuestro derecho que conste por escritura pública, y no teniendo ninguna prelación los que se hagan de este ó del otro modo, debia bastar que se transcribiesen ó inscribiesen en el registro autorizados con la firma del arrendador y del arrendatario y dándoles de este modo una prueba plena de autenticidad. Es decir, que debia autorizarse la anotación de los arrendamientos hechos privadamente, ya por escrito ó de palabra; pero con la obligación de transcribir literalmente en el registro sus cláusulas constitutivas; firmadas en él por los contratantes ó sus representantes, especificando en este caso las circunstancias legales del apoderamiento.

Sobre lo que hemos dicho de los arrendamientos, se nos dirá acaso que constituyendo una obligación personal, únicamente podían admitirse como *derechos reales* cuando durasen largo tiempo; mas esto no tiene sólido fundamento, porque el *mas* ó el *menos* nunca puede ser motivo bastante para cambiar la índole de los contratos, y porque el mismo proyecto ha desechado esta doctrina, cuando no ha admitido tiempo ninguno para permitir el retracto le-

ga contra tercero y hacer depender de una causa independiente del retrayente la existencia ó inexistencia de este derecho.

Lo que hemos estrañado es, que cuando por el artículo 42 se permite pedir anotacion preventiva de toda demanda de bienes inmuebles y de cualquier sentencia ejecutoria, mientras que llega la época en que se pueda hacer la correspondiente inscripcion; no se haya enumerado, como se hizo en el proyecto del Código civil, entre los documentos sujetos al registro las sentencias ejecutoriadas de los tribunales y de los árbitros que causen la mutacion ó traslacion de la propiedad, puesto que si de todos modos tienen *capacidad* para ser inscritas, este era el lugar para haberlo manifestado, por mas que en otros se esplicase el modo y las circunstancias para verificarlo.

Es verdad, que esta inscripcion no es obligatoria, y que por el artículo 42 y 43, se deja á la voluntad de las partes el pedir ó no la anotacion como la cancelacion, pero siempre es cierto que segun los fundamentos de la ley, no surtirán efecto contra tercero sino desde la fecha de la inscripcion, y que siendo uno de los documentos que pueden inscribirse, debia haberse ocupado de ellos expresamente en el título que sirve para designarlos.

II.

El título 2.º trata de la forma y efectos de la inscripcion, y en él se resuelven cuestiones de la mas alta importancia y de la manera mas propia para el desarrollo del crédito; sin embargo, vamos á ir marcando las observaciones que su lectura nos ha sugerido con el único objeto de llevar nuestro grano de arena á una reforma tan importante.

El artículo 6.º y el 7.º tratan de las personas que pueden pedir la inscripcion, y en ellos se encuentran garantidos los intereses de todas las personas á quienes pueda favorecer ó perjudicar; sin embargo de que *la ignorancia de derecho no aprovecha*, creemos hubiera sido muy conveniente que se hubiesen restablecido los artículos 15 y 25 del Real decreto de 26 de noviembre de 1852, por los que se obligaba á los escribanos que autorizasen cualquier título de los sujetos al registro, á expresar al pié de él la cláusula de *nullidad* si no la presentaban en la contaduría de hipotecas.

Hoy que es tan general la ignorancia de las leyes, es muy faci

que algun documento no se registre, por desoconocer los interesados este requisito, y que se perjudiquen derechos legítimos por impericia de los contratantes.

Los artículos 8, 9, 21 y 22 tratan del modo de verificar las inscripciones é imponen á los escribanos la obligacion de espresar en los documentos en que intervengan, y que deban registrarse todas las circunstancias necesarias para la anotacion, bajo pena de nulidad, de hacer á su costa una nueva escritura y de indemnizar á los contratantes los perjuicios que por su culpa se les ocasionen. El proyecto es lógico, puesto que al lado del mandato ha puesto la sancion penal.

Los autores del proyecto opinan en estos artículos por la *inscripcion* y no por la *trascricion* del título, como se hace en Prusia y los mas de los Estados que adoptan el sistema aleman. Nosotros creemos que esta cuestion se ha resuelto perfectamente en el proyecto, porque los inconvenientes de que se hiciesen mal los extractos, se han evitado con la designacion de todas las circunstancias que debe comprender, con las penas impuestas al escribano que las omite en los documentos que autorice, con las declaraciones marcadas en los artículos 30 y 32, y con la responsabilidad impuesta al registrador por el 18. Sin embargo, creemos, como ya hemos indicado antes, que no debia de establecerse como condicion precisa para el registro la reduccion á escritura pública del contrato, si este no era de los que necesitaban aquel requisito para su validez, y que debia autorizarse la trascricion firmada por los interesados de las convenciones de otro género.

El artículo 33 establece que la prescripcion no perjudicará á *tercero*, si *requiriendo justo título* no se hallase inscripto en el registro; lo cual es dejar vigente los males y las inseguridades de la prescripcion de treinta años, y admitir *como buena* la que tiene por objeto libertarse de una carga ó una obligacion, puesto que por este artículo no se destruyen las prescripciones que no requieren título, y no se anula la diferencia entre la de *dominio* y la de *accion*, lo cual, como dice un notable jurisconsulto, *es fundar el derecho en la falta de derecho, la justicia en la injusticia misma*. La ley hubiera sido mas lógica y mas consecuente con sus principios científicos é innovadores, si hubiese dicho «solo se admite la prescripcion como medio de adquirir, y esta no perjudicará á tercero, si no consta el título en el registro, ó la toma de posesion en conformi-

dad con lo prevenido en los artículos 397 y siguientes del título 14.

Una reforma establece en nuestra legislación el número 2.º del artículo 38, que es no dar contra tercero acción rescisoria por el retracto legal, lo cual implícitamente es destruir por completo este derecho; porque el que tema vá á verse privado por él de una finca que ha adquirido, la enajena á un amigo, y destruye las esperanzas del retrayente. El tiempo tan perentorio que hay por la ley para proponerle, no exigia de esta un cuidado tan especial para proteger los derechos de tercero, que por la adquisicion de su antecesor debia saber al contratar, si podia ó no ejercitarse todavía aquel derecho. Nosotros no tratamos de defender el *retracto legal*, sino procurar que no se desprestigien las leyes con los medios que ellas mismas proporcionan para eludir las; y demostrar, que hubiera sido mejor desecharle, que no establecer una transaccion ineficaz, que hace depender de un tercero la existencia ó no de este derecho.

Lo mismo sucede con negar al menor el beneficio de la restitucion *in integrum* contra tercero, porque no hallándose libre de este inconveniente el primer contratante, se hará pagar caro el riesgo que despues hace desaparecer por medio *acaso* de una enajenacion simulada por el mismo precio; y de este modo la desaparicion de este *mal llamado beneficio*, no viene sino á redundar en provecho del primer adquirente. Nosotros creemos que debe desaparecer la restitucion *in integrum* como medio de reivindicacion, pero que debe de ser contra cualquier poseedor, para que de este modo obtenga únicamente el menor las ventajas de su inadmission.

Hoy que la ciencia económica tiene admitido como principio que *las cosas valen tanto como cuestan*, y que la filosofia del derecho ha sancionado que *nadie debe rescindir un contrato bajo el pretexto de un engaño que pudo evitar*, es inadmisibile la *lesion* y la *restitucion in integrum* como medio de reivindicacion, puesto que esta no es mas que aquella aplicada á distintas personas.

Sancionado hoy por la ley de Enjuiciamiento civil que los bienes inmuebles de los menores, que es á lo que se contrae el proyecto de ley hipotecaria, tienen que venderse en subasta pública, y que la enajenacion que se haga de otro modo es de ningún valor, no puede casi darse el caso en que sufra perjuicio en sus bienes raíces, porque haciendo constar en el registro que los bienes pertenecen á un menor, las enajenaciones que se hagan de otro

modo distinto del que hemos indicado , será nula contra cualquier poseedor, y no habrá necesidad de intentar el beneficio de la *restitucion* , que siempre es en defecto de otro medio.

Por esta razon , y atendiendo á la doctrina que la Comision ha enunciado en la Esposicion de motivos, creemos que debia haber declarado que no seria causa de rescision de un contrato en nignun caso *la lesion* ni la *restitucion in integrum*, y de este modo daba un paso mas para la aparicion del Código civil, que es lo que se vá proponiendo en las leyes que hasta ahora ha trabajado con un celo que somos los primeros en admirar.

Tambien se establece en el art. 38 que el vendedor no tendrá hipoteca tácita legal contra tercero en la cosa vendida, si no lo pacta espresamente, ó hace constar en la escritura que se le debe el precio ; lo cual es una consecuencia natural de haber establecido como principio la especialidad en la hipoteca; pero á pesar de esto , hubiéramos creido muy conveniente que se hubiese aceptado el art. 60 de la ley hipotecaria de Génova , que obliga á los escribanos á interpelar á las partes sobre si quieren ó no estipular aquella condicion resolutoria. Si todos los contratantes fuesen instruidos en el derecho , y comprendiesen los perjuicios que una omision de esta clase pudiera ocasionarles, no era necesaria esta prevision de parte del legislador; mas como no es así, y los mas de ellos no conocen la trascendencia del acto en que intervienen , es preciso que la ley se adelante á su solicitud , y proteja á las personas de buena fé, para que no sean perjudicadas por ignorancia ó por error.

Lo mismo creemos que debia de hacerse en las escrituras de donacion , y que se estaba en el caso de obligar al escribano á que preguntase al donante si estipulaba ó no la revocabilidad de ella por ingratitud ó por otra causa que creyese justa , para de este modo evitar que la buena fé pueda ser burlada, y triunfe la astucia de la honradez.

Lo que hemos estrañado es, que no se diga nada de si el permutante tendrá hipoteca tácita legal contra tercero en la cosa permutada para que le responda de la eviccion y saneamiento del contrato en caso necesario. El artículo 1471 del proyecto del Código civil dá al permutante la facultad de elegir en este caso entre la cosa que dió en cambio y la indemnizacion de daños y perjuicios, pero siempre que no haya pasado aquella á poder de un tercero. Ampliando á la permuta las determinaciones que para la

venta ha establecido la Ley Hipotecaria, y teniendo en consideracion que en las mas de sus disposiciones ha tratado de estar de acuerdo con el proyecto de Código civil, cuya publicacion sin duda prepara, creemos que en la permuta no se dará derecho de accion contra tercero que haya adquirido la cosa permutada, si del registro no aparece espresamente que está afecta á esta responsabilidad.

A pesar de que en el título que trata de las hipotecas legales nos ocuparemos de la que tiene el poseedor de buena fé en la cosa poseida hasta que se indemnice de los gastos necesarios invertidos en ella, y de otros que se hallan en el mismo caso que aquel, bueno hubiera sido que en el artículo 38 se dijese, si aquel tendria ó no derecho para retener la finca hasta que se le haga el abono correspondiente, en virtud de que el art. 432 del proyecto del Código civil le faculta para ello.

Establecido el filosófico principio de que contra tercero no hay causa de rescision si no consta del registro, es claro y terminante, que si el poseedor no ha pedido la anotacion en aquel de su derecho, sufrirá las consecuencias á que su abandono le condena, y no podrá retener la finca para el cobro de sus espensas, si se halla en poder de un tercero y en virtud de un título obligatorio.

En el mismo caso se encuentran los empresarios, arquitectos y maestros de obras por el importe de lo gastado en material y salarios de la finca construida ó reparada.—(Se continuará.)

Telesforo Gomez Rodriguez.

DE LAS COMPAÑÍAS MERCANTILES.

Establecida una sociedad mercantil sin ninguno de los requisitos previos que la ley exige, ¿podrá el Tribunal de Comercio del distrito obligar de oficio á los que resulten socios al otorgamiento de la escritura prevenida en el art. 284 del Código, y hasta imponerles la multa de diez mil reales señalada en el 285?

Ignoro si en algunos tribunales se habrá tocado esta cuestion y si habrá ya jurisprudencia establecida. Confieso que es grave y delicada, así como reconozco tambien que para resolverla en sentido afirmativo no hay una disposicion tan clara y terminante que evite toda duda; pero combinadas y estudiadas con detencion diversas

disposiciones del Código mercantil y el espíritu que rige en todas ellas, y sin perder de vista la misión especial y protectora de ciertos intereses que tienen los Tribunales de Comercio, creo que sin vacilar mucho podría contarse entre las atribuciones de estos tribunales la que encierra la pregunta.

Inútil es que la ley fije un precepto si no impone al mismo tiempo un correctivo al que lo infrinja. Por esto no ha bastado decir en el art. 284, que todo contrato de sociedad ha de reducirse á escritura pública, sino que además de repetirlo en el 285 como condicion indispensable para dar principio á las operaciones, permite excepciones contra las reclamaciones de la sociedad mal establecida, y hasta impone una pena pecuniaria. Dos objetos se propone la ley en este artículo, y así vemos que trata de dos clases de intereses: 1.º de los intereses privados: 2.º de los intereses públicos. Respecto á los primeros, les concede el derecho de oponerse á cierta clase de reclamaciones de la sociedad, á menos que no justifique que se constituyó con las solemnidades debidas. En cuanto á los segundos, no ha podido hacer otra cosa que señalar una pena.

Ahora bien, y vuelvo á la pregunta. ¿Es indispensable que los dos correctivos se apliquen á la vez, ó pueden usarse por separado? Mas claro; para obrar un Tribunal mirando por los intereses públicos, ¿deberá precisamente esperar á que á instancia de parte se promueva una contestación judicial, de la que resulte la infracción del art. 284?

He dicho antes que para resolver con acierto esta cuestión era necesario combinar varias disposiciones del Código. Algunas se encuentran que á primera vista parece que contradicen los principios sentados para este caso, pero meditadas bien, creo poder citarlas sin temor para corroborar mi opinión, Voy, pues, á ocuparme ligeramente de ellas, porque su aplicación ha de servirme de grande apoyo.

La ley mercantil, mirando por los intereses generales del comercio, toma ciertas precauciones y establece ciertas formalidades previas con que ha de cumplir toda persona que quiera dedicarse á esta honrosa profesión, bien se proponga ejecutarlo individualmente, ó asociándose á otras. Una vez ya establecido legalmente, entonces respeta sus actos todos, y sea cualquiera el crédito y confianza que merezca, ó aun cuando haya fundadas sospechas de que su proceder no se ajusta á determinados preceptos del Código, sin

embargo se abstiene de molestarle ni hacer pesquisa ninguna de oficio; y respeta su casa, su despacho, sus libros y sus operaciones todas, aunque por sus actos se infrinjan disposiciones que lleven consigo una pena; porque la ley misma ha comprendido que un proceder de oficio, en todos estos casos, causaría muchos mas perjuicios que ventajas para el comercio mismo, y que podria darse lugar á abusos y consecuencias de inmensa trascendencia; así, pues, los tribunales deben permanecer pasivos y esperar á reclamacion de parte legítima.

Mas nótese bien, que la ley no se ha contentado en estos casos con disposiciones generales, sino que, para evitar dudas, ha prohibido espresamente á los tribunales que procedan de oficio, para ser de este modo consecuente con sus saludables doctrinas.

Así vemos que, por los art. 32 y 40 se obliga á todo comerciante á llevar libros de contabilidad con ciertas formalidades, cuya infraccion castiga con una crecida multa en el 43; pero en seguida viene el art. 49 prohibiendo hacer pesquisas de oficio. Tambien el art. 1143 concede á los Tribunales de Comercio la facultad de imponer penas correccionales, hasta un año de reclusion en ciertos casos de quiebra, pero igualmente en los arts. 1016 y 1023 ya les previene, que para proceder á la declaracion de quiebra esperen la reclamacion de acreedor legítimo, y solo en caso de fuga notoria del comerciante, les permite por el art. 1024 la adopcion de ciertas medidas de mera precaucion. Aun vá la ley mas allá. Despues de declarada la quiebra, y cuando ya aparecen consignados hechos y operaciones que el Código castiga con severas penas, todavia no permite que los tribunales procedan de oficio; y si los acreedores, á manera de jurado, celebran convenio con el quebrado en los términos del art. 1143, aun respeta sus actos y quiere que se guarde silencio y se sobresea, sin otra diligencia en el espediente de calificacion.

Las disposiciones que acabo de examinar, se refieren todas á actos privados del comerciante en el ejercicio de su profesion, y ya hemos visto que estos actos se penan tan solo cuando en la tramitacion de un juicio aparecen oficialmente consignados. Veamos ahora las disposiciones relativas á los deberes que tiene que cumplir toda persona que se dedique al comercio antes de dar principio á esta profesion, ya por sí sola, ó asociada á otras; y si bien parecia que debia haberme ocupado primero de estas, he preferido adoptar un

sistema inverso, porque así convenia mejor al fin que me propongo.

El art. 11 impone á toda persona que quiera dedicarse al comercio la precisa obligacion de inscribirse en la matrícula general de su provincia, y hasta que haya llenado este requisito no se le supone en derecho comerciante, segun el art. 1.º Aquí vemos un precepto terminante, sin embargo en el Código no se establece pena ninguna al que lo infrinja, si bien el que se encuentre en este caso queda privado de ciertos goces y prerogativas que solo se conceden á los matriculados. Empero notándose la falta, el legislador para que no se infrinjan impunemente los preceptos legales y mirando por los intereses públicos del ramo, ha tenido buen cuidado de dictar medidas por separado. La Real orden de 4 de julio de 1839, despues de repetir la obligacion de inscribirse en la matrícula, conforme á los artículos 1.º y 11, prohíbe el ejercicio del comercio á los que falten á esta prévia formalidad; y otra de 16 de marzo de 1846 los sujeta, además, á las consecuencias del sumario que se les forme como trasgresores de la ley, sin que para aplicar estos correctivos se diga á las autoridades que esperen escitacion de parte, sino que pueden proceder de oficio.

Llenado ya este requisito, el comerciante queda en aptitud para ejercer la profesion; pero en el bien entendido, que si se propone asociarse á otros comerciantes para plantear en comun cualquier empresa ó establecimiento, todavía queda sujeto á nuevas formalidades tan precisas y obligatorias como la primera; porque el legislador entonces, velando porque se conserve el crédito y buena fé que es el alma del comercio, y para evitar que, mezclándose nombres respetables y ofreciéndose garantías que no existan, se abuse de la confianza de los que fien sus intereses á estas asociaciones, quiere se den á conocer los nombres y domicilio de los asociados, las garantías que ofrecen y la parte de responsabilidad que alcance á cada uno. De aquí dimana la obligacion de reducir todo contrato social á escritura pública con las circunstancias del art. 286. No satisfecho aun, les obliga todavía á que se tome razon de la escritura en el registro de la provincia y que se anote tambien en el doble registro del Tribunal de Comercio del distrito y que se publique por edictos en los estrados del mismo, segun el art. 31. Para los que falten á estas indispensables formalidades, están las penas marcadas en los artículos 30 y 285.

Ahora bien; cuando un comerciante falta al precepto del art. 11

lo 284, y al Tribunal de Comercio del distrito le consta la infracción de una manera positiva, ¿deberá para castigar la falta, esperar á que se promueva una contestacion judicial sobre estos hechos, ó podrá tambien proceder de oficio? Mas conveniente fuera que hubiese una disposicion expresa, ó que el Gobierno lo declarara de manera que evitase toda duda; pero teniendo presente las reglas generales de derecho, observando el espiritu que rige en las disposiciones del Código mercantil y aun concretándome al art. 288, me parece que los tribunales pueden proceder de oficio en estos casos.

Este artículo está dividido en tres partes: en la primera se consigna el derecho que tiene un sócio para obligar á los demás á que se eleve á escritura pública el contrato de sociedad que hubiese celebrado de una manera privada; en la segunda permite una escepcion legitima contra ciertas reclamaciones que haga la compañía ó alguno de sus individuos, si estos no acreditan haberse establecido con todas las formalidades legales; y en la tercera se maneja la pena en que incurrén. Como acabamos de ver, el primer párrafo se refiere á la obligacion de los sócios entre sí; el segundo á los derechos de sócios contra la sociedad mal establecida; y el último toca á la autoridad encargada de velar por el cumplimiento de las leyes mercantiles.

Cuando hemos examinado las disposiciones referentes á los actos privados del comerciante en el ejercicio de su profesion, hemos encontrado la prohibicion expresa de que los tribunales ó autoridades se mezclaran de oficio; pero aquí no hay disposicion alguna prohibitiva. Hay solo un precepto terminante, y una pena al que lo infrinja. Es verdad que el mismo artículo donde se marca la pena habla tambien de los derechos y obligaciones civiles, pero ya dice, que la compañía incurrirá *además* por dicha omision en la multa de diez mil reales. Convengo en que este artículo podia haberse redactado de una manera clara, y convengo igualmente en que el adverbio *además* que usa la ley puede darle dos sentidos distintos, ó para que imponga la pena el Tribunal al fallar sobre los derechos civiles, como una facultad que al mismo tiempo le concede; ó para que pueda imponerla tambien por separado, prescindiendo de los derechos civiles.

En vista de los principios sentados me inclino por lo segundo; porque veo un precepto terminante, y una pena marcada por su simple omision. La ley no prohibe en este caso, como en otros, la

pesquisa de oficio; porque no busca al comerciante en sus actos privados, sino en sus deberes para con la ley, y sin cuyo exacto cumplimiento le está vedado ejercer el comercio de la manera que pretende. Si, pues, la ley prohíbe de un modo espreso que una sociedad dé principio á sus operaciones hasta que se hayan llenado todas las formalidades que prescribe, é impone al mismo tiempo una pena al infractor por su omisión, natural parece que haya autoridades tambien encargadas de velar de oficio por el cumplimiento de estos deberes; y mas propio parece que estas autoridades sean los tribunales de Comercio, que son los encargados especialmente de aplicar las leyes mercantiles y de imponer las penas pecuniarias que marca el Código segun el art. 1202.

De otro modo, después que la ley ha creído indispensable prescribir tantas y tan minuciosas formalidades antes que una compañía quede legalmente establecida y en aptitud de funcionar, con el único objeto de que no se abuse del crédito y buena fé del comercio, y de ofrecer esta garantía pública, ¿no seria muy extraño que esta misma ley tolerara y permitiera su infraccion, y que las autoridades encargadas de hacerla respetar y cumplir permanecieran pasivas, aun constándoles la omision, solo porque no se presentaba una persona que hiciera una reclamacion judicial? Si la ley, como así es, solo ha querido poner trabas á las compañías de mala fé, para evitar los ágios y los engaños y que se abuse de la confianza mercantil ¿no seria un contrasentido, que á sabiendas se permitieran estas mismas sociedades fraudulentas; y se toleraran los abusos que con tanta prevision y esmero se quisieran precaver?

A esto podrá objetarse, acaso, que el interés privado buen cuidado tendrá en averiguar el grado de confianza que inspire la compañía ilegalmente establecida, puesto que á nadie se obliga á contratar con las que se encuentren en este caso: pero esto no basta, porque el comercio no puede vivir ni prosperar sin la confianza y buena fé, y no á todos ni en todos casos es posible al comerciante detenerse en tantas investigaciones; porque necesita descansar en las garantías y seguridades públicas que ha establecido la ley, y supone, que las autoridades habrán velado por su cumplimiento. Un extranjero, por ejemplo, que sabe que en España no pueden establecerse compañías mercantiles sin determinadas formalidades previas y que hay hasta marcada una pena al que las omite, si tiene necesidad de contratar con una de ellas, ¿cómo no ha de supo-

nerla legalmente establecida y descansar en la vigilancia de los tribunales ó autoridades del país?

Todavía están recientes las consecuencias del abuso que en cierta época hicieron las compañías mercantiles por acciones. Recordamos lo que sobre este particular se dice en el preámbulo de la ley vigente de 28 de enero de 1848: «Es un hecho indudable que en España han caído en lamentable descrédito estas compañías, por el abuso que se hizo de ellas en 1846; en que el público atónito presenci6 los mayores escándalos y los mas punibles desafueros. Para remediar esos males y evitar se abuse de la credulidad pública, etc.» Despues, en el testo, se establecen varias formalidades para su formacion, y por el art. 15 se sujeta á los infractores á una multa de cincuenta mil reales. Véase cómo en estos casos el objeto del legislador es siempre evitar que se abuse de la confianza y credulidad pública.

Mil medios hay por los que puede hacerse constar de una manera positiva y hasta oficial la existencia de una sociedad mal establecida, sin ser necesario que la autoridad se tome el trabajo de hacer pesquisas ni investigaciones. Entre otras pueden citarse como mas comunes los anuncios y circulares, y muy frecuente es tambien que se remita un ejemplar de estas al Tribunal de Comercio. Llegado este caso, le consta ya la existencia en la plaza de una compañía mercantil que no ha cumplido los requisitos previos de la ley, y le consta hasta por denuncia de los infractores. Para hacer, pues, que se respete y cumpla y que no se abuse de la confianza y credulidad pública, ¿deberá todavía esperar impasible á que se promueva una contestacion judicial, ó podrá ya proceder de oficio? Lo segundo es lo que aconsejan la equidad, la razon y los buenos principios en materia mercantil.

Dije al principio que consideraba delicada esta cuestion, porque sobre tratarse de los intereses generales ó públicos del comercio, afecta á las atribuciones de los tribunales, y esto es siempre grave y de mucha trascendencia. Por las razones que he creido oportuno esponer, me ha parecido resolverla en sentido afirmativo; pero los señores Directores de la REVISTA, que con tanto acierto saben contestar á las consultas que se les hacen, y que tan repetidas pruebas han dado de sus profundos conocimientos en materias mercantiles, confío tomarán esta en consideracion y tendrán la bondad de emitir, como otras veces, su ilustrado parecer.—FRANCISCO FORNER.

Contestacion.

La Direccion de la REVISTA acepta como suyo el dictámen que precede, tanto relativamente á la solucion que propone como á las luminosas razones en que se funda.

Los Directores de la Revista.

DERECHO ADMINISTRATIVO.

DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS.

DICTÁMEN

emitido por el Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, en el expediente sobre una proposicion para levantar cuatro grandes establecimientos penales.

El Ministro Fiscal ha examinado el expediente promovido por D. I. V. y N. en el Ministerio de la Gobernacion del Reino, en el que se propone levantar cuatro grandes edificios de forma panóptica para todos los penados y utilizar sus servicios. Tratándose de un asunto de tanta gravedad é importancia en el orden moral, en el social, en el penal, en el económico y hasta en el político y religioso, ha querido S. M. oír á este Tribunal Supremo, que con su ilustracion y celo contribuirá sin duda eficazmente para que en la resolucion se consulten todos los grandes intereses á que ha de afectar necesariamente.

Conviene ante todo hacer la indicacion necesaria de las promesas de D. I. V., y de las condiciones que impone, porque este es el punto de partida del expediente. En la condicion primera se obliga á erigir los cuatro grandes establecimientos en Tarragona, Cartagena, Ferrol y Sevilla; añadiendo en la esposicion á S. M., que se conformaria con otros puntos que se le señalen. Cada uno de estos establecimientos, que serán de construccion sólida, podrá contener hasta cinco mil penados con incomunicacion absoluta de sexes y la separacion necesaria de departamentos para el exacto cumplimiento de lo dispuesto por el Código penal y ley de prisiones. Como obras de utilidad pública se ha de conceder á la empresa el derecho

de espropiacion forzosa, y además el aprovechamiento de montes y canteras de la propiedad del Estado en lo que sea necesario para la construccion.

El establecimiento de Tarragona, segun la condicion segunda, ha de darse concluido en el término de tres años, contados desde el dia en que por la autoridad se coloque la primera piedra, á no ser que algún caso fortuito lo impidiere. Este edificio ha de ser el modelo, y despues de su aprobacion han de levantarse los tres restantes, que no mediando tampoco caso fortuito han de quedar concluidos á los cinco años.

La condicion tercera quiere que al empresario se facilite el número de penados útiles para la albañilería, carpintería, peonería y demás que pida, siendo de su cuenta la manutencion y las gratificaciones que le parezca regular darles *sin participacion alguna del Gobierno*.

Dícese en la condicion cuarta, que el Gobierno dispondrá que todos los penados de ambos sexos con presidio mayor, menor ó correccional, prision mayor ó correccional, y reclusion perpétua ó temporal, así como los llamados de Africa y peninsulares, segun el derecho antiguo, ingresen en uno de los cuatro establecimientos. Los condenados á cadena temporal ó perpétua podrán entrar por gracia de S. M. por tres meses en clase de prueba, y seguir despues si hubieren dado muestras de sincero arrepentimiento. Las revistas de comisario pasadas por el Gobierno serán intervenidas por los subdelegados del concesionario.

Obligase el empresario en la concesion quinta á suministrar á los penados manutencion, vestuario, asistencia en las enfermerías, y todo lo relativo á la parte material, como lo hace hoy el Gobierno, y á gratificarlos segun su trabajo, llevando cuenta individual de esto, que recibirán los penados al cumplir sus condenas; y en la sesta, se pacta que se les dará educacion moral, civil y religiosa proporcionada á la condicion de cada uno.

Segun la condicion sétima, el empresario se obliga á satisfacer los sueldos de los empleados del Gobierno para conservar la disciplina y responsabilidad personal durante la condena de cada penado. En cada establecimiento debe haber un comandante con 48,000 reales, un ayudante con 6,000, un capataz escribiente, y otro de brigada para cada doscientos penados con el sueldo de 3,000 rs., y en el departamento de mujeres una inspectora con 3,000 rs. y un

portero con 1,500. Habrá además en cada establecimiento cuatro capellanes y cuatro médico-cirujanos. Todos estos empleados, según la condición octava, deben ser nombrados por el Gobierno á propuesta en terna hecha por el empresario.

La condición novena establece que el concesionario disponga la ocupacion de los penados según su clase y voluntad, destinándolos ya en los talleres, con arreglo á la inclinacion de cada uno, ya en obras públicas que él emprenda por cuenta propia ó ajena, facilitando al efecto el Gobierno la escolta necesaria. Añádese que ninguno será ocupado á no ser voluntariamente en trabajo que no le corresponda, y que se dará á los inútiles trabajo análogo á su estado, para que, al salir, puedan con mas facilidad atender á su subsistencia. Las horas y condiciones del trabajo, y cuanto se refiera al modo de vivir de los penados será objeto de un reglamento interior, sobre el cual deberá recaer la aprobacion del Gobierno.

Fíjense en la condición décima algunas precauciones para no perjudicar el trabajo libre. Redúcense estas á que se manufacturen principalmente los géneros que hoy se importan del extranjero, y que los que ya se fabrican en los establecimientos penales en la actualidad, si siguen manufacturándose, se den un diez por ciento menos del precio fijado por la venta á los particulares, siempre que los perjudicados nombren una comision que se haga cargo de los géneros elaborados.

Debe pasar, en conformidad de la condición undécima, al concesionario la propiedad de los edificios ocupados en la actualidad por los penados de ambos sexos, la maquinaria, muebles, enseres, efectos y vestuario existentes, á medida que pasen los rematados á los nuevos establecimientos. Se volverán al clero los edificios que le han pertenecido, pero en la inteligencia de que se restituirán al concesionario siempre que el Gobierno se apodere de ellos y el clero no pudiere poseerlos.

Resérvase el empresario en la condición duodécima hacer las mejoras y modificaciones que recomiende la experiencia en favor de los penados y de las industrias, previa la aprobacion del Gobierno.

En la condición decimatercera fijase en 99 años la duración del contrato. Comenzará á correr el término desde el dia en que queden completamente planteados los nuevos establecimientos. Durante la existencia del contrato no recibirá el Gobierno retribucion algu-

na; pero concluido el plazo, quedará el Estado dueño de los edificios, maquinaria, mobiliario, vestuario y efectos existentes en el buen uso en que estén. Exceptuáanse solo los géneros elaborados y primeras materias. Y según la condicion siguiente, si el Gobierno resolviese dar en arrendamiento los establecimientos, los derechohabientes del concesionario serán preferidos en igualdad de precio.

Por último en la condicion décimaquinta se pacta que ha de autorizarse al concesionario á formar una sociedad anónima para llevar á efecto el pensamiento.

Acerca de este punto oyó el Gobierno á la Direccion de presidios, al Consejo Real y á la Academia de San Fernando. No consta en el expediente el dictámen de la Direccion de presidios; el de la Academia se limita en su mayor parte, como debe, á las condiciones de los edificios; el del Consejo Real es desfavorable al empresario, si bien hay un voto particular suscrito por cinco consejeros que creen aceptable el proyecto con ciertas modificaciones.

Al primer golpe de vista cautiva la atencion y predispone á su favor la realizacion de un pensamiento que se presenta como de ejecucion fácil y de fecundas y útiles consecuencias. La descripcion de nuestros establecimientos penales, la enumeracion de los capitales, vicios de que adolecen, la imposibilidad de introducir un sistema penitenciario sin una reforma radical en los edificios y en cuanto á ellos se refiere, la conocida verdad de que están lejos de corresponder á los fines que se propone la ley penal, son puntos que siempre que se tocan, escitan la sensibilidad de las almas generosas, y que dan lugar á que se levanten clamores, que por desgracia no han llegado nunca á producir todo el efecto que es apetecible. En tal estado, el que tiene bastante resolucion para proponer un remedio completo, el que ofrece levantar grandes edificios, proporcionarse para ello un capital de doscientos millones, moralizar á los penados, hacerlos miembros útiles á la sociedad, introducir industrias nuevas, economizar una suma considerable en el presupuesto, y elevar á nuestra patria en el régimen penal á una altura á que pocas naciones ó ninguna hasta ahora han podido aspirar, escita á su favor las simpatías de los hombres de gobierno, de los que encanecidos en la magistratura y en el foro desean con ardor la reforma de nuestros establecimientos penales, y de cuantos aman la humanidad y se conducen del funesto atraso en que nos hallamos en uno de los puntos mas importantes en el orden religioso,

político, social ó industrial. Pero no basta examinar la cuestion por un solo lado; es menester estudiarla bajo todos sus aspectos, y esto es lo que procurará hacer este Ministerio, haciéndose cargo al efecto de diferentes cuestiones, si bien con la brevedad que recomienda la ilustracion de V. A. que hace innecesarias largas esplicaciones.

1.ª CUESTION.—¿Es oportuna la propuesta?

El Código penal hace pocos años que es ley del Estado. Su carácter, sin embargo, no es aun el de ley permanente. Ha pasado con mucho exceso el término de los tres años en que el Gobierno, cumpliendo con la ley de 9 de marzo de 1848, debía proponer las reformas ó mejoras que en él convendria hacer. El Real decreto de 1.º de octubre de este año hace esperar que sean próximas. En el dia, pues, que el Gobierno, en virtud de este deber indeclinable, presente la reforma, es de creer que habrá grandes y notables cambios en todo el sistema de penas, y especialmente en las que se refieren á la privacion de libertad con, ó sin trabajo. Este cambio no puede menos de afectar á los proyectos que como el propuesto por D. I. V., deben tener por guia la mayor ó menor intension de las penas, el número de penados y las bases del sistema penal que se adopte.

Y el Fiscal tiene la conviccion íntima de que no puede menos de experimentar considerables reformas la parte del Código que se refiere á las penas que han de sufrirse en los establecimientos públicos. Desde el momento en que una Corporacion ilustre demostró al Gobierno que sin tomar en cuenta la pena de arresto menor se necesitaban para la ejecucion del Código en España 2,144 establecimientos penales, y que este dictámen vió la luz pública, quedó demostrado por lo que al particular hace, la necesidad de la reforma del Código. No hay uno solo que crea que semejante sistema es realizable en la práctica, y las leyes se escriben para su ejecucion, no para que queden en el estrecho círculo de teorías mas ó menos bien imaginadas.

Si el Código penal, despues de reformado, signiera ordenando que en cada cabeza de partido haya una casa destinada á arresto mayor, en cada capital de provincia un presidio correccional, en cada poblacion residencia de Audiencia un presidio menor, que el presidio mayor se cumpla en la Península, en las Baleares y Ca-

arias, que haya para las prisiones mayor, menor y correccional, igual número de establecimientos que para los presidios, que las reclusiones perpétuas y temporales se sufran en la Península, Islas Baleares y Canarias, que la cadena temporal se cumpla en los arsenales de marina ó en obras de fortificación, caminos y canales dentro de la Península é islas adyacentes, y la cadena perpétua en Africa, Canarias ó Ultramar, y que sean diferentes los establecimientos de penalidad para hombres y mujeres ¿podrá ser aceptable el proyecto presentado en que solo se trata de la creacion de cuatro grandes establecimientos penales? Si el Código reformado reconociese como el actual que no se puede imponer el trabajo á algunos de los que sufren la pena de privacion de libertad, ¿podrá sostenerse que estos vayan á establecimientos sostenidos por una empresa cuyo objeto principalmente es utilizarse del producto de trabajo de los que en ellos cumplen sus condenas? Así podrian multiplicarse preguntas que demostraran que antes de reformarse el Código penal no es oportuno entrar en contratos de esta magnitud, contratos que dan por prejuzgadas las gravísimas cuestiones que acerca del órdén de la penalidad no están aun definitivamente resueltas por las leyes.

2.ª CUESTION.—*¿Es compatible la propuesta con un buen sistema de penalidad?*

El art. 97 del Código penal dispone, que los sentenciados á cadena temporal ó perpétua no puedan ser destinados á obras de particulares, ni á las públicas que se ejecuten por empresas ó contratos con el Gobierno. No áfirirá el Fiscal á V. A. trayendo á la memoria los abusos escandalosos y los actos de inhumanidad que dieron lugar á tan justo precepto; precepto aplaudido por cuantos han tenido ocasion de enterarse de la conducta bárbara y feroz de algunos ajentes desalmados de empresarios que no reparaban en buscar lucro torpe en la sangre y en la miseria de los rematados. Joven, muy joven era el Fiscal que tiene la honra de hablar hoy á V. A. cuando empezó á ejercer la judicatura, y jamás se borraran de su memoria los llantos de madres y esposas que presenciaron, pidiendo por gracia que se destinara á las personas, por quien tanto se interesaban, á los presidios de Africa con preferencia á los peninsulares. Preferian la pena mayor á la menor; porque esta se sufría en el canal de Castilla, y al canal de Castilla no faltar á cumplir

su condena; iban casi todos á morir, y á morir lenta y cruelmente; la avaricia se habia sobrepuesto á la ley, y habia conmutado ferozmente la pena. No: donde la historia contemporánea nos recuerda tantos abusos, necesario es ser muy cautos antes de dar lugar á otros mayores. No es justo, no es prudente abandonar la direccion y los trabajos de los penados al interés particular que basea sobre todo la ganancia, y que no repara frecuentemente en los modos de adquirirla. Búsquese para la direccion esclusiva de los establecimientos penales hombres de costumbres austeras, de entereza de carácter, de sentimientos humanos, de probidad y de antecedentes muy depurados, y aléjase á los especuladores, que pocas veces son conducidos por miras del bien público. Lo que el Código, obedeciendo á los buenos principios dice de las penas de cadena, es por analogia aplicable á todas las demás.

Ni es solo de temer la agravacion immoderada de las penas: otro peligro opuesto hay en sentir del Fiscal. Baste en que la utilidad que dé á la empresa algun penado; las ganancias que pueda producirle, sirvan de motivo para que su condicion no sea la que á un penado corresponde. Si debe evitarse en los establecimientos penales, ese rigor excesivo que los ha convertido á veces en casas de tormento, tambien debe evitarse con esmero que la situacion del penado sea mejor, y mas halagüeña que la del hombre de igual condicion que no ha delinquido. Necesario es no perder nunca de vista que el principal objeto de las penas es la expiacion justa de los delitos, el aviso continuo que detiene en su camino á los delincuentes, que los aterra cuando conciertan el ánimo, los sigue á todas partes y hace muchas veces que desistan de sus proyectos, y que al lado de este objeto está el de la reforma moral del delincuente, reforma que se aviene mal con la lenidad y la condescendencia que determinados servicios traerian consigo en el sistema que se propone.

Pero hay tambien otras razones que hacen inadmisibile la propuesta, tal como se presenta. No cree el que suscribe que cada establecimiento penal deba tener el gran número de cinco mil delincuentes. Este número excesivo solo puede ser recomendado por la economía. El buen orden de los establecimientos lo rechaza, y lo rechaza tambien la reforma moral de los penados, puntos mas atendibles sin duda que la mísera diferencia que puede producir en el presupuesto la grande aglomeracion de penados. En concepto del

que suscribe, á lo sumo debería tener cada establecimiento mil reos sufriendo sus condenas, y este número pecará quizá por excesivo.

Ni es aceptable la reunion de hombres y mujeres en un mismo establecimiento penal. A este propósito dirá el Fiscal lo que manifestó la Corporacion á que antes hizo referencia, en el luminoso informe que dió sobre el Código penal. «La separacion absoluta de establecimientos de personas de ambos sexos es una necesidad, porque no hay division, por rigurosa que sea, dentro de un establecimiento, no hay paredes tan altas y espesas que contengan la imaginacion de los que sufren; están aislados muchas horas, y saben que á su lado hay otras personas de organizacion diferente, sujetas á la misma pena; de lo que nacen desórdenes espantosos que influyen en la salud y en la moralidad de los reclusos.» Por otra parte, poco se adelantaria con la separacion de sexos dentro del mismo establecimiento, si la administracion fuera como debia ser, diferente, porque no produciria este mal sistema muchas economías.

Y de notar es, que los condenados á cadena temporal y perpétua, segun está redactado el proyecto, no pueden tener lugar en los establecimientos propuestos, y por lo tanto, no logrará el Gobierno dispensarse de tener otros establecimientos en que se estingan estas penas. Lo que dice la condicion cuarta de que los condenados á cadena temporal ó perpétua, puedan entrar por gracia de S. M. por tres meses en clase de prueba y seguir despues, si hubieren dado muestras de sincero arrepentimiento, es cambiar la penalidad sustituyendo al castigo de la ley otro castigo mas suave, y es casi convertir en regla general la conmutacion de las penas, que solo debe acordarse como los demás indultos en los casos en que las circunstancias especiales del crimen ó del criminal hagan á este digno de la gracia. Hacer lo que se propone, es ponerse en contradiccion con los principios que recomiendan la prerogativa real de hacer gracia á los delinquentes.

Ni es menos espuesto á los fines de todo buen sistema de penalidad esa igualdad de condicion entre los penados, sea la que quiera la causa de su castigo, y la pena á que se hallen condenados. En el proyecto se igualan del todo en la penalidad el condenado á cadena, si se halla por gracia dentro del establecimiento, con los reclusos perpétua ó temporalmente, con los que sufren las penas de presidio mayor, menor ó correccional, con los condenados á prision de cualquiera de las tres clases, y por último, con los condenados

antes de la publicación del Código penal, á los presidios de Africa y á los peninsulares. Con solo decir esto, se vé que desaparece este orden gradual sucesivo de penas que los principios de la ciencia recomiendan. Todos los condenados sin distincion deben, segun el proyecto, trabajar segun su clase y voluntad, destinándolos ya en los talleres con arreglo á la inclinacion de cada uno, ya en las obras públicas que emprenda el contratista por cuenta propia ó ajena: todos deben ser gratificados proporcionalmente á su trabajo: de modo que desaparece en esto la graduacion que hacen las leyes castigando con la pérdida de la libertad á unos sin imposicion ninguna de trabajo, á otros con trabajo dentro del establecimiento, á otros con trabajo fuera del establecimiento, á unos dejándoles utilidad de su trabajo y cediendo todo el de otros en beneficio del Estado. Tal nivelacion de penas lucha con los buenos principios del derecho penal.

3.^a CUESTION.—¿Cabe la propuesta dentro del Código penal?

Debe tenerse en cuenta al examinar esta cuestion, que los condenados á cadenas temporal y perpétua no han de entrar en los establecimientos penales, á no ser por gracia de S. M. A. esto es, consiguiente que los establecimientos son para los condenados á las penas de que se hace mencion en el proyecto, y solo para los de cadena, cuando su condicion se asimila á la de los otros penados. Esto supuesto, limitándose el Código á imponer la pena de trabajos públicos á los que como castigo de grandes delitos han de arrastrar la cadena, ¿es lícito llevar á las obras públicas ó particulares que la empresa contrate á los que fueron sentenciados ó á no trabajar, ó á trabajar solo dentro de un establecimiento penal? ¿Se ha considerado al proponer esto, la vergüenza continua á que se sujeta al que con el uniforme de presidiario, con un grillete á las piés, dirigido por cabos de vara, y rodeado de soldados, está trabajando á la vista del público; y es ya objeto de escarnio, ya de compasion á los que lo miran? ¿Se ha calculado cuanto deben escatimarse, ya que existan las penas que destruyen el sentimiento de la vergüenza, endurecen mas y mas á los criminales, y les hacen mirar con tedio y horror á la sociedad que los pone á la mofa de sus conciudadanos? Pero no es solo esto: el Código penal fija los puntos en que han de existir los establecimientos penales con mejor ó peor acierto, cuestion que no debe ahora examinarse, establece los puntos donde

deben sufrirse las penas de reclusion temporal y perpétua, las de presidio y las de prision. Este es todo un sistema: el mayor ó menor alejamiento del delincuente del sitio en que delinquiró, es la base en que se funda: la ereccion de cuatro grandes establecimientos se opone directamente á esa escala gradual.

Mucho mas se opone á ella la aglomeracion de todos los penados, á pesar de la diferencia de sus condenas en unos mismos establecimientos, y la remuneracion que todos han de recibir por su trabajo. El proyecto echa por tierra todas las escalas; en lugar de la prolija enumeracion de las penas del Código, establece una pena única, general, que por lo que hace al sufrimiento de los penados, es igual en todos, lo mismo para el recluso perpétuamente, que para el que esté sentenciado por siete meses á prision correccional: les impone á todos trabajo forzoso, y á todos los hace participantes de las ganancias que proporciona. No es esto lo que quiere el Código: no cabe, pues, dentro de su sistema.

No permite la ley estas alteraciones: el art. 87 del Código penal dice: «Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto.» El Código penal, pues, condena la proposicion que se ha sujetado al examen de V. A.

4.ª CUESTION.—*¿El tiempo propuesta en el contrato es admisible?*

La ciencia del derecho en ninguna de sus partes es tan progresiva como en la penal. Al mismo tiempo que los principios sobre que descansa el derecho civil están firmemente asentados, y puede decirse que estacionarios desde el tercer siglo de la era cristiana, el derecho penal ha tenido notables adelantos, especialmente en este siglo. Las naciones que se precian de mas adelantadas han dado grandes pasos en el sentido de la reforma de los establecimientos penales en los últimos años, y han procurado á costa de grandes sacrificios mejorar la condicion moral y religiosa de los penados. Todavía está por resolver el problema de cuál es el sistema preferible. Y esto es muy interesante cuando se trata de erigir desde los cimientos, nuevos establecimientos penales, porque cada sistema exige su forma especial de construccion. Pero aun suponiendo que entre los sistemas conocidos se eligiese el mejor, ¿es prudente que el Estado se obligue á renunciar nada menos que por un siglo á todos los adelantos, á todas las mejoras de un ramo que puede decir que

está en la causa de su desenvolvimiento? ¿Es prudente condenar á las generaciones que vienen á que no puedan perfeccionar su sistema penal? El Fiscal no lo cree.

En otras muchas consideraciones podría entrar este Ministerio; pero en ellas le ha precedido el Consejo Real, y ciertamente mas eran de su competencia que de la de V. A. Tales son, que el recurso de rescision es ilusorio para el Gobierno, que no debería admitirse la facultad de tantear que se reserva á los derecho-habientes del concesionario, facultad grandemente dañosa para el Estado, que es mala la colocacion que se quiere dar á los establecimientos penales, y que podría fomentar el contrabando: tampoco entrará á examinar la cuestion bajo su aspecto economico. Todo esto lo hizo oportunamente, y bien, el Consejo Real, y el Fiscal hace en estos puntos suyo el dictámen emitido por tan distinguido cuerpo.

Tampoco entrará en el exámen de los planos; aunque profano al arte arquitectónico, podría el Fiscal emitir su dictámen, hijo de lo que ha visto en los mas célebres establecimientos de las naciones extranjeras, al menos en la parte que se refiera al sistema penal. Pero como no cree aceptable el pensamiento propuesto, no debe entrar en otras explicaciones, y con tanta mas razón, cuanto que está unido al expediente el informe de la Academia de San Fernando, que especialmente trata de este punto, para el que sia duda tiene mayor competencia que el que suscribe.

En los términos que quedan indicados puede V. A. evacuar el informe pedido ó de la manera que crea mas acertada.

Madrid 11 de octubre de 1836.

Gomez de la Serna.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La sentencia de remate dictada sin haberse opuesto el deudor citado personalmente ó por medio de cédula, ¿es preciso que se publique en el Boletín oficial de la provincia?

En algunos juzgados se hace esta publicacion, fundándose en que, habiéndose acusado la rebeldía que previene el art. 961 de la ley de Enjuiciamiento civil, los autos ejecutivos se han seguido con aquel carácter, y por consiguiente debe cumplirse lo dispuesto en el 1190.

Nosotros vemos este asunto bajo otro prisma. En primer lugar, la distinta indole y naturaleza del juicio ejecutivo y el ordinario; en segundo, la diferente tramitacion de uno y otro. Al practicarse la citacion de remate, el ejecutado lo fué ya para la sentencia que despues habia de pronunciarse; y aun cuando le haya sido acusada la rebeldía; no puede deducirse de esto que los autos han de seguir su curso en tal sentido, puesto que ya no queda mas trámite que pronunciar el fallo con el cual se termina el primer período del juicio; razón por la cual sin duda la ley no ha hecho declaracion expresa sobre este particular, como sucede en el juicio ordinario, artículo 252.

La peticion de rebeldía es y debe considerarse como un trámite natural próximo inmediato que ha de preceder á la sentencia de remate, por la regla general de que en asuntos civiles nada puede practicarse de oficio, ni significar otra cosa que el deudor ha dejado de utilizar las escepciones que la ley le permite. Bajo este supuesto, nos parece que no debe hacerse la publicacion en el *Boletín oficial*, y que la práctica mas adaptable es la de notificar al deudor la sentencia en su persona ó por cédula á la primera diligencia en buca.—Espero que los Sres. Redactores de la *Revista* se sirvan emitir su ilustrada opinion acerca del caso propuesto.—Ldo. CARLOS MONTESORO.

Contestacion.

La opinion que precede nos parece tan atinada y justa, que no tenemos inconveniente en considerarla como nuestra. La acusacion de una rebeldía y el auto teniéndola por acusada, cuando está presente el demandado en el juicio, no hacen que el procedimiento deba continuarse en rebeldía; ni la letra de la ley dice esto, ni podria ser conforme á su espíritu, que en lugar de la prosecucion del juicio con el demandado, se entendiera con los estrados, ficcion legal que iria contra la verdad suponiendo rebelde al que no lo es, y no tendria por lo tanto términos hábiles. Agréguese á esto los perjuicios que ocasionaria al demandante esta ficcion, convirtiéndose así en su daño lo que solo para su beneficio se habia introducido. Creemos, pues, con el consultante, que en el caso propuesto debe hacerse, no en estrados, no por el *Boletín oficial*, sino personalmente ó por cédula en su caso la notificacion al ejecutado.

Los Directores de la Revista.

SECCION DOCTRINAL.

TITULO..... (1).

DEL RECURSO DE CASACION (2).

CAPITULO I.

IDEA GENERAL ACERCA DE ESTE RECURSO.

El recurso de casacion, tal cual se halla establecido en España, es una institucion nueva para nosotros, si bien venia ya anunciada en cierto modo desde las reformas judiciales planteadas en la Constitucion de 1812, y mas especialmente desde la ley de 9 de octubre de aquel mismo año: Nuestro antiguo procedimiento autorizaba para anular las ejecutorias de las Chancillerias y Audiencias, los recursos de injusticia notoria y de segunda suplicacion, que ya corresponden á la parte histórica de los juicios; pero la le-

(1) Debaticidas las cuestiones de principios acerca del recurso de casacion, en los escritos que sucesivamente hemos ido publicando en nuestra REVISTA, faltaba para completar esta importante materia, un tratado que se limitase pura y esclusivamente á esplicar los medios de aplicacion práctica de la ley de Enjuiciamiento civil en esta parte de nuestro moderno procedimiento. Tarea tan árdua no podia confiarse sino á persona muy autorizada y competente; y en ello pensaban los Directores de la REVISTA, cuando el digno Ministro del Tribunal Supremo de Justicia, Excmo. Señor D. Manuel Ortiz de Zúñiga, ha tenido la bondad de facilitarnos, y por ello le estamos altamente reconocidos, el notable trabajo que habia escrito para una obra suya, tan bien conocida como apreciada del público. Así, pues, el título *Del recurso de casacion*, con que principia esta entrega de nuestra REVISTA, es un fragmento de la 2.^a edicion, no publicada aún, de la obra titulada *PRÁCTICA GENERAL FORENSE ó Teoría de los procedimientos judiciales*, por dicho autor.—*Los Directores de la REVISTA.*

(2) Varios escritos se han publicado sobre esta importante materia desde la promulgacion de la ley de Enjuiciamiento civil; pero merecen especial mencion y son mas dignos de estudio el *Exámen del recurso de casacion en España* del Sr. Marqués de Gerona, presidente que fué de la Sala primera del Tribunal Supremo de Justicia, el *dictámen* del Sr. Seijas Lozano, fiscal del mismo Tribunal, y las *observaciones* sobre el mismo asunto del Sr. Manresa, Secretario de Gobierno (a). Todos ellos difieren, sin embargo, del objeto del presente título, limitado pura y exclusivamente á esplicar los medios de aplicacion práctica de la ley sin entrar en cuestiones de principios, á que tanto se presta esta materia, porque este trabajo es ajeno de nuestro propósito.

(a) Pueden verse todos estos escritos en las págs. 345 del tomo XIII, 332 del tomo XV y 257 del tomo XVI de esta REVISTA.—*Nota de los Directores de la REVISTA.*

gislacion moderna, desviándose del sistema de aquellos, ha introducido, en nuestro concepto con ventaja del interés público, el recurso de que nos vamos á ocupar en este título.

Prescindiendo de la citada ley de 9 de octubre en que por primera vez se introdujo uno algo análogo, se echaron los cimientos de esta notable innovacion, en el de nulidad establecido por el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, y abolido ya por la nueva ley de Enjuiciamiento. Encuéntrase despues algo mejor delineado en el Real decreto de 20 de junio de 1852, aunque limitado á los procesos por delitos contra la Hacienda pública. Lo vemos luego mas completamente desenvuelto respecto á los negocios civiles de Ultramar, en la Real cédula de 30 de enero de 1855; y por último la espresada ley de Enjuiciamiento, á pesar de algunos lunares fáciles de borrar, lo ha mejorado en cuanto á los pleitos de la Península é Islas adyacentes; siendo de sentir que no se haya estendido todavía á las causas criminales, sino solo de un modo imperfecto, y con el título de nulidad, en cuanto á los delitos de imprenta. Hay además otros recursos análogos en los pleites de comercio, que si bien se denominan de *injusticia notoria*, están casi en un todo equiparados por el Real decreto de 12 de enero de 1859 á los comunes de casacion; y aun puede decirse que se conoce otro, si bien anómalo é imperfecto, en los negocios ordinarios que terminan en el Tribunal Supremo de Guerra y Marina (1).

Esta diversidad de recursos en una materia en que tan necesaria es la uniformidad en el procedimiento, si se ha de conseguir

(1) Como el recurso de casacion procede contra las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores (art. 1010 de la ley de Enjuiciamiento civil), y como todos los jueces y Tribunales, cualquiera que sea su fuero, que no tengan ley especial para sus procedimientos, deben arreglarse en los pleitos y negocios civiles de que conozcan á las disposiciones de la misma ley de Enjuiciamiento (art. 1414), parecia indudable que de los recursos contra las sentencias de vista ó de segunda instancia dictadas por las Salas de ministros togados del Tribunal Supremo de Guerra y Marina, debiera conocer el primero de la nacion, el de Justicia; pero sin embargo, la Real orden de 12 de marzo de 1856, dando por supuesta la necesidad de subordinarse aquel Tribunal especial á las prescripciones de la nueva ley, dispuso que el recurso de casacion se entablase ante el mismo y se decidiese por él, aunque por diversos ministros de los que hubiesen dictado la sentencia, en los casos y en la forma que establece la ley de Enjuiciamiento. De este modo se ha contrariado la indole esencial de esta clase de recursos extraordinarios, que deben siempre decidirse por un mismo Tribunal para que haya unidad de doctrina en los fallos que los resuelven.

alguna unidad en la jurisprudencia, revela cuán irregular es todavía en España una institucion que bien planteada, y auxiliada de los elementos necesarios, puede producir resultados utilísimos.

Los antiguos recursos anteriores al de nulidad creado en 1838, tenían por especial y único objeto alzar la injusticia causada por las sentencias de los Tribunales Superiores, protegiendo los derechos individuales, pero sin tomar en cuenta para nada el interés público, ni la necesidad de fijar la inteligencia de la ley, ni de aclarar su sentido oscuro, ni de explicar las antinómicas que á veces suelen encontrarse en una legislacion tan complicada, ni de uniformar las reglas de jurisprudencia que forman parte integrante del derecho y que constituyen el fin principal y mas importante del recurso de casacion.

Las sentencias dictadas en los de injusticia notoria y segunda suplicacion, ni se razonaban, ni se publicaban, ni tenían aplicacion mas que al punto concreto controvertido en el juicio de que traían origen; pero los fallos del nuevo recurso de que nos estamos ocupando contienen fundamentos de derecho, fijan doctrinas, explican la ley, forman reglas, que aunque no legislativas, ni obligatorias, son de grande autoridad para los Tribunales, y por medio de su publicidad oficial sirven de complemento á la legislacion civil, que ni puede ni debè ser casuista, ni es posible prevea y resuelva todos los puntos susceptibles de controversia. En suma, el recurso de casacion, como ha dicho oportunamente un distinguido jurisconsulto de los que concurrieron á formar la ley de Enjuiciamiento, «no es una tercera instancia. El Tribunal Supremo al fallar vá á decidir una cuestion de derecho, vá á juzgar si se ha quebrantado la ley ó no por un Tribunal Superior, vá á cortar en su raiz las malas interpretaciones de la ley, que por ignorancia, por error ó por malicia se dan en un pleito, y que á quedar sin correctivo, podrian citarse despues como precedentes autorizados generadores de jurisprudencia, vá á vigilar por último por la genuina, por la recta aplicacion de la ley escrita (1).»

Este es en efecto el fin principal del recurso de casacion, y convendría que siempre se tuviera presente, para no confundirlo con una nueva instancia, y para persuadirse de que respecto de él no

(1) El Sr. Gomez de la Serna en sus *Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil*.

se puede entrar en la calificación de la sentencia que la motiva, bajo el concepto de su justicia ó injusticia, sino solo bajo la consideración de si se ha ajustado á la ley en el buen sentido en que la entendiende la jurisprudencia.

Dada esta breve idea de dicho recurso, examinaremos en los siguientes capítulos:

- 1.º Cuándo es admisible con arreglo á la ley y á la jurisprudencia autorizada por el Tribunal Supremo.
- 2.º Los incidentes relativos á su admision ó denegacion.
- 3.º Sus trámites hasta despues de dictado el fallo.
- 4.º Los recursos que, aunque admisibles, no deben prevalecer.
- 5.º Los que puede proponer el Ministerio fiscal.

CAPITULO II.

CUÁNDO ES ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION.

Para que sea admisible el recurso de casacion, son indispensables tres requisitos:

- 1.º Que la sentencia que lo motive sea definitiva.
- 2.º Que se cite como infringida alguna ley ó doctrina.

Y 3.º Que se proponga en el término de diez dias, contados desde el siguiente al de la notificación de la sentencia.

De todos estos puntos trataremos por su orden. La primera y mas esencial condicion para que sea admisible y procedente este recurso extraordinario, es que no quepa ningun otro remedio contra la sentencia que lo motive. Debe por consiguiente ser esta dictada por un Tribunal Superior, y tener la cualidad indispensable de definitiva, pues siendo interlocutoria, corresponde el recurso de súplica para ante la misma Sala que la hubiere acordado, y no procede por lo tanto el medio extremo de la casacion (1). Para evitar dudas sobre la admision del recurso, la ley ha definido lo que se entendiende por *sentencia definitiva*, diciendo que es aquella que, aun cuando haya recaído sobre un artículo ó incidente, ponga término al juicio y haga imposible su continuacion, y la que declare haber ó no lugar á oír á un litigante condenado en rebel- dia (2); pero á pesar de esta regla, al parecer tan clara, no deja,

(1) Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1857, 18 de febrero de 1858 y 4 de marzo de 1859.

(2) Arts. 1010 y 1011 de la ley de Enjuiciamiento civil.

de ofrecer dificultad en los tribunales la exacta calificación de la clase ó naturaleza de las sentencias, y por consiguiente la admisión ó denegación del recurso. Y la prueba de que no obstante la definición legal de las palabras *sentencia definitiva*, todavía no se distinguen bien en abstracto y en términos generales, cuales tienen verdaderamente esta cualidad, cuando son numerosos los recursos de casacion que se proponen y se admiten bajo el concepto de ser definitivas las sentencias, y son sin embargo declarados despues inadmisible, por ser aquellas en realidad interlocutorias, y no poner término al juicio. Conveniente será por lo mismo, que se fije la atención en las varias decisiones que á este propósito se han dictado por el Tribunal Supremo de Justicia, pues de este exámen podrán deducirse provechosas doctrinas, que sirvan de regla y eviten dudas sobre esta materia. Las providencias dictadas en cualquier incidente preparatorio de un juicio, no pueden calificarse de sentencias definitivas, porque ni terminan la cuestion principal, ni imposibilitan el seguimiento de aquel (1), y ya hemos dicho que es siempre indispensable para que proceda el recurso, que la sentencia que lo motiva ponga término al juicio y haga imposible su continuacion (2).

Así es que la providencia en que se deniega ó repele la admision de una demanda, solo por la forma indebida en que se ha propuesto, no puede dar lugar al espresado recurso, porque ni pone término al juicio, ni impide que, presentándose en otra forma, ó llenando algunos requisitos, ó bien acreditando no ser posible cumplir con las formalidades exigidas, se abra de nuevo el pleito, y se ejercite el mismo derecho. Por igual razon no es tampoco admisible el recurso, cuando es posible reproducir la accion deducida, ó reclamar de otro modo lo que antes se pidió (3): ni contra las providencias dictadas para poner en seguridad los bienes de una testamentaria, ó denegando la entrega de autos al que no legitima su personalidad, puesto que no recaen sobre definitiva, ni sobre artículo que termine el juicio é impida su continuacion (4).

(1) Sentencia de 20 de mayo de 1857. En sentido análogo están dictadas las de 8 de febrero y 18 de marzo de 1858 y las de 11 y 26 de junio de 1860.

(2) Sentencia de 15 de junio y de 16 de noviembre de 1859.

(3) Sentencia de 3 de mayo de 1860.

(4) Sentencia de 11 de mayo de 1860.

De las sentencias dictadas sobre los incidentes relativos á la declaracion de ser pobre un litigante, para disfrutar el beneficio que la ley concede á esta clase, se han propuesto muchos recursos de casacion, creyéndose que deben siempre ser reputadas definitivas, porque ponen término á aquel juicio, esto es, al seguido sobre el incidente de la pobreza; pero en estos recursos las decisiones del Tribunal Supremo han distinguido, y resuelto la cuestion, segun la clase de declaracion contenida en el fallo reclamado. Si se ha concedido en él el beneficio que la ley otorga á los pobres, como el fallo no pone fin á la cuestion principal objeto del pleito, ni hace imposible la continuacion de este, se ha considerado improcedente con arreglo á las prescripciones de los artículos 1010 y 1011 de la ley de Enjuiciamiento (1); pero por el contrario, cuando la sentencia deniega el beneficio de ser declarado pobre un litigante, como en este caso cierra en cierto modo la puerta al juicio, é imposibilita su continuacion, porque priva á aquel de los medios de sostener su defensa, entonces se reputa el recurso admisible (2), aun cuando despues se declare por motivos fundados no haber lugar á él. Sin embargo, si el incidente de la pobreza se ha suscitado en la segunda instancia, y se deniega la concesion de este beneficio, no puede interponerse desde luego la casacion contra la sentencia denegatoria, sino que es preciso intentar el recurso ordinario de súplica para ante la misma Audiencia, y solo en el caso de confirmarse dicho fallo, procede y es por consiguiente admisible el extraordinario de casacion (3).

En los incidentes de tercería, aunque provengan de un juicio ejecutivo, debe tambien admitirse, si la sentencia termina aquella cuestion y hace imposible que continúe, ya declarando el dominio, ya el derecho preferente de lo que se litigue; pero no cuando deja medios de seguir el juicio, por quedar á salvo los derechos que se disputan, como por ejemplo, si estando pendiente la cuestion sobre preferencia de crédito, se manda entregar á una de las partes la cosa de que se trata, con la reserva de responder del resultado de la misma tercería, porque entonces esta adjudicacion ó

(1) Sentencias de 1.º de octubre de 1857 y de 16 de febrero, 10 de marzo y 3 de mayo de 1860.

(2) Sentencias de 23 de octubre de 1857; de 28 de febrero y 27 de junio de 1859 y de 16 de febrero, 10 de marzo y 3 de mayo de 1860.

(3) Sentencia de 4 de marzo de 1859.

entrega, ni pone término al juicio, ni dificulta su ulterior curso, sino, por el contrario, deja espedito el derecho de preferencia que puedan tener los terceros interesados á la misma cosa (1).

Sobre el incidente relativo á la incontestacion de una demanda, háse propuesto tambien alguna vez dicho recurso, por no fijarse bien la consideracion sobre los verdaderos efectos de la sentencia contra la cual se ha ejercido este remedio extraordinario. Así es, que dirigido á combatir una sentencia en que se ha admitido la es-cepcion de incontestacion, por no haber justificado el actor su personalidad, por no haberse formulado la demanda con arreglo á la ley, y porque no la acompañaban los debidos documentos, se ha denegado el recurso (2); y lo mismo ha sucedido cuando se ha propuesto éste contra sentencia que declara no haber lugar al artículo de incontestacion (3), fundándose en uno y otro caso el Tribunal Supremo en que las citadas sentencias no ponian término al juicio, ni impedian que éste continuase, puesto que, subsanados los expresados defectos, podia aquel proseguirse.

Lo mismo vemos respecto á los fallos en que se declara no haber lugar á la inhibicion del conocimiento de un pleito, ó no accederse á una acumulacion de autos, porque ni terminan el juicio, ni estorban su seguimiento, y por el contrario obligan al demandado á contestar á la demanda, dejando así abierta la puerta al litigio, para que se siga por todos sus trámites (4).

Las sentencias relativas al cumplimiento de una ejecutoria tampoco pueden reputarse definitivas, en el sentido legal de terminar un pleito que ya ha fenecido, y por consiguiente no dan lugar al recurso de que tratamos (5): ni las que recaen en los juicios sumarisimos sobre reclamacion de alimentos provisionales, porque no resuelven definitivamente un asunto que puede ser objeto de otro pleito (6), ni tampoco las que mandan la presentacion ó exhibicion de un documento (7). Pero, por el contrario, deben considerarse

(1) Sentencia de 18 de marzo de 1858.

(2) Sentencia de 19 de mayo de 1858.

(3) Sentencias de 21 de mayo de 1858, y de 3 de marzo de 1860.

(4) Sentencias de 21 de mayo de 1858, y de 20 de octubre de 1859.

(5) Sentencias de 10 de enero de 1859 y de 25 de abril y 13 de junio de 1860.

(6) Sentencia de 16 de octubre de 1860, fundada en los arts. 1011, 1014 y 1218 de la ley de Enjuiciamiento.

(7) Sentencia de 11 de junio de 1860.

definitivas las sentencias que deciden sobre la legitimidad y graduacion de créditos en los juicios de concurso, porque constituyen el fondo y lo sustancial de la cuestion, y por consiguiente, procede contra ellas el recurso (1). Lo mismo sucede respecto de las providencias que repelen á *limine iudicii*, ó desde luego la demanda, ó que declaran desierta una apelacion y ejecutoriada una sentencia, porque tienen todos los caractéres que la ley exige, puesto que finalizan de un modo irrevocable el juicio, é impiden por consiguiente que pueda continuarse (2).

Es necesario, pues, para evitar recursos infundados, y todas las consecuencias que se siguen á esta especie de temeridad, fijar mucho la consideracion en la verdadera índole y naturaleza del fallo dictado por la Audiencia, pues muchas veces se pretende dar á sentencias verdaderamente interlocutorias la fuerza y carácter de definitivas, para sostener contra ellas un recurso improcedente, cuando en realidad no tienen aquel carácter mas que las que finalizan el juicio, decidiendo sobre el fondo del mismo (3), las que declaran consentida una sentencia que tiene el carácter de definitiva, y la providencia que deniega su reposicion ó reforma (4), las que resuelven sin ulterior instancia el objeto de la demanda (5), y las que contienen una declaracion de derechos, aun cuando por error ó equivocacion se haya dado á la segunda instancia la sustanciacion propia de los incidentes (6).

De la regla general sentada, de haber de ser definitiva la sentencia para la admision del recurso, hay, sin embargo, una escopcion, que conviene consignar aquí, y es cuando aquella ha recaído en las cuestiones ó incidentes sobre competencia de jurisdiccion, pues aunque las decisiones de estas contiendas, dictadas por las Audiencias, no ponen término al juicio, ni hacen imposible su continuacion, ni son, por consiguiente, definitivas en el concepto en que así las declaran los art. 1010 y 1011 de la ley de Enjuiciamiento, se admite contra ellas el recurso de casacion, y se resuelve éste por la Sala segunda del Tribunal Supremo de Justicia. En rigor de

-
- (1) Sentencia de 15 de abril de 1856.
 - (2) Sentencias de 3 y de 18 de mayo de 1860.
 - (3) Sentencia de 21 de febrero de 1846.
 - (4) Sentencia de 15 de junio de 1860.
 - (5) Sentencia de 22 de abril de 1850.
 - (6) Sentencia de 18 de noviembre de 1851.

principios, no debiera haber ni aun esta excepcion, porque la indicada regla consignada en la ley es absoluta, y ciertamente no habrá ningun caso en que la decision de una competencia finalice el juicio é impida su prosecucion, pues sea cual fuere la jurisdiccion que se declare competente para el conocimiento del asunto, éste habrá de continuarse hasta que se termine por los medios legales. Por eso la ley, al tratar de los trámites precisos para dirimir las cuestiones de competencia, aunque permite el recurso de casacion, lo limita á su tiempo y lugar (art. 111 de la ley de Enjuiciamiento), esto es, para cuando el juicio principal estuviere terminado, por haber recaido en él la verdadera sentencia definitiva que causa ejecutoria, y no sea posible ya mas controversia jurídica. Pero sin embargo, la jurisprudencia seguida por dicha Sala del Tribunal Supremo, atendiendo á poderosas razones que debemos respetar, estima admisible el recurso contra las sentencias de la clase espresada, y lo resuelve declarando haber ó no lugar á él, y por consiguiente, designando la jurisdiccion á quien cree competente entre las dos que se disputan el conocimiento (1); y aun declara tambien admisible el recurso propuesto contra providencia en que se manda á un juez ordinario inhibirse del conocimiento de un asunto, y pasarlo á una jurisdiccion privilegiada (2).

El segundo requisito indispensable para intentar el recurso de casacion es, como antes digimos, que se funde en alguna infraccion de ley ó doctrina que afecte al fondo ó esencia de los derechos controvertidos, ó bien en haberse faltado á alguna de las solemnidades mas esenciales del procedimiento. Este punto es tambien de gravedad, y merece que nos detengamos algunos momentos en su explicacion.

Los recursos mas comunes son los de la primera clase, porque en ellos, supuesta la circunstancia de ser definitiva la sentencia, caben muy pocas restricciones para su admision, mientras que en los de la segunda clase espresada, los defectos que dan lugar al recurso son taxativos, y no admiten una interpretacion muy lata. En efecto, para proponer un recurso de casacion en el fondo, y que sea admisible, basta citar la infraccion de una ley de cualquier código

(1) Se han dictado en este sentido varias sentencias por la Sala segunda de dicho Tribunal, pero especialmente las de 25 de enero y 23 de diciembre de 1858, 29 de junio de 1859 y 28 de abril de 1860.

(2) Sentencia de 28 de febrero de 1860.

ó coleccion de las muchas que constituyen nuestro derecho, ó el foral en sus respectivos casos, y aun del derecho romano, si el juicio se ha seguido en alguna de las provincias en que rige con preferencia á las leyes pátrias.

Hay, sin embargo, algunas restricciones, como son: 1.ª, que las leyes que se citen no sean de las penales, pues éstas no son aplicables á las cuestiones de órden civil (1); 2.ª, que no se aluda genéricamente ó en globo á un título comprensivo de diferentes leyes, sino que se haga aplicacion de cada una de ellas al punto controvertido, procurándose demostrar su infraccion (2); y 3.ª, que tampoco se aleguen como infringidas, si el recurso se ha propuesto en el fondo, leyes puramente formularias ó de procedimiento (3), sino las que afectan á los derechos, y las obligaciones de los litigantes.

Muy ámplia es tambien la facultad del recurrente para citar como infringida alguna doctrina, pues la ley está poco concreta y precisa sobre este punto, y así no solo puede proponerse el recurso por ser la sentencia contraria á doctrina *admitida por la jurisprudencia de los Tribunales* (art. 1012 de la ley) (4), sino por ser opuesta á doctrina *legal ó de derecho* (párrafo 2.º del art. 1025) (5). Pero es indispensable precisar cuál es esa doctrina, á qué particular se refiere y que sea legal ó esté admitida por la jurisprudencia de los Tribunales (6): por consiguiente no basta citar como doctrina la consignada en una obra, aunque sea de testo, cualquiera que fuese el mérito científico de ella (7), ni las opiniones de autores que han escrito sobre cuestiones de derecho (8).

Aunque la sentencia sea definitiva, y notoria la infraccion de ley ó de doctrina, no es admisible el recurso en el fondo:

- 1.º En los juicios posesorios.
- 2.º En los ejecutivos (9).

(1) Sentencia de 29 de diciembre de 1859.

(2) Sentencias de 20 de octubre de 1859 y de 28 de febrero y 12 de marzo de 1860.

(3) Sentencias de 9 de diciembre de 1859 y de 28 de marzo y 18 de mayo de 1860.

(4) En el mismo sentido se expresan los arts. 1015, 1027, 1029, 1039, 1060, 1064 y 1073, y sentencia de 10 de marzo de 1859.

(5) Con el artículo citado concuerdan sobre este punto el 1016, 1018, 1024, 1049, 1074 y la sentencia indicada de 10 de marzo de 1859.

(6) Sentencia de 10 y de 18 de febrero de 1860.

(7) Sentencia de 11 de febrero de 1860.

(8) Sentencia de 27 de marzo de 1860.

(9) Sentencia de 11 de febrero de 1860.

3.º En todos los asuntos en que despues de dictada sentencia, se puede seguir otro juicio sobre lo mismo que haya sido objeto del pleito (1).

Cuando la infraccion que se alega para fundar el recurso, consiste en algun vacio ó defecto del procedimiento, no basta sostener que se ha cometido cualquiera de estos, sino que es preciso citar como quebrantada alguna de las reglas mas esenciales de los juicios, cuales son las siguientes:

1.ª Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias de los que debieran haber sido citados para el juicio.

2.ª Falta de personalidad en el litigante ó en el procurador que lo haya representado.

3.ª Falta de citacion para sentencia en cualquiera de las dos instancias.

4.ª Falta de recibimiento á prueba en cualquiera de las instancias, cuando proceda con arreglo á derecho.

5.ª Falta de citacion para alguna diligencia de prueba que haya podido producir indefension.

6.ª Denegacion de cualquiera diligencia de prueba, admisible segun las leyes, y cuya falta haya podido producir indefension.

7.ª Incompetencia de jurisdiccion, aunque solo en los casos en que no haya recaido sobre este punto decision del Tribunal Supremo.

8.ª El haber concurrido á dictar sentencia uno ó mas jueces, cuya recusacion, intentada en tiempo y forma, se hubiere denegado, siendo procedente.

9.ª Haberse dictado la sentencia por menor número de jueces del señalado por la ley (2).

Estas son taxativamente las infracciones que pueden dar lugar al recurso en la *forma* ó respecto á los trámites, porque como se vé, todas ellas son de tanta entidad, y pueden influir tan directamente en el resultado del juicio, que si se tolerasen sin acudir al remedio extraordinario de la anulacion del procedimiento, se quebrantarian los derechos mas sagrados de la defensa y la garantía mas firme de la justicia. Tan graves, tan trascendentales son estos

(1) Art. 1014 de la ley y sentencias de 7 de octubre de 1857 y de 21 de octubre y de 19 de diciembre de 1859.

(2) Art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento.

vicios en las actuaciones judiciales, que producen justo motivo de casacion, aun en los pleitos posesorios, en los ejecutivos y en cualquier asunto en que, despues de dictada sentencia, se puede seguir otro juicio sobre lo mismo que haya sido objeto de él (1). Pero ningun otro, aunque en efecto se haya cometido, es causa bastante para fundar un recurso de esta clase, como por ejemplo lo seria el vicio de no haberse firmado por letrado un escrito de apelacion, y haberse esta admitido sin embargo (2).

Aun tratándose de cualquiera de los defectos mencionados, no basta tampoco que se haya cometido en un incidente, sino que es preciso que afecte al juicio principal. Así, por ejemplo, la falta de citacion para sentencia sobre un artículo, no es causa legal para fundar el recurso, pues el párrafo 3.º del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento alude á las sentencias definitivas y no á las interlocutorias (3). Ni procede contra la declaracion de haber decaido el derecho de un litigante, por no haber practicado las diligencias conducentes á completar su personalidad dentro del término que al efecto se le hubiere señalado (4). Ni es suficiente tampoco alegar la falta de prueba, cuando ya se ha practicado ó intentado otra en la primera instancia sobre los mismos puntos ó otros contrarios á los que en la segunda se han pretendido justificar; ni cuando es idéntica en su esencia, aunque diferente en su forma y en los términos; ni cuando versa sobre particulares que no han sido objeto del litigio (5); ó cuando el asunto por su naturaleza no requiere prueba, como, por ejemplo, en los interdictos de adquirir, en los cuales no es necesario este medio de justificacion (6). Ni procede cuando se han denegado diligencias informativas, solicitadas en la última instancia, si la cuestion es de puro derecho, y conformes con esto las partes, no solicitaron el recibimiento á prueba en ninguna de las instancias (7); ó cuando este recibimiento ha sido denegado por no estar comprendido en ninguno de los casos que expresa el art. 869 de la ley de

(1) Art. 1014 de la ley.

(2) Sentencia de 29 de febrero de 1860.

(3) Sentencia de 21 de octubre de 1859.

(4) Sentencia de 11 de febrero de 1860.

(5) Sentencia de 20 de diciembre de 1856.

(6) Sentencias de 23 de junio de 1853, de 22 de octubre de 1857, de 31 de marzo de 1859 y de 22 de marzo de 1860.

(7) Sentencia de 30 de enero de 1860.

Enjuiciamiento (1); pero si es procedente el recurso cuando se deniega la admision de la informacion de testigos ofrecida para justificar la pobreza, pues esto equivale á la denegacion de una diligencia de prueba (2). No sirve tampoco para fundar el recurso citar otra falta, por grave que parezca, no siendo de las mencionadas, que son las espresamente comprendidas en el art. 1013 de la ley (3). Ni, por último, puede apoyarse, refiriéndose en general á los defectos de sustanciacion contenidos en el mismo artículo, sino que es indispensable designar en el escrito en que se interpone el recurso, la causa concreta que dá motivo á la nulidad, porque solo así se puede examinar la cuestion de si la falta que se alega es ó no de las que la ley declara suficientes (4).

El tercer requisito indicado al principio como indispensable para que sea admisible el recurso, es que se interponga, como entonces dijimos, en el término de diez dias perentorios (5), contados desde el siguiente al de la notificacion de la sentencia; pero sin necesidad de presentarse para ello poder especial, pues basta el general y ordinario que tenga el procurador. Este término corre aun durante el período de vacaciones en los recursos relativos á cuestiones de competencia de jurisdiccion, que por la ley están calificados de urgentes (6), pero no en los demás recursos de casacion.

Por graves que sean las infracciones de ley ó de doctrina, y por notorios los defectos que se supongan cometidos en el procedimiento, no es admisible el recurso bajo uno ni otro concepto, en los juicios verbales, ni en los de menor cuantía (7), porque seria aun mas perjudicial que la infraccion ó defecto, dar lugar á grandes gastos é inevitables dilaciones en cuestiones de tan escasa entidad, como las que son objeto de aquellos juicios. No sucede lo mismo respecto de los actos de jurisdiccion voluntaria, los cuales

(1) Sentencia de 4 de febrero de 1860.

(2) Sentencia de 28 de abril de 1860.

(3) Sentencias de 27 de enero, 28 de junio y 29 de noviembre de 1858, y de 24 de setiembre de 1859.

(4) Regla 3.ª de la segunda parte del art. 1025 de la ley de Enjuiciamiento y sentencias de 27 de abril de 1858 y de 27 de abril de 1859.

(5) Lo mismo sucedia respecto al recurso de nulidad, pues tambien era perentorio el término para interponerlo, segun una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1859.

(6) Sentencia de 25 de enero de 1860.

(7) Art. 1014 de la ley.

pueden ser de tanta gravedad y trascendencia como los juicios contenciosos, y por eso en ellos es admisible, tanto en el fondo, como en la forma del procedimiento (1).

Debe proponerse el recurso ante el mismo Tribunal y Sala que haya dictado la sentencia contra la cual se intente (2); y corresponde exclusivamente su conocimiento al Tribunal Supremo, con sujeción á las reglas siguientes:

1.ª A la Sala primera los que se funden en ser la sentencia contraria á ley ó doctrina.

2.ª A la Sala segunda los que se funden en alguna de las causas expresadas con relacion al procedimiento (3).

3.ª Si se hubiere interpuesto por ser el fallo contra ley ó doctrina legal, y á la vez por cualquiera de las causas que anulan el proceso, toca conocer primero á la Sala segunda, la cual se limita al punto de su competencia; y si declara haber lugar al recurso, manda pasar los autos á la Sala primera del mismo Tribunal Supremo, para que lo sustancie y determine en la parte que tenga por fundamento la infracción de ley ó doctrina legal (4).

Esta distribucion de negocios entre las dos expresadas Salas del Tribunal Supremo tiene por objeto conseguir que haya unidad en las decisiones respectivas, y se fije y uniforme la jurisprudencia y la interpretacion legal, tanto en los puntos de derecho, que afectan á la esencia de las cuestiones litigiosas, como en el orden establecido para el Enjuiciamiento civil ante todas las jurisdicciones que no tengan un procedimiento especial.

CAPITULO III.

DE LOS INCIDENTES SOBRE LA ADMISION Ó DENEGACION DEL RECURSO DE CASACION.

Para la admission de este recurso es necesario distinguir:

- 1.º Si es relativo á infracción de ley ó doctrina.
- 2.º Si se promueve á consecuencia de infracción de las reglas del Enjuiciamiento.

(1) Sentencia de 19 de junio de 1857, fundada en los arts. 1010 y 1206 de la ley de Enjuiciamiento.

(2) Art. 1021 de dicha ley.

(3) Art. 1015 de id.

(4) Artículos 1016 y 1018 de la ley.

En el primer caso, esto es, en el recurso de casacion en el fondo, no se necesita ninguna preparacion: basta que el escrito se presente en el término señalado, y se cite la ley ó doctrina que se suponga infringida, para que sea admisible, sin perjuicio de que luego proceda ó no, segun sea ó no verdadera la infraccion que se suponga. Pero el fundado en algun vicio ó defecto cometido en la tramitacion del juicio, es necesario que se haya preparado antes, apurando todos los medios legalmente posibles para subsanar la falta que al procedimiento se atribuye. Si, pues, ésta se ha cometido en la primera instancia, la parte interesada debe haber reclamado contra ella en la misma ó en la segunda ante la Audiencia, y si en esta, tambien es preciso que se haya hecho la reclamacion sin fruto en la misma, pues, como ya antes se indicó, el recurso de casacion es un remedio estremo y extraordinario, al cual no se puede apelar, sino cuando se han apurado en vano todos los medios ordinarios que la ley autoriza para subsanar cualquier agravio ó infraccion (1). Pero por el contrario, cuando las reclamaciones se han hecho oportunamente, no puede negarse la admision del recurso (2), ni tampoco cuando el vicio ó defecto no ha podido reclamarse oportunamente, como, por ejemplo, si se hubiere dictado sin citacion la sentencia definitiva en la segunda instancia (3).

El recurso debe interponerlo el procurador, como ya hemos dicho, en el término de diez dias, citando en el escrito la ley ó doctrina infringida en la sentencia, si se apoya en alguna de estas causas, ó la omision ó falta que se hubiere cometido, si se funda en alguna de las que anulan el procedimiento (4).

Interpuesto el recurso, la Sala, sin conferir traslado, y sin otro trámite ni sustanciacion, debe examinar si concurren las circunstancias siguientes:

(1) Artículos 1019 y 1020 de la ley de Enjuiciamiento, y muchas sentencias en igual sentido, entre otras las de 17 de setiembre de 1857, de 21 de enero de 1858, de 28 de abril, de 9 de mayo, 13 de setiembre, 19 de noviembre, 14 de diciembre de 1859, y 26 de marzo y 30 de abril de 1860. En igual concepto se dictaron dos sentencias por el Tribunal Supremo antes de la publicacion de la ley de Enjuiciamiento, una de 25 de junio de 1853 y otra de 6 de febrero de 1854, fundadas en el art. 5.º del Real decreto de 4 de noviembre de 1838.

(2) Dichos artículos 1019 y 1020 de la ley de Enjuiciamiento y sentencia de 24 de marzo de 1858 y de 24 y 27 de setiembre de 1859.

(3) Dichos artículos 1019 y 1020.

(4) Art. 1022 á 1024 de la misma ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando el recurso se funde en infraccion de ley ó doctrina legal:

1.° Si la sentencia que lo produce ha recaido sobre definitiva:

2.° Si en el escrito se ha citado la ley, disposicion legal ó doctrina quebrantadas:

Y 3.° Si el recurso se ha interpuesto en el término espresado.

Y cuando se funde en infraccion de las reglas que rigen el procedimiento, se ha de observar:

1.° Si la sentencia contra que se interpone, se ha dictado en definitiva.

2.° Si el recurso se ha propuesto en tiempo.

3.° Si se ha designado la omision ó falta en que se funde, y son óno de las previstas por la ley.

4.° Si se ha reclamado la omision ó falta en tiempo oportuno con arreglo á los arts. 1019 y 1020 de la misma.

Verificado este exámen, debe la Sala dictar en seguida providencia, admitiendo ó denegando la admission del recurso, sin ocuparse de ninguna otra cuestion ó incidente, pues todo cuanto ocurra queda reservado al juicio del Tribunal Supremo, que es á quien exclusivamente corresponde resolver (1). Es posible que propuesto el recurso ante la Audiencia, y aun admitido ya por la Sala, el recurrente, mas reflexivo ó mejor aconsejado, desista de su seguimiento, y entonces la misma Sala debe admitir el desistimiento y suspender la remesa de autos al Tribunal Supremo para evitar costas y gastos innecesarios. Algunos han creido que las Audiencias no tienen facultades para mezolarse en este incidente; pero la ley no les prohibe que se ocupen de él, sino de toda otra cuestion ajena á la admission ó denegacion del recurso; y fundado en esta consideracion el Tribunal Supremo ha sancionado la doctrina de que la misma Sala sentenciadora debe decidir sobre el desistimiento presentado ante ella. La providencia que la Audiencia dicte admitiendo ó denegando la admission del recurso debe ser fundada, y si se deniega, ha de espresar las circunstancias que faltan, con individualidad y precision (2). En este caso el auto es apelable, dentro de los cinco dias siguientes al de la notificacion, para ante la Sala primera del Tribunal Supremo, si el recurso se funda en infraccion de ley ó

(1) Art. 1025 de la ley de Enjuiciamiento civil y sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1859.

(2) Art. 1020 de la ley de Enjuiciamiento.

doctrina de derecho, ó para ante la Sala segunda, si lo motiva alguna omision ó falta en el procedimiento, ó si concurren las dos circunstancias á la vez (1).

Interpuesta la apelacion en tiempo y forma, debe la Audiencia remitir los autos al Tribunal Supremo á costa del apelante, con citacion y emplazamiento de los procuradores de las partes, para que estas puedan presentarse en dicho Tribunal dentro de treinta dias; y si se hubiere pedido ó se pidiere el cumplimiento de la sentencia, debe formarse ramo separado, con certificacion de ella y de lo demás que el Tribunal, oyendo á las dos partes, estime necesario para ello (2).

Recibidos los autos en el Tribunal Supremo y personado el apelante, se pasan al relator para que forme el apuntamiento, siguiendo el órden con que hayan entrado aquellos en su poder (3); y formado, se entrega con los autos, primero á la parte recurrente, y despues á la contraria, por término de diez dias á cada una, para que sus letrados se instruyan (4). Pero si aquel no se ha personado en el Tribunal dentro de los treinta dias del emplazamiento, acusada una sola rebeldía, debe declararse desierta la apelacion, condenársele en costas, y devolverse á sus espensas los autos á la Audiencia de que procedan, con certificacion de la providencia en que se haya declarado desierto el recurso, y de la tasacion de costas. Si no se acusa la rebeldía, en cualquier tiempo en que el apelante se persone, debe seguirse el curso de la apelacion (5).

Si el recurrente se ha personado en el Tribunal y se han entregado los autos á las partes para que sus abogados se instruyan, deben, al devolverlos, manifestar bajo las firmas de los mismos y de los procuradores, su conformidad con el apuntamiento, ó las omisiones ó inexactitudes que á su juicio puedan haberse cometido. Conformes las partes con el apuntamiento, ó hechas en él las modificaciones que la Sala estime, oido sobre este punto el informe verbal del Ministro ponente, con arreglo al art. 37 de la ley de Enjuiciamiento, deben llevarse los autos á la vista con citacion; acto que debe tener lugar por el órden riguroso de las fechas en que se ha-

-
- (1) Arts. 1072 á 1074 de la ley de Enjuiciamiento civil.
 - (2) Art. 1076 de id.
 - (3) Arts. 1045, 1077 y 1080 de id.
 - (4) Art. 1081 de id.
 - (5) Arts. 1078 y 1079 de id.

yan mandado llevar los autos para dicho objeto, y si por cualquier causa no pudiere verificarse la vista en el dia designado, se ha de volver á señalar otro á la mayor brevedad, evitándose en lo posible alterar el orden de los señalamientos. Ni en la vista, ni antes, ni despues de ella, puede admitirse en el Tribunal Supremo ningun documento que las partes presenten, porque el recurso ha de verse con los mismos fundamentos que la Audiencia tuvo presente al dictar su fallo.

La vista de estas apelaciones debe verificarse en Sala ordinaria compuesta á lo menos de tres Ministros, de los cuales uno es ponente; y ejecutado dicho acto, se debe dictar sentencia fundada dentro de los tres dias siguientes, término angustioso muchas veces, porque bajo la forma sencilla de una apelacion, se suelen presentar cuestiones muy complicadas, que es necesario resolver siempre con detenimiento y con la pausada meditacion que requiere la consignacion de dogmas que han de servir de norma para los casos análogos.

Contra la decision de estos recursos incidentales no cabe ningun otro, y aquella ha de publicarse, dentro de los cinco dias posteriores á su fecha, en la *Gaceta* de Madrid, y á su tiempo en la *Coleccion legislativa*. Si la sentencia fuere confirmatoria, se deben devolver los autos al Tribunal de que procedan, á costa del apelante, y con certificacion de la sentencia, y de la tasacion, pues en este caso ha debido haber condena; y si fuere revocatoria, quedan aquellos en la Sala para sustanciar y decidir el recurso principal.

El litigante que hubiere obtenido á su favor una ejecutoria, contra la cual se ha interpuesto y admitido por el Tribunal que la dictó recurso de casacion, y creyere que no ha debido admitirse, puede promover esta cuestion prévia ante la misma Sala del Tribunal Supremo, á quien corresponda la decision del recurso, siempre que lo verifique antes de pasarse los autos al relator para formar el apuntamiento, y no despues. En este caso, el incidente se sustancia en los mismos términos y trámites espuestos acerca de la apelacion de la providencia denegatoria de la admision del recurso, y el apuntamiento debe limitarse á esta misma cuestion incidental. Si se confirma la providencia de admision, debe condenarse en las costas de este artículo al que lo hubiere promovido, y procederse á sustanciar el recurso como si no se hubiera suscitado, ampliándose en este caso el apuntamiento á cuanto al efecto fuere necesario.

Pero si se revoca, y se declara improcedente la admision del recurso, deben devolverse los autos al Tribunal de que procedan, á costa del recurrente, con certificacion de la sentencia (1).

CAPITULO IV.

DE LOS TRÁMITES DEL RECURSO HASTA SU DECISION.

Admitido desde luego el recurso por la Sala que hubiere dictado la sentencia que lo motiva, ó bien por el Tribunal Supremo, en el caso de revocarse en virtud de apelacion la providencia denegatoria de él, deben depositarse en el Banco de España ó en poder de sus comisionados en las provincias (2) :

1.º Cuatro mil reales, si se funda en infraccion de ley ó de doctrina de derecho, y han sido conformes de toda conformidad las sentencias de primera y de segunda instancia ; pero si la cantidad objeto del litigio es inferior á doce mil reales vellon, no puede esceder el depósito de la sesta parte de ella.

2.º Dos mil reales, si el recurso es por omision ó falta en el órden del procedimiento; y siendo inferior á doce mil la cantidad que se litiga, no puede esceder de la dozava parte de ella.

Pero no procede el depósito :

1.º Cuando el recurso se funda en infraccion de ley ó doctrina en el fondo, si no son conformes de toda conformidad las sentencias de la primera y de la segunda instancia (3).

2.º Si la sentencia de la segunda instancia es revocatoria (4).

3.º Si el punto litigioso no consiste en cantidad fija, ni tampoco en derechos cuya entidad pueda determinarse (5).

4.º Si la sentencia no es confirmatoria, ni revocatoria, sino

(1) Arts. 1082 y 1094 de la ley de Enjuiciamiento civil. "

(2) La ley manda que estos depósitos se hagan en el Banco de San Fernando, ó de España como hoy se titula: pero las disposiciones generales relativas á la Caja de Depósitos previenen que se verifiquen en ella. De aquí se sigue que sea varia la práctica; pero creemos preferible este último medio, porque dicha Caja abona un interés y el Banco no, y habiendo la misma seguridad en uno que en otro establecimiento, no es justo que se prive al recurrente de los intereses que el depósito pueda devengar.

(3) Artículos 1027 al 1030 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(4) Sentencia de 3 de febrero de 1859.

(5) Sentencia de 23 de octubre de 1857.

dictada por la Audiencia sobre algun incidente seguido ante ella.

5.º Siendo el recurrente pobre, pues entonces en ningun caso se le exige depósito; aunque si la sentencia es confirmatoria de toda conformidad, se le obliga á prestar caucion de pagar la cantidad respectivamente espresada, si fuere condenado á su pérdida y viniere á mejor fortuna (1).

Sobre la absoluta conformidad de las sentencias de primera y de segunda instancia puede haber, y ha habido ya, cuestiones cuya decision influya para exigir ó no el depósito. Pero es doctrina admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en primer lugar, que la conformidad ó divergencia entre los fallos, no se ha de buscar en los considerandos ó fundamentos de los mismos, sino en su parte dispositiva: en segundo, que no impide para reputarlos absolutamente conformes, como exige la ley, que en la parte resolutiva se hayan hecho algunas reservas innecesarias, ó declaraciones que en nada afecten á lo esencial de los puntos decididos (2); y en tercero, que la condena de costas en la segunda instancia no altera la conformidad absoluta entre esta sentencia y la del inferior, para los efectos del depósito (3).

Puede asimismo suceder, y tambien se ha visto en la práctica, que sobre este incidente, ya respecto á la obligacion de efectuar dicho depósito por no ser del todo conformes las sentencias de primera y de segunda instancia, ya en cuanto á su entidad, se suscite alguna cuestion ante la Sala juzgadora; y la jurisprudencia ha sancionado la doctrina de que de la decision que haya recaido sobre este incidente, se admita apelacion, como sucede respecto á la denegacion de la admision del recurso, para ante el mismo Tribunal Supremo, el cual entonces resuelve sobre él sin ulterior reclamacion. La ley no autoriza espresamente esta apelacion (artículos 1072 y 1074) mas que en el caso indicado de negarse la admision del recurso de casacion; pero el buen sentido la ha ampliado á las cuestiones subalternas del depósito, ya porque el exigirlo indebidamente la Audiencia, equivale en cierto modo á una denegacion de aquel, ya porque la misma ley no ha prohibido que se admita la

(1) Artículo 1032 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Sentencias de 23 de diciembre de 1857 y 3 de mayo de 1858.

(3) Sentencia de 17 de enero de 1860.

apelacion en otros casos análogos al de los artículos citados, y ya tambien porque de lo contrario se daría á las Audiencias un poder irrevocable sobre un punto de tanta entidad, contra el espíritu que prevalece en la ley de Enjuiciamiento (1).

Cuando es inescusable dicha seguridad para prevenir por este medio la temeridad del litigante que acude infundadamente al recurso extraordinario de la casacion, debe verificarse dicho depósito y acreditarse, uniéndose á los autos el documento en que se haga constar, dentro de los diez dias siguientes á la notificacion de la providencia en que aquel se hubiere admitido (2), ó de haberse publicado en la *Gaceta* la sentencia revocatoria del Tribunal Supremo en su caso, esto es, cuando manda admitirlo en virtud de apelacion (3).

Si no se hiciere el depósito en el término espresado cuando es obligatorio, ó si no se acredita debida y oportunamente en los autos, ó la caucion por ser pobre el recurrente (4), previa una sola rebeldía, debe declararse desierto el recurso; pero si no se acusa la rebeldía, en cualquier tiempo en que se hiciere ó justificare haberse hecho, deben remitirse los autos al Tribunal Supremo (5).

Acreditado el depósito, debe verificarse dicha remesa de autos por el primer correo, y á costa del recurrente, al presidente del Tribunal Supremo, citándose y emplazándose á los procuradores; para que las partes comparezcan á usar de su derecho en el término de treinta dias (6). Si se remiten los autos á instancia de parte pobre, debe hacerse la remesa de oficio, luego que haya prestado la caucion (7).

Pero si se hubiere promovido el incidente relativo al cumplimiento de la sentencia, como no pueden remitirse los autos hasta que se haya sacado el testimonio de lo necesario, y prestado la fianza con arreglo á los arts. 1068 y siguientes de la ley, no deben hacerse los emplazamientos hasta que vaya á hacerse la remesa al Tribunal Supremo.

- (1) Sentencia de 3 de mayo de 1858.
 (2) Artículo 1031 de la ley de Enjuiciamiento civil.
 (3) Artículo 1081 de id. id.
 (4) Artículos 1031 y 1033 de la ley y sentencias de 10 de febrero y 19 de setiembre de 1859 y de 5 de enero de 1860.
 (5) Artículo 1089 de la ley de Enjuiciamiento civil.
 (6) Artículos 1033 y 1034 de id.
 (7) Artículo 1036 de id.

A aquellos debe acompañar certificación á la letra de los votos reservados, si los hubiere habido, ó negativa en su caso, para que (1) pueda la Sala que ha de ver y fallar el recurso, estimar las razones en que se fundaron los magistrados que hubiesen disentido del voto de la mayoría que constituye la ejecutoria; pero no parece necesario que se remita, cuando la sentencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, se ha dictado solo por tres magistrados, pues entonces ha habido precisamente conformidad, y ninguno ha podido ser de voto contrario: ni tampoco cuando se remiten los autos al Tribunal Supremo en apelacion de providencia denegatoria de la admision del recurso, porque entonces no tiene objeto dicha certificación, mediante á que no se vá á entrar en la calificación de la sentencia. En este caso, si el tribunal revoca el auto apelado, y admite el recurso, manda que se remita dicho documento para tenerlo presente al tiempo de la vista.

Ya se dijo antes, que cuando el recurso se interpone en el fondo ó por infraccion de ley ó doctrina de jurisprudencia, corresponde el conocimiento á la Sala primera, y á la segunda cuando se ha propuesto por haberse cometido alguna de las faltas esenciales en la sustanciacion del juicio: y por consiguiente cuando se reciben los autos por el presidente del Tribunal, se pasan á la Sala respectiva para su terminacion y fallo. Sucede á veces, como tambien se ha indicado, que se intenta el recurso por los dos conceptos á un tiempo, en el fondo y en la forma, y entonces pasan primero á la Sala segunda para que lo decida, y si declara no haber lugar á él, por juzgar que no se ha cometido en el curso del juicio el defecto que se supone, se remite despues á la primera, para que allí se sustancie y falle bajo el otro concepto.

Personado el recurrente en la Sala respectiva, se entregan los autos al relator para la formacion del apuntamiento ó para su continuacion, si ya se hubiere formado en virtud del recurso de apelacion. Pero si han trascurrido los treinta dias del emplazamiento sin haberse personado la parte á cuya instancia han venido los autos, con una sola rebeldía debe declararse desierto el recurso, y condenársele en las costas, devolviéndose aquellos á sus espensas al tribunal de que procedan. Además, en la misma providencia se debe mandar devolver el depósito, si se hubiere constituido, des-

(1) Art. 1037 de la ley de Enjuiciamiento civil.

pues de aplicarse la parte necesaria al pago de la condena de costas. Pero si no se acusa la rebeldía, debe continuarse el recurso en cualquier tiempo que se presente el que lo interpuso.

Si por el contrario, no se persona en el término del emplazamiento el litigante á cuyo favor recayó la ejecutoria, debe continuarse la sustanciacion, haciéndose las notificaciones en los estrados del tribunal; y si se presenta durante ella, se le tiene por parte, sin que retroceda en el curso del juicio. Puede suceder muy bien, y se vé algunas veces, que los dos interesados que litigan interponen á un tiempo recurso de casacion, porque ambos creen la sentencia contraria á derecho, y entonces, si no se presenta uno de los recurrentes, debe declararse desierto en cuanto á él, y seguirse la sustanciacion con los estrados, respecto al punto que continúa siendo objeto del recurso. Tambien es posible, que la parte que ha obtenido en la sentencia, se adhiera al recurso de casacion, por no considerarla enteramente favorable á sus pretensiones; pero esta adhesion no puede admitirse, como no se llenen las formalidades indispensables para interponer el recurso, pues se daría lugar á eludir por este medio la ley y la responsabilidad consiguiente (1).

En cualquier estado del recurso puede separarse de él el que lo haya intentado; pero es necesario para ello, ó que él mismo firme el escrito de desistimiento, en el cual se ratifique judicialmente, ó que el procurador presente poder especial. Como esta separacion puede perjudicar tanto á la parte interesada, se necesita esta formalidad de nuevo poder, á diferencia de la interposicion del recurso, que como no perjudica en nada al litigante puede hacerla el procurador, sin otra autorizacion que la que tuviere.

Pero no siempre son iguales los efectos del desistimiento; pues si se hace antes de concluirse la sustanciacion del recurso, tiene derecho el recurrente á la devolucion del depósito; mas si se verifica despues de mandarse llevar los autos á la vista, solo se le devuelve la mitad de la cantidad depositada, dándose á la otra mitad la aplicacion que despues veremos; aunque en uno y otro caso debe ser el recurrente condenado en las costas (2).

Formado el apuntamiento, debe entregarse por su orden con

(1) Así se declaró en una sentencia dictada en 5 de julio de 1851 en un recurso de nulidad.

(2) Arts. 1038 á 1044 de la ley de Enjuiciamiento civil.

los autos á las partes, para que sus letrados se instruyan, por término de veinte dias á cada una, y al devolverlos deben manifestar, con la firma de aquellos y de sus procuradores, su conformidad, ó las enmiendas ó adiciones que convenga hacer en dicho trabajo; y pueden además, si el recurso se funda en infraccion de ley ó de doctrina legal, citar otras distintas de las que al interponerlo se hubieren mencionado como infringidas; pero despues, ni por escrito, ni de palabra, es lícito afejar otras infracciones. Si el recurso se ha fundado en omision ó falta de las reglas de enjuiciamiento, no se puede hacer variacion de ninguna clase (1).

Conformes las partes con el apuntamiento, ó hechas en su caso las enmiendas que la Sala estime, previo informe del Ministro ponente, debe señalarse dia para la vista, por el órden riguroso de las fechas en que se hayan mandado llevar los autos para este efecto; y si por cualquier motivo no puede verificarse, debe señalarse otro dia á la mayor brevedad, evitándose en lo posible alterar el órden establecido. Lo mismo que dijimos respecto del incidente de la apelacion, ni en la vista, ni antes, ni despues de ella, puede admitirse ningun documento que las partes presenten, porque ha de verse el recurso solamente con los méritos que influyeron para la sentencia. A la vista deben concurrir precisamente siete Ministros, uno de los cuales es el ponente. Si falta alguno en cualquiera de las dos Salas, debe completarse el número con los de las otras por riguroso turno, que ha de empezar por los mas antiguos; y si falta el presidente de cualquier Sala, debe reemplazarlo el del Tribunal, ó los de las otras Salas por turno en igual forma (2).

Concluida la vista, en el reducido término de veinte dias, que no basta comunmente para el exámen detenido y la discusion que tan graves asuntos requieren, debe pronunciarse sentencia fundada, estableciéndose con la oportuna separacion los hechos y los puntos de derecho que hayan sido objeto del recurso, y despues de la fórmula comun de *resultandos* y *considerandos*, ha de contener una de las siguientes decisiones:

1.ª Si se estima que la ejecutoria es contraria á la ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, debe decla-

(1) Arts. 1043 á 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Art. 1056 de id., que altera lo dispuesto en el 40 de las Ordenanzas.

rar la Sala primera *haber lugar al recurso*, casando y anulando la ejecutoria, y mandando devolver el depósito si lo hubiere, y á continuacion, pero separadamente, y sin necesidad de nueva vista, dictar sobre la cuestion objeto del pleito la sentencia irrevocable que crea conforme á los méritos de los autos, y á lo que exija la ley ó doctrina quebrantada en la ejecutoria (1).

2.^a Si el recurso se hubiere fundado en alguna de las faltas ú omisiones de las reglas esenciales del procedimiento, y lo estima así la Sala segunda, que es la competente, debe tambien declarar *haber lugar al recurso*, casando y anulando la ejecutoria, y mandar devolver los autos al tribunal de que procedan, para que repeniéndolos al estado que tuvieran cuando se cometió la falta, los sustencie y determine por sí, ó los haga sustenciar y determinar por el juez competente, segun su estado y con arreglo á derecho. En este caso tambien dispone la devolucion del depósito si lo hubiere habido (2).

3.^a Pero si dicha Sala primera juzga que la ejecutoria no es contra ley, ni contra doctrina legal, ó la segunda en su caso cree que no se ha cometido falta en el procedimiento, ó que esta no es de las que pueden motivar la nulidad de éste, segun el art. 1043, declara *no haber lugar al recurso*, condenando al recurrente en las costas y en la pérdida del depósito, si se hubiere constituido (3), entregándose la mitad de su importe por vía de indemnizacion de perjuicios al que hubiere sostenido la ejecutoria, y conservándose la otra mitad depositada para el efecto que se dirá despues (4).

4.^a Puede suceder tambien, que tanto la Sala primera como la segunda, aunque no se haya propuesto por la parte favorecida en la sentencia ejecutoria, el artículo previo para que se declare que no ha debido admitirse el recurso, conceptúe que no era admisible este, por no reunir algunas de las condiciones indispensables para su admision, y entonces en vez de dictar sentencia decidiendo haber ó no lugar á él, declara *no haber habido lugar á su admision*, y en este caso no condena en las costas al recurrente, sino cada uno de los litigantes abona las que por sí le corresponda, porque

(1) Arts. 1050 á 1060 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Arts. 1059 á 1061 de id. id.

(3) Art. 1062 de id. id.

(4) Art. 1063 de id. id.

no ha sido culpa suya el que la Sala juzgadora de la Audiencia haya admitido indebidamente el recurso que pudo y debió haberse escuchado (1).

5.ª Parecía que fijadas por la ley las fórmulas precisas de haber ó no lugar al recurso, no podría adoptarse ninguna otra; pero como no es posible que aquella prevea todos los casos que pueden presentarse; como por otra parte no prohíbe que se dicte alguna otra sentencia que se considere necesaria; y como por último el Tribunal Supremo regulador de la jurisprudencia, tiene que adoptar reglas ajustadas á los buenos principios de derecho, cuando la ley calla ó no le impone una rigurosa prohibicion, ha habido ya un ejemplar de una sentencia de orden diverso de las indicadas. En un recurso de casacion en el fondo, en que no fué emplazada en primera ni en segunda instancia una parte á quien interesaba muy directamente la resolucioin, antes que sancionar con su solemne fallo la injusticia de declarar haber ó no lugar al recurso y hacer irrevocable una sentencia que podia perjudicar á aquella misma parte no invitada á comparecer en juicio (2), declaró el Tribunal que no habia lugar á decidir el recurso, dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia; fundándose para ello, en que aun cuando la ley de Enjuiciamiento hubiese limitado las atribuciones del Tribunal Supremo en los recursos de casacion en el fondo, á declarar si la ejecutoria es ó no contraria á la ley ó doctrina que se hayan citado oportunamente, no es posible suponer que hubiese querido colocarle en la ineludible alternativa de fallar contra derecho, ó de causar á sabiendas un perjuicio irreparable á quien no hubiese liti-

(1) En este sentido se han dictado varias sentencias por el Tribunal Supremo, entre otras las de 5 de junio de 1858 y de 4 de noviembre de 1859.

(2) Era la junta de beneficencia en representacion de los pobres de un pueblo y se trataba de la nulidad de un testamento, en que se disponia la distribucion de cierta parte de bienes entre aquellos, y sustanciado el litigio en los términos ordinarios, no se habia emplazado á la junta de beneficencia, ni á ninguna otra parte que representase los derechos que dichos pobres tuvieran en el caso de declararse la validez de la misma disposicion testamentaria. Y aunque pudiera decirse que la ejecutoria que recayese, en cualquier sentido que fuera, no podia perjudicar á los que no habian litigado, ni sido emplazados siquiera, como el Tribunal Supremo tenia que decidir en casacion sobre la nulidad ó validez de ese mismo testamento, hubiera quedado prejuzgada la cuestion, y perjudicados los pobres sin ser oidos, en el caso de declararse la nulidad de aquel documento.

gado, ni sido llamado al juicio; alternativa peligrosa y notoriamente injusta (1). Esta notable decision ha fijado la jurisprudencia sobre un punto tan importante como el mencionado.

6.ª Por último, es posible tambien tener que usar el Tribunal otra fórmula, cual es, la de declarar *no haber lugar al recurso*, bajo el concepto de no haberse infringido una de las leyes citadas, y *haber lugar á él*, por ser la sentencia contraria á otra de las que se han invocado para apoyarlo (2), en cuyo caso el Tribunal tiene que dictar segunda sentencia en la parte en que la ha considerado contraria á derecho.

CAPITULO V.

DE LOS RECURSOS DE CASACION QUE AUNQUE ADMISIBLES, NO DEBEN PREVALEZER.

Nos ocupamos en el segundo capítulo de este título, de explicar cuándo es admisible el recurso de casacion; pero conviene ahora esponer algunas observaciones acerca de los muchos casos en que, aunque haya sido admitido por la Audiencia, ó por el Tribunal Supremo en virtud de apelacion, no procede notoriamente, y debe por lo tanto esperarse la declaracion de no haber lugar á él, con la condena de costas y la pérdida del depósito, si lo hubiere habido. No se crea, sin embargo, que vamos á presentar aquí el resultado de las doctrinas jurídicas sancionadas por el Tribunal Supremo, desde que resuelve los recursos de nulidad y de casacion. Trabajo seria este de suma utilidad para los que ejercen la abogacia y para los tribunales; pero esta tarea tan importante y provechosa es propia de un tratado de derecho propiamente dicho, y no de un libro que solo tiene por objeto la teoría y la práctica de los procedimientos judiciales. Debemos, pues, limitarnos á lo que antes se indicó, á esponer ciertos casos muy frecuentes en que es improcedente el recurso de casacion, no por la doctrina que en él se controvierta, en cuanto á la parte esencial de los derechos que se disputan, sino por defectos relacionados con el orden exterior ó estrínseco de esta clase de recursos.

(1) Sentencia de 28 de marzo de 1859. ,

(2) Sentencia de 12 de octubre de 1859.

En los que vienen, por ejemplo, de la Audiencia de Barcelona sucede á veces que al interponerlos se citan como infringidas opiniones de autores. No es extraño esto, pues en Cataluña se consideraba como ley la doctrina de los Doctores, segun la constitucion única, tít. 30, lib. 4.º de las de aquel Principado, y la cita será oportuna para la admision del recurso; pero es necesario, si este ha de prosperar ante el Tribunal Supremo, además de que sea aplicable la doctrina al punto jurídico en cuestion, que aparezca la uniformidad de ella y su aplicacion constante por los tribunales (1); en una palabra, es necesario que la opinion de los doctores esté autorizada por la jurisprudencia, pues de otro modo se declararía no haber lugar al recurso.

Igual resultado debe esperarse cuando la ley ó doctrina que se suponga infringida sea relativa á escepciones que no se hayan opuesto en tiempo oportuno, ni sido motivo de prueba en el pleito (2), pues así como en todo juicio el fallo ha de guardar congruencia con los puntos que han sido objeto del litigio (3), lo mismo, y aun con mayor razon, sucede respecto del recurso de casacion. Será, pues, admisible en este caso; pero no podrá prosperar ante el Tribunal Supremo. Tampoco será procedente cuando se tache á una sentencia de ser contraria á la ley, por no abrazar todos los puntos que mas ó menos directamente se hayan indicado en los debates, pues basta que decida sobre las pretensiones deducidas formalmente en la demanda, y en la contestacion, aunque nada resuelva sobre las que solo se hayan indicado en el curso del pleito (4).

En los recursos de casacion que se proponen contra las sentencias que deniegan el beneficio concedido á los pobres para litigar gratuitamente, es muy comun alegarse la infraccion del art. 182 de la ley de Enjuiciamiento, que determina quiénes son los que tienen aquella cualidad; pero comunmente se olvida el amplio arbi-

(1) Sentencia de 4 de mayo de 1859.

(2) Sentencias de 25 de junio de 1859, de 30 de abril y de 12 de mayo de 1860.

(3) Sentencias de 17 y 28 de mayo de 1858, conformes con el precepto de la ley 16, tít. 22, Part. 3.ª y otra de 5 de febrero de 1855.

(4) Sentencias de 24 de marzo y 21 de noviembre de 1846 y de 18 de marzo de 1859, fundadas en las leyes 7, tít. 10 y 16, tít. 22, Part. 3.ª. La de 21 de noviembre de 1846 no está inserta en la *Coleccion legislativa*.

trio que concede á los tribunales el art. 184 para hacer la calificación de la pobreza del litigante, segun los signos esteriore y demás circunstancias que induzcan á creer que posee medios holgados de subsistir; por cuya razon difficilmente puede prosperar un recurso de esta clase fundado en dichas infracciones (1).

Podrá proponerse y admitirse, cuando se crea por los fundamentos consignados en la sentencia ser esta contraria á la ley ó á doctrina legal, pero tampoco podrá prosperar en favor del recurrente, al fallarse por el Tribunal Supremo, donde solo se atiende á las infracciones que se hayan cometido en la parte dispositiva de los fallos, pues es muy posible que en los considerandos ó razonamientos se hayan consignado doctrinas poco aceptables, ó si se quiere opuestas á la ley ó á la jurisprudencia, y sin embargo ser la decision ó declaracion que contenga completamente ajustada á derecho (2).

De algun precedente que encontramos consignado en una notable sentencia, debe deducirse tambien, que cuando no procede el recurso contra la parte principal ó mas esencial de ella, mucho menos procedente es en lo accesorio de la imposicion de costas (3).

Es muy frecuente fundarlo en ser la sentencia contraria á la inteligencia que se pretende dar á una cláusula de un testamento, ó á los términos en que está redactado un contrato, teniéndose por ley en la materia el mismo contrato ó testamento de cuya inteligencia se trata; pero esta clase de recursos, que son ciertamente de esclusiva utilidad individual y no de interés público, porque no se trata en ellos de fijar el sentido de una ley general, ni de establecer ninguna regla de jurisprudencia, por lo cual ni aun debia autorizarlos la ley, rara vez podrán prosperar, porque es necesario para que se declare la nulidad del fallo, que este sea manifiestamente contrario al tenor de la cláusula testamentaria ó del contrato controvertido (4), lo cual es muy difficil de calificar, cuando se trata de la inteligencia ó apreciacion de los términos de dichos documentos.

(1) Pueden verse en este concepto varias sentencias, entre otras las de 30 de marzo y 5 de junio de 1860.

(2) Sentencia de 13 de octubre de 1856, no inserta en la *Colec. leg.* pero publicada en la *Gaceta* de 18 del mismo; y otras de 20 de octubre de 1859 y de 13 de junio de 1860.

(3) Sentencia de 20 de mayo de 1857.

(4) Sentencia de 28 de octubre de 1859.

Tampoco pueden tener éxito favorable los recursos de casacion que se fundan únicamente en la infraccion de las leyes formularias, como por ejemplo, si se ataca la sentencia porque no ha sido razonada, si se impugna porque la demanda no estuvo bien formulada, y se admitió sin embargo, ó por cualquiera otro defecto de esta naturaleza (1). Si el recurso se ha intentado por violacion de ley ó doctrina legal en el fondo, es inexcusable que la ley ó la doctrina sean relativas á los derechos y no á la parte ritual de los juicios; y si es referente á violaciones en las formas, no puede prosperar tampoco, si no alude á alguna de las faltas comprendidas en el art. 1013, de que ya se hizo mencion en el lugar oportuno. Seria tambien improcedente y no podria por lo tanto prosperar el recurso que se fundase en la infraccion de ley acerca de un punto en que nada interese, ni afecte al recurrente ó respecto del cual, de cualquier modo que el recurso se resolviera, no podria alterar la parte dispositiva del fallo (2); y el que se funde en haberse cometido la infraccion en una sentencia dictada de conformidad con lo pretendido por el mismo recurrente (3).

Por último, no puede tampoco prosperar un recurso contra la providencia que desestima el remedio extraordinario de queja, notoriamente improcedente, como por ejemplo, el que tiene por objeto anular actuaciones y autos contra los cuales no cabe recurso alguno, segun la ley (4).

Vamos á tratar ahora de una clase de recursos, evidentemente improcedentes, que dan lugar á la pérdida de mucho tiempo y de cuantiosas costas, y que á pesar de ser tan uniformes y tan reiteradamente proclamadas acerca de ellos las doctrinas del Tribunal Supremo, se introducen con deplorable frecuencia por los litigantes, y se sostienen con tenaz temeridad, á pesar de que ya que ante las Audiencias no han sido estos bien aconsejados, debieran serlo en la corte, al instruirse de los autos los letrados de los recurrentes. Aludimos, como pueden presumir los que tengan alguna inteligencia de esta clase de negocios, á los recursos en que solo se trata de cuestiones de hecho, y especialmente de apreciacion de

(1) Sentencias de 9 y 29 de diciembre de 1859 y de 22 de junio de 1860.

(2) Sentencia de 7 de mayo de 1860.

(3) Sentencia de 25 de abril de 1860.

(4) Sentencia de 11 de junio de 1860.

prueba testifical. No parecia posible que se entablaran tantos recursos de nulidad de esta clase, despues de haber consignado tan reiteradamente el Tribunal Supremo sus buenas doctrinas sobre este punto; pero aun menos podia esperarse que se introdujeran recursos de casacion de esta misma naturaleza, si se examinara bien el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, relativo á la prueba de testigos; y mucho menos todavía despues de haberse dictado innumerables sentencias que los reprueban por ser opuestos á la índole y naturaleza de la casacion.

En efecto, «no pueden ser objeto de dicho recurso cuestiones de hecho, de justicia ó de injusticia, de mejor ó peor apreciacion de las probanzas,» como ha dicho muy acertadamente el distinguido jurisconsulto á quien citamos al principio. Esta es la doctrina seguida en todas las naciones donde se ha establecido el recurso de casacion, y esta es la constantemente observada en España desde que se creó el de nulidad en 1838. Así vemos una sentencia dictada en un recurso de esta clase (1), en la cual, tratándose de prueba documental, dijo el Tribunal Supremo que «los documentos presentados en autos habian constituido para la Sala sentenciadora una prueba suficiente, siendo esta por lo tanto cuestion de hecho y de conviccion moral, sin que se hubiese infringido, ni podido infringir en esta parte ley alguna, por no existir disposiciones legislativas especiales que determinen las cualidades ó circunstancias de las probanzas en tales casos, y que limiten en el Juez su derecho de apreciacion y valoracion de las presentadas.» Quedó, pues, sancionada la doctrina de que en materia de prueba, aun siendo esta documental, no era procedente esta clase de recursos, por no caber en ellos infraccion legal sobre la manera de hacer la apreciacion de la fuerza probatoria de los documentos producidos en juicio.

En otras sentencias posteriores (2) se consignó el principio de que en la apreciacion de pruebas no podia entrar el Tribunal Supremo (3). Dictáronse despues otras en que se dijo que la Sala juzgadora de la respectiva Audiencia «estuvo en su derecho al hacer en la sentencia ejecutoria de que se trataba, y en vista de pruebas, la apreciacion que le pareció justa acerca de los he-

(1) En 15 de julio de 1848.

(2) En 8 de octubre de 1853.

(3) Sentencia de 13 de enero y 23 de noviembre de 1854.

chos (1); y que el conocimiento del Tribunal Supremo estaba limitado «á la cuestion de derecho, á la de apreciacion de la ley, que es lo que basta para salvar el interés de la misma, cifrado principalmente en que por todos los tribunales se aplique á los hechos en el mismo sentido.» En otros dos fallos (2) se sentó mas resueltamente la doctrina de que las cuestiones de hecho eran ajenas de los recursos de nulidad. En otro de fecha mas reciente (3) se reiteró este mismo principio, diciéndose que «la apreciacion de las pruebas hecha por el Tribunal *á quo*, no podia tomarse en cuenta por el Supremo en los recursos de dicha clase;» y por último, en otra sentencia (4) se afirmó ser doctrina inconcusa del Tribunal Supremo que en las cuestiones de puro hecho, la simple apreciacion de las pruebas, *mientras se encierre en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio del tribunal sentenciador*, no era objeto del recurso de nulidad. En este fallo se hizo la salvedad que dejamos señalada, y de la cual nos haremos cargo despues; pero quedó tambien consignado el mismo principio sobre las cuestiones de hecho.

Tan terminante y uniforme ha sido la expresada doctrina; y aunque esta era en general referente á los recursos de nulidad, en que el Tribunal Supremo nunca podia descender á la cuestion de interés privado sobre el punto concreto, acerca del cual volvia á decidir la misma Audiencia ú otra inmediata; ha prevalecido, sin embargo, respecto de los recursos de casacion, porque estos son absolutamente idénticos á los de nulidad, hasta el momento de decidirse, si bien despues corresponde á aquel mismo Tribunal dictar segunda sentencia sobre el punto litigioso, cuando declara haber lugar al recurso y anula por consiguiente el fallo de la Audiencia.

En efecto, la misma doctrina indicada fué consignada expresamente por el Tribunal en una de las primeras sentencias que dictó con arreglo á la nueva ley de Enjuiciamiento (5), diciendo que no le competía, sin declarar previamente la casacion, examinar si habian sido bien apreciadas las pruebas por la Audiencia, pues lo

(1) Sentencias de 27 de junio de 1856.

(2) Idem de 5 de febrero y 23 de junio de 1855 y 30 de enero de 1856.

(3) Idem de 30 de junio de 1859.

(4) Idem de 26 de marzo de 1858.

(5) De 13 de octubre de 1856, no inserta en la *Coleccion legislativa*, pero sí publicada en la *Gaceta* del 18 del mismo.

contrario equivaldría á juzgar sobre la certeza de los hechos; y fué confirmada despues la espresada máxima en repetidas sentencias, cuyo testo omitimos por innecesario (1). Sin embargo, conviene observar, que en una de ellas (de 20 de marzo de 1858) se desvió algun tanto el Tribunal de la fórmula comun y absoluta que habia usado hasta entonces en esta clase de decisiones, y dejó entrever, lo mismo que en otra sentencia que ya hemos apuntado (la de 26 del mismo mes y año), que se reservaba su jurisdiccion para declarar la nulidad, en el caso de que las Audiencias, al hacer la apreciacion de las pruebas, quebrantasen alguna ley ó doctrina de derecho. Así se deduce del testo literal de un razonamiento, en que se leen estas notables palabras: «Considerando que al fallar la Sala (de la Audiencia) ha declarado que las pruebas de la parte demandante no son suficientes para justificar su accion;..... que las apreciaciones de esta clase, cuando al hacerlas no se ha quebrantado ley ni doctrina legal, son de la esclusiva competencia del tribunal sentenciador; y que las hechas en el presente caso por la Sala se reducen meramente á la calificacion de hechos, y por lo mismo el Tribunal Supremo no puede entrar en esta cuestion.....»

Merece en nuestro concepto esta sentencia que fijemos la atencion por un momento acerca de ella, porque ha sido la primera vez que dicho Tribunal, separándose algo del principio absoluto de no tener potestad para entrar en las cuestiones de hecho, se ha reservado la facultad de casar y anular, en cualquier caso en que la Sala juzgadora infringiese, al hacer la apreciacion de las pruebas ó calificar los hechos, alguna ley ó doctrina de jurisprudencia. Y la prevision del Tribunal quedó justificada en un caso reciente, que aunque único hasta ahora, no debe dejar por eso de ser digno de exámen. En un pleito seguido sobre una cuestion puramente de hechos, fué condenada la parte demandada sobre uno de los extremos de la demanda, sin haberse practicado acerca de él ninguna prueba por el demandante, con infraccion manifiesta de la ley 1.^a, tit. 14, Part. 3.^a, que dá por quito al demandado, cuando no se justifica la demanda; y el Tribunal Supremo, á pesar de tratarse de un punto de hecho, como encontró infraccion legal en la

(1) Pueden verse la de 6 de diciembre de 1856, no inserta en la *Coleccion legislativa* y publicada en la *Gaceta* de 11 del mismo mes, y otras de 20 de marzo y 30 de junio de 1858.

calificacion que hizo la Audiencia, suponiendo una prueba que no existia, no pudo menos de anular la sentencia que condenaba al demandado, á pesar de la falta de justificacion (1). Con este precedente quedó confirmado el principio, que ya el Tribunal habia dejado á salvo en otras dos ocasiones, de que cabe nulidad ó casacion aun en las cuestiones de hecho, cuando la apreciacion de la prueba no se encierra en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio del juzgador, ó cuando al hacerse esa misma apreciacion, se quebranta la ley ó la doctrina legal. Ni podia ser de otro modo: porque si, por ejemplo, una Audiencia al calificar un documento legalmente auténtico y sin la menor tacha, le negase la fuerza probatoria que en sí tiene, ó si por el contrario, apreciando el valor de otro defectuoso, presentado en autos para probar un acto, lo estimase como instrumento público legalmente hábil para la justificacion de aquel, indudablemente daría lugar á la casacion del fallo que estuviese hazado en tan ilegal fundamento. Así puede en nuestro concepto sentarse la regla general, de que siempre que en la calificacion de un hecho, ó de la prueba ejecutada en su apoyo, se comete alguna infraccion de ley ó de doctrina, procede, y no puede menos de proceder, la casacion de la sentencia. En este concepto es en lo que se ha modificado recientemente el principio absoluto que antes regía, de que en materia de hechos no cabia nunca el recurso de nulidad; principio que se ha seguido estrictamente en la Real cédula de 30 de enero de 1853, relativa á los asuntos de Ultramar, de los cuales no nos ocupamos en esta obra.

En las cuestiones en que nunca ó rarísima vez procede el recurso extraordinario de la casacion, es en las de hechos, justificados única y exclusivamente por testigos, porque en este punto la ley de Enjuiciamiento civil ha introducido una innovacion notabilísima, estableciendo (art. 317) que los jueces y magistrados aprecien el valor de la prueba testifical segun las reglas de la sana crítica. Pero todavía se ha fijado tan poco la atencion en este precepto legal, que son infinitos los recursos que vienen al Tribunal Supremo, fundados solo en la apreciacion de este medio probatorio, á pesar de las innumerables decisiones en que se ha declarado su improcedencia; y es que son difíciles de plantear innovaciones que alteran prácticas arraigadas en la escuela y en el foro por espacio de siglos,

(1) Sentencia de 22 de junio de 1860.

como sucede con los principios consignados en las leyes 32, 40 y 41, tít. 16 de la Part. 3.^a acerca del valor de la prueba testifical. «Dos testigos que sean de buena fama (decia la primera de estas leyes) é que sean á tales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juicio.» Esta inflexibilidad en la tasa del valor de la prueba testimonial, ha sido por muchos siglos un axioma jurídico, al cual han tenido los tribunales que someter su conciencia y subyugar su convicción, á pesar de descubrir moralmente en muchas ocasiones la inverosimilitud, y tal vez hasta la falsedad de lo que esos dos testigos aseguraban. Pero la nueva ley, dejando al prudente criterio del juzgador una libertad razonable, le ha transformado de autómeta ó de instrumento mecánico en un ser pensador é inteligente, capaz de ejercitar la sana crítica y de aplicar las reglas de la buena lógica al exámen de los hechos atestiguados por dos ó mas personas; y esta es la gran reforma verificada por el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.

»La fuerza que han los testigos en los pleitos sobre que contienden los omes en juicio, es esta (decia la ley 40 citada), que cuando alguna de las partes aduce por sí, é prueba por ellos cumplidamente su intencion, si son á tales, que por ninguna de las razones que dijimos en este título non pueden ser desechados, debe el juzgador seguir su testimonio, é dar el juicio por la parte que los trajo, mas cuando ambas partes aduxessen testigos en juicio, é cada una de ellas provase su intencion por ellos, de manera que los dichos de una parte fuesen contrarios á la otra; entonce deve el juzgador é creer los dichos de aquellos testigos, que entendiense que dizen la verdad, ó que se acercan mas á ella, é que son omes de mejor fama; é de mayor derecho deve creer á estos tales, é seguirse por los que testiguassen magüer que los otros que dixessen el contrario, fuesen mas....» En estos términos sigue la ley citando casos de posibilidad, y dando reglas de solucion á cada uno, como midiendo á compás la fuerza probatoria de las declaraciones.

La otra mencionada arriba (la 41) dá mas ensanche al criterio judicial y se acerca al principio hoy vigente, cuando dice: «Ligeramente podia acaecer que testigos que la una parte aduxese que desacordarian en sus dichos, de manera que los unos dirian el contrario de los otros. E por ende decimos, que cuando así acaes-

ciere, que el juzgador debe creer á aquellos que semejare que se acuestan mas á la verdad, é que acuerden mas en el fecho, magüer que los otros fuesen mas; é non debe empecer á la parte el testimonio contrario, que los otros oviesen dicho...»

Tales eran los principales preceptos que han regido en materia de prueba de testigos; pero la nueva ley, ilustrada con las lecciones de la esperiencia, ha evitado las frecuentes cuestiones á que daban lugar aquellas inflexibles reglas, sentando el precepto de que los jueces y tribunales aprecien el valor y fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos segun las reglas de la sana crítica. Por eso desde el primar recurso de esta clase que se sometió al fallo del Tribunal Supremo, fijó este el dogma ya inconcuso y elevado á doctrina de jurisprudencia, de que las leyes de Partida que acabo de copiar, han sido *radicalmente modificadas* por el artículo 317 de la de Enjuiciamiento (1). Con posterioridad á este notable fallo dictóse otro (2), en que tambien se afirmó terminantemente que la ley 32, título 16, Partida 3.^a no tenia aplicacion despues de publicada la de Enjuiciamiento civil. Todavía fué necesario consignar en otro (3) la declaracion de que la apreciacion de la prueba, hecha por la Sala juzgadora con sujecion al citado art. 317, no habia infringido las 32 y 40, tit. 16, Part. 3.^a, que solo podian considerarse vigentes en cuanto no se opusieran á aquella, esto es, á la de Enjuiciamiento. En análogo sentido se dictó otra sentencia (4), en que se consignó la máxima de que promulgada esta nueva ley, carecia de aplicacion en casos como el de que se trataba, la 32 citada ya; y todavía fué preciso que otros fallos (5) sentasen la doctrina de que esta misma ley habia sido esencialmente modificada por el art. 317 de la de Enjuiciamiento civil, á cuya disposicion (añadió uno de ellos) deben sujetarse los tribunales para estimar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Tan uniforme ha sido la opinion del Tribunal Supremo sobre la

(1) Sentencia de 13 de octubre de 1856, no inserta en la *Coleccion Legislativa* y publicada en la *Gaceta* del 18.

(2) En 26 de octubre de 1857.

(3) En 23 de diciembre de 1857.

(4) La de 8 de febrero de 1858.

(5) La de 6 de noviembre de 1858; de 21 de mayo de 1859 y de 23 de mayo y 4 de junio de 1860.

falta de autoridad que sobre este punto tienen las mencionadas leyes de Partida.

Imposible parecia que despues de sancionadas estas doctrinas, y de estar autorizadas por la jurisprudencia del Tribunal mas elevado y competente; que depues del 18 de octubre de 1856 en que se publicó la primera sentencia de casacion en este sentido, se entablasen todavía recursos fundados en supuestas infracciones sobre puntos de hecho, y que fueran necesarias tantas decisiones como las que van anotadas, y tantas otras en que el Tribunal ha tenido precision de declararlos improcedentes, fundado en aquel mismo artículo de la nueva ley. Y sin embargo, tal ha sido la temeridad de los litigantes sobre este punto, ó tan mal aconsejados se han visto por sus defensorès, que sin contar con las sentencias mas recientes, que no nos hemos ocupado en examinar, son numerosas las que han denegado recursos de igual clase, fundadas casi esclusivamente en el precepto ineludible del mismo artículo tantas veces citado (1).

Debemos antes de finalizar este capítulo, llamar especialmente la atención sobre algunas sentencias, en que se usa de una fórmula que acaso haya pasado desapercibida, y que es sin embargo muy significativa; á saber, la que espresa que al apreciar las pruebas la Sala juzgadora en uso de las facultades consignadas en el artículo 317 de la ley, no habia cometido ninguna infraccion legal (2), dándose con esto á entender, que aun al hacerse la apreciacion por una Audiencia, es posible que se cometa alguna infraccion; como sucedió, por ejemplo, en el caso ya apuntado antes, de condenarse á un demandado sobre un punto en que la demanda carecia absolutamente de justificacion.

Lo espuesto hasta ahora creemos que bastará para persuadir, que no debe jamás fundarse ningun recurso solamente en el supuesto de estimarse que han sido mal apreciados los hechos por la Audiencia que haya dictado la ejecutoria; y que es necesario que

(1) Pueden verse á este propósito, entre otras, las sentencias de 9 de marzo de 1857, dos de 1.º de octubre, otra de 26 del mismo mes y año; de 23 y 27 de febrero y 3 de mayo de 1858, de 5 y 18 de febrero, de 5, 16 y 24 de noviembre y de 5, 17 y 29 de diciembre de 1859 y de 25 de enero, 24 de febrero y 21 de mayo de 1860.

(2) En estos ó parecidos términos están redactados los fallos de 23 y 27 de febrero de 1857, el de 3 de mayo de 1858 y algun otro.

estribe aquel en verdadera infraccion de ley ó doctrina, único motivo fundado para la casacion, pues de lo contrario se espondrá siempre el recurrente á sufrir todas las responsabilidades y consecuencias con que la ley castiga al litigante temerario.

CAPITULO VI.

DEL RECURSO DE CASACION Á INSTANCIA DEL MINISTERIO FISCAL.

El Ministerio fiscal, lo mismo que un particular cualquiera, puede proponer el recurso de casacion en los pleitos en que sea parte.

Solamente se diferencia en este caso el procedimiento, en que no está el recurrente obligado á hacer el depósito ó prestar la caucion que respectivamente se exige á los demás litigantes, y si fuese desestimado el recurso, ó la apelacion en su caso, deben satisfacerse las costas ocasionadas á la parte adversa, de los fondos que ya digimos quedaban retenidos á disposicion del Tribunal Supremo procedentes de la mitad de los depósitos cuya pérdida haya sido declarada. Lo mismo corresponde, cuando dicho Ministerio se separe de un recurso, ó de la apelacion intentada contra la providencia en que se le hubiere denegado su admision. Esta justa indemnizacion que la ley concede al litigante á quien se obliga á sostener un recurso promovido por el Ministerio fiscal, debe hacerse por riguroso orden de antigüedad, y con sujecion á lo que permitan los fondos existentes (1). En todo lo demás no hay diferencia entre estos recursos y los promovidos por particulares.

Tambien puede el Ministerio fiscal entablar el recurso, aunque no haya tenido participacion en el asunto, cuando ya está éste fenecido y la ejecutoria ha quedado firme, por no haber hecho uso de su derecho ninguno de los litigantes en el término señalado por la ley. En este caso no tiene por objeto como en los demás, anular y dejar sin efecto la ejecutoria, sino solo mantener la observancia de la ley y conservar la pureza de la doctrina, si dicho Ministerio cree que aquella haya sido infringida ó mal aplicada, ó que se ha vulne-

(1) Con este objeto el Presidente del Tribunal Supremo hace llevar un registro en la secretaría de gobierno del mismo, donde se asienta una cuenta y razon de las cantidades que existen depositadas para el expresado objeto y de las que se van aplicando á las indemnizaciones que se decretan.

rado ésta. No hay, pues, en este recurso ninguna conveniencia privada, y solo tiene por objeto el interés público.

Poderosas razones movieron á la Comision redactora de la ley de Enjuiciamiento civil á adoptar esta grave innovacion, sin desconocer por eso los inconvenientes que podria ocasionar. «No hay por qué ocultarlo, ha dicho uno de los ilustrados jurisconsultos que la formaron (2): la Comision estuvo vacilante acerca de la adopcion de esta regla: por un lado consideraba que cuando las partes se aquietan con la sentencia, cuando el interés de la sociedad no es inmediato, cuando cualquiera que sea el resultado del recurso, la ejecutoria siempre ha de ser subsistente, parece que no debia otorgarse remedio tan extraordinario. Consideraba tambien (añade), que este recurso, en el caso de que prosperase, cederia en desdoro de los tribunales y de la administracion de justicia, por que declarar nula una sentencia, decir el primer Tribunal de la nacion de un modo solemne, que en un fallo ha sido quebrantada la ley ó una doctrina adoptada por la jurisprudencia de los tribunales, y sin embargo, producir este fallo todos sus efectos, causa cierta alarma en los que no se paran á analizar los motivos de esta especie de contra sentido, que por instinto miran con repugnancia. Si embargo, otra consideracion se ha sobrepuesto á todas: la importantísima que se desprende del objeto principal del recurso de casacion. No es, como tantas veces he dicho, el interés privado solo, sino mas aun el público, la uniformidad de la jurisprudencia, lo que ha dado origen á este recurso: en interés público, pues, ha decidido este punto la Comision, siendo en ello lógica, y siguiendo el ejemplo de otras naciones.»

Con claridad y exactitud están espuestas en los párrafos copiados los gravísimos y positivos inconvenientes y la utilidad problemática de este recurso fiscal; y por mas que una comision tan docta haya seguido en este punto el ejemplo de otros países, adoptando del modo que lo ha hecho este extraordinario y entre nosotros exótico remedio, son en nuestro concepto infinitamente mayores los males, que los beneficios que pueden esperarse de esta innovacion. Por fortuna, en los años que ya se cuentan desde que empezó á aplicarse la nueva ley, ni un ejemplar siquiera hemos visto de esta clase de recursos de interés público, y es de presumir que sea rarísimo el caso en que el Ministerio fiscal haga uso de este dere-

(2) El Sr. la Serna en el lugar ya citado.

cho; y decimos afortunadamente, porque acostumbrados, como estamos, á acatar con profundo respeto la santidad de la cosa juzgada, seria de funestísimo efecto verla moralmente hollada, por mas que legal y judicialmente se la debiera prestar obediencia.

Tampoco en esta clase de recursos puede exigirse depósito al Ministerio fiscal. Para interponerlo, no hay ningun término señalado; pero una vez propuesto, se siguen los mismos trámites establecidos para los demás, aunque sin citarse ni emplazarse á los litigantes, que no pueden por consiguiente ser obligados á comparecer; aunque sí tienen derecho á personarse, si quieren, ante el Tribunal Supremo, en cuyo caso se les deben entregar los autos para instruirse, y se les ha de citar para la vista.

Por esta razon, si los interesados no han hecho uso del mismo recurso en tiempo hábil, no les afectan las resultas del interpuesto por el Ministerio fiscal, ni la ejecutoria puede ser anulada, ni alterada en lo mas mínimo; y así el fallo que se pronuncie solo sirve para formar regla de jurisprudencia sobre la cuestion legal discutida en el pleito y resuelta en la ejecutoria (1).

Manuel Ortiz de Zúñiga.

(1) Arts. 1096 á 1102 de la ley de Enjuiciamiento civil.

DE LA SUCESION INTESTADA.

CUÁL DEBE SER EL LIMITE DE LA SUCESION INTESTADA (1).

Señores:

Creía que con la conclusion del anterior año académico habria terminado el honor que me dispensasteis al colocarme en este puesto, que han ocupado mas dignamente que yo nuestros mas distinguidos juriscultores; pero me habeis honrado de nuevo con una reeleccion unánime, que yo no tenia derecho á esperar. Así habeis querido, sin duda, manifestar cuánto apreciáis mis buenos deseos por el bien y prosperidad de esta brillante corporacion, que encierra dentro de sí las esperanzas de nuestro foro y de nuestra tribuna parlamentaria; y yo no podia menos de admitir con reconocimiento esta señalada y lisonjera muestra de la perseverante confianza con que os habeis propuesto distinguirme. Pero debo al mismo tiempo declararos que, aunque tuviese la fortuna de corresponder á ella de un modo satisfactorio, no podria continuar aceptando la honra de presidiros, no sólo porque puede creerse que las reelecciones sucesivas quitan algo á la espontaneidad, que es lo que constituye el mérito de toda eleccion, sino por no privaros de la mas ilustrada direccion de los que en otros tiempos han presidido esta Academia, ó de los que posteriormente han tenido ocasion de acreditar que pueden reemplazarlos dignamente.

Así, podreis escoger á los que, con mas tranquilidad de ánimo y mas tiempo que el que dejan las atenciones de la vida pública, y sobre todo con mas talento que yo, puedan en estos momentos solemnemente en que inaugurais vuestros trabajos, levantar su voz elocuente para guiarnos por nuevos senderos al descubrimiento de algunas verdades de grande importancia social, que tiene todavia ocultas ó poco conocidas la ciencia del Derecho, y corresponder á la espectacion, que yo voy á defraudar en este instante, de los ilustres magistrados, de los distinguidos juriscultores y de todo el ilustrado auditorio que nos honra con su presencia.

(1) Discurso pronunciado por el Excmo. Sr. D. Salustiano Olózaga en la sesion inaugural del curso de 1860 á 1861, en la Academia matritense de Jurisprudencia y Legislacion.

Como escaso tributo pagado á la costumbre y ofrecido á vuestra benévola atención; voy únicamente á presentaros algunas ligeras consideraciones sobre uno de los temas que no pudisteis examinar en el año anterior, y que probablemente será en este debatido:

Cuál debe ser el límite de la sucesion intestada.

Pocas veces se habrá formalado en tan breves palabras un problema tan importante. Vosotros lo examinaréis detenidamente bajo todos sus aspectos legal, moral, social y político, y acaso hallaréis una solución muy conforme con lo que dispone nuestra legislación actual, que tiene en su apoyo la antigua legislación romana y la de todos los países que mas ó menos fielmente la han copiado. Pero esta solución llevará el sello del acierto y podrá satisfacer á vuestro criterio legal cuando se funde conocidamente en los grandes principios de la filosofía del Derecho; y no como hasta ahora, en la autoridad del tiempo y hasta en la facilidad y la indiferencia con que solemos admitir sin exámen lo que encontramos generalmente y de antiguo establecido.

Al principio de esta época constitucional, en las primeras Cortes que se reunieron con arreglo al Estatuto Real, se presentó un proyecto de ley cuyo principal objeto era suprimir el juzgado de mostrencos y la odiosa y privilegiada legislación que estaba encargada de aplicar; y á vueltas de algunas excelentes disposiciones sobre la naturaleza de los bienes que pueden corresponder al Estado y los trámites que deben seguirse para que en nombre de este no se atente, como acontecia antes, contra la propiedad particular, se proponia que el derecho de suceder, limitado entonces á los parientes dentro del cuarto grado, se extendiese á todos los parientes dentro del décimo.

Entre estas dos categorías se establecía otra de los hijos naturales y de los cónyuges, que aunque no alcanzaran el lugar que la naturaleza y la razon les conceden respecto de los parientes colaterales, merecieron en la luminosa discusión que sobre este y otros puntos ilustró y mejoró la ley, las mas vivas simpatías de aquellos respetables legisladores. Pero sobre el punto principal, sobre la trasmision de la propiedad á los parientes mas lejanos y por lo comun desconocidos, ninguna duda se ocurrió y nada absolutamente se dijo en uno ni en otro Estamento, donde se sentaban los hombres

mas ilustres de aquella época. Se consideró solo la reforma como un regalo que el Estado hacía de los bienes que por la legislación vigente le correspondían, como si el Estado pudiera moverse á impulsos únicamente de la generosidad y sin examinar las consecuencias de una donación inmotivada y trascendental.

También en los primeros días de la revolución francesa se alteraron gravemente las leyes de sucesión, y abolidas todas las diferencias que había entre los pueblos que se regían por el derecho escrito, y los que no reconocían en tan importante materia mas que sus usos y costumbres peculiares, se proclamó el derecho de suceder de los parientes colaterales hasta el duodécimo grado. Y como aquellos grandes legisladores á quienes la Francia y el mundo entero deben la resurrección de todos los principios cardinales en que descansa actualmente el derecho público, no se detenían ante ninguna consideración, y aceptaban todas las consecuencias lógicas, por mas exageradas que fuesen, de las doctrinas que proclamaban; una vez reconocido el derecho de los colaterales á las supesiones *ab-intestato*, limitaron el de los testadores hasta el punto de prohibirles por las leyes del año segundo de la República (art. 5.º de la del 5 Braumaire, y artículo 11 de la del 17 Nivoae), que dispusieran de mas del sexto de sus bienes en perjuicio de los parientes colaterales.

El Código Napoleon corrigió en esta parte la exajeración de los primeros legisladores, pero sancionó el derecho de los parientes mas remotos á las sucesiones intestadas. Así, pues, en Francia como en España, y mas ó menos en todas las naciones cultas, se ha considerado en estos tiempos de grandes reformas políticas como un principio, ó al menos como una tendencia liberal, el consignar, el favorecer y ampliar este derecho. Examinando bien las causas que han podido influir en que se haya dado á semejante doctrina un cierto color político, se verá que mas nacian de las circunstancias y de las preocupaciones del momento, que de los principios políticos, con los que se presenta asociada. Los legisladores franceses estaban dominados por su amor escesivo é inconsiderado á la igualdad en la división de las fortunas particulares, y prevenidos en demasía contra toda acumulacion de riqueza, mas que procediese de los títulos mas legítimos. Así vemos á la Convencion Nacional abolir de todo punto la facultad de disponer de sus bienes, ni por donación, ni por testamento, á los que tengan descendientes, y prohibi-

Vir toda mejora, por insignificante que sea, en favor de cualquiera de estos; y poco despues tomar en consideracion un proyecto, privando de toda participacion en las herencias á los que tuviesen una fortuna de doscientos mil francos de capital. Este proyecto fué por último desechado, y en cuanto á los bienes que debian heredar los descendientes, se permitió á los testadores que pudieran disponer de una décima parte de ellos; pero estas modificaciones, que prueban cómo la esperiencia va templando siempre el rigor lógico de los principios absolutos, no bastan á quitar á aquella época y á aquellos hombres verdaderamente extraordinarios, su tendencia conocida hácia la nivelacion de las fortunas.

Nuestros legisladores no participaban de semejantes ideas; pero les dominaba la reaccion que el triunfo de los principios mas favorables á la libertad de los pueblos y al derecho de los particulares, produjo contra el espíritu fiscal que por tantos tiempos los habia desconocido y conculcado. La legislacion de mostrencos, que sacrificaba á los derechos inciertos del Estado los mas sagrados de los ciudadanos; que los esponia á las denuncias mas maliciosas; que los despojaba de sus propiedades antes de oírlos; que los arrancaba de sus jueces naturales para entregarlos á uno parcial, ó mas bien interesado en su condenacion, era uno de los cargos mas fundados que hacia la opinion de todos los hombres ilustrados de nuestra nacion contra el absolutismo de los últimos tiempos, y aumentaban y justificaban mas y mas el clamor general, los vicios, las vejaciones y la notoria connivencia de una curia privilegiada, con los falsos denunciadores que quedaban siempre impunes si no salian gananciosos cuando atacaban las propiedades que los particulares poseian, no solo con buena fé, sino con los títulos mas legítimos y respetables.

En ódio de esta jurisdiccion, cuya hora suprema habia ya sonado, y envueltas en sus ruinas cayeron tambien, pero cayeron sin exámen, las disposiciones legales que estaban vigentes, segun las que, los bienes de los que morian intestados, sin dejar parientes dentro del cuarto grado, pertenecian á la Corona. Decíase además, que se tratába de restablecer la antigua legislacion, y se consideraba como tal la ley de las Partidas, que estendia el derecho de suceder á los parientes hasta el décimo grado; y no fué poca fortuna que no prevaleciese la variante, que puede ser muy fundada, de algunos códigos que lo estienden hasta el grado duodécimo. No es éste el momento de examinar hasta qué punto puede considerarse

como legislación patria la del Código doctrinal de las Partidas; pero aun dado que lo fuese, desde que se le dió fuerza legal por el Ordenamiento de Alcalá, nunca obraría tan de lleno como en este caso la restriccion que entonces se puso en favor de los fueros á la sazón subsistentes, que en pocas materias han ofrecido tanta variedad y anomalías como en materia de sucesiones. Además, no tardaron mucho los Reyes Católicos en declarar cuáles eran las leyes españolas en estas materias, y cómo limitaban á los parientes hasta el cuarto grado el derecho de suceder.

Así, pues, no el prestigio de la antigüedad, no el favor de los principios liberales, pueden explicar la estension dada á este derecho; pero aunque así fuera, aunque el círculo eterno del tiempo protegiera semejante causa, no impediría esto que se examinase la cuestion en sí misma y á la luz de los únicos principios con arreglo á los que debe decidirse, como son los que se fundan en la naturaleza y los que se dirigen al bien de la sociedad.

¿Es cierto, por ventura, que la naturaleza establece ese vínculo que se llama de la sangre, para unir á todas las personas que proceden de un tronco comun? Que entre las mas próximas haya generalmente grande semejanza, no solo física, sino moral, y haya siempre una mútua irresistible atraccion, que la vida en comun exige para que cada familia no forme mas que una sola unidad social, es un hecho tan cierto y tan importante, que sin él apenas se puede concebir la sociedad. ¿Hay nada mas tierno que el cariño que tenemos á nuestros hijos, mas puro y mas delicado que el que ellos empiezan á mostrarnos cuando apenas nos conocen, ni puede haber mas grato cuidado que el de la madre que los cria, el del padre que los mantiene y los educa, ni espectáculo mas interesante que el de la familia unida por tan dulces lazos, participando de los mismos placeres y de las mismas penas, contribuyendo cada uno al bienestar de todos, y viviendo bajo un mismo techo hasta que la muerte inexorable viene á separarlos? Entonces, ¿qué tiene que hacer el legislador mas que respetar y continuar la obra de la naturaleza, y entregar á los hijos los bienes del padre que ya estaban disfrutando en comun? Y si contra el orden de la naturaleza los padres ancianos sobreviven á los hijos que ya han podido adquirir por sí alguna fortuna, claro es que aunque el cariño filial no se la diera, les correspondería como triste é insuficiente compensacion del apoyo que habian perdido.

El cariño de los hermanos tiene por lo comun la ventaja de ser el de mas larga duracion, y formándose desde la infancia, y nutriéndose por el sentimiento de la mas perfecta igualdad, se hace cada dia mas íntimo, y se vá fortificandó en todos los trances de la vida. Pero aquí concluye propiamente la familia, porque despues cada uno vá á formar otra nueva y á establecer otra casa paterna, á ejercer probablemente otra industria ó modo de vivir, y sobre todo á unirse con otra persona estraña á la propia familia. Los hijos que de esta union resulten pertenecen así á dos familias distintas; y aunque la sangre por sí sola produjera los efectos prodigiosos que algunos quieren atribuirle, no se comprende fácilmente cómo puede responder á un mismo tiempo á dos diversos y acaso opuestos llamamientos. Pero al fin, los hijos de los hermanos pueden quererse á la manera que sus padres, y heredar de ellos el espíritu de familia. Por eso se considera ampliada hasta ellos, por las leyes que fijan el derecho de suceder á los parientes hasta el cuarto grado civil, que es el parentesco de los primos carnales ó primos hermanos. Este es el límite extremo á que puede llegar la familia, que en rigor solo debe comprender á los que han vivido constantemente bajo un mismo techo, descendientes, ascendientes y hermanos.

Mas ¿cómo pueden igualarse con estos y sus hijos los parientes hasta el décimo grado que descienden de una persona á quien ninguno de ellos ha conocido? ¿Quién ha podido conocer á su tatarabuelo para observar y sentir la fuerza de los vínculos de la sangre que se supone que le ligan con sus descendientes? Pues aun es preciso subir mas arriba contra la corriente del tiempo para encontrar la raiz del parentesco que dá derecho á las sucesiones intestadas, y falta hasta el idioma, que no ha querido dar nombre al padre del tatarabuelo, que solo podemos designar apelando á la aritmética. Ni lo hallamos tampoco para espresar la relacion que nos une con sus descendientes. Deteneos, señores, un instante en esta observacion tan trivial. Las primeras palabras de todas las lenguas, las únicas casi de las lenguas cuando empiezan á formarse, son las que nos sirven para espresar nuestros afectos y para llamar á las personas de nuestro cariño. La voz es el instrumento del amor para casi todos los séres de la creacion, y aunque el hombre haya llegado á hacer del habla el órgano de todos sus progrésos en las ciencias y en las artes, y el medio mas poderoso, mas bello y mas seductor, ya para manifestar sus pasiones, ya para escitar, calmar y dirigir

las de los demás hombres, no la ha despojado por cierto de su carácter y objeto primitivo que es la expresion de los afectos de la naturaleza, y es bien seguro que si esta nos llevase por sí sola á querer á todos los que proceden de un tronco comua, pero lejano, á ninguno le faltaria su nombre, como lo tienen, no solo todos los objetos de nuestro cariño, sino hasta los de nuestros gustos y caprichos.

Prescindamos, sin embargo, de la insuficiencia y la vaguedad de las voces. Oigamos la de nuestro corazon. Al acercarse á nosotros un pariente remoto y desconocido, ¿ nos dice algo con sus dulces y misteriosos latidos que pueda servirnos para descubrir la oculta relacion que con él nos une? Y una vez conocido, ¿ es por ventura poderoso á cambiar la impresion que nos haya producido, que ha podido ser de indiferencia y aun de marcada antipatia? Pero tanta es la fuerza del hábito, tanto y tan ciego el respeto que nos inspira todo lo que tiene la doble sancion del tiempo y de la legalidad, que no es imposible que alguno creyese obra de la naturaleza lo que solo seria un sentimiento puramente artificial.

Por eso es menester considerar la cuestion en sí misma y remontarse con la imaginacion á una época en que la ley no hubiera creado todavia la parentela, que no es mas que una ficcion legal inventada para distribuir los bienes que quedan *ab-intestato* entre aquellos á quienes se supone que los habria dejado el difunto si hubiera hecho testamento. Las ficciones del derecho son, no solo inocentes, sino por lo comun muy útiles; pero cuando el derecho quiere reemplazar á la naturaleza y la contrahace, puede causar una perturbacion de tal índole, que ni el trascurso de los siglos basta á borrar sus malos efectos.

Los parientes remotos que se ven considerados por la ley como herederos presuntivos de un pariente rico, no pueden creer que correspondiéndoles todo despues de su muerte, no tengan derecho á nada durante su vida. De aquí proceden las peticiones y aun las exigencias de los necesitados y de los holgazanes, y como ni la naturaleza ha depositado en el pecho el afecto que se supone, ni la ley ha sido poderosa para crearlo, de aquí la resistencia de los mas favorecidos por la suerte ó de los mas laboriosos y económicos, y las frecuentes y odiosas querellas, tan comunes en las parentelas. Sucede, sin embargo, que los parientes mas afortunados que son en vida avaros de lo suyo, suelen ser pródigos cuando se trata de los

intereses del Estado, y cediendo á la preocupacion cuando pueda hacerlo sin ningun sacrificio de su propiedad, ó á la vanidad de un apellido que se creen obligados á ilustrar, reparten á manos llenas entre los que lo llevan oscuramente, y hasta donde alcanza su influencia, los destinos públicos, las condecoraciones y los títulos honoríficos.

Este ridículo vicio del nepotismo parece que debia ser patrimonio esclusivo de los Gobiernos absolutos, en los que puede tener una racional aplicacion; pues procediendo todas las gracias de la voluntad del Soberano, nada mas natural que el que las trasmitan sus ministros y favoritos por los mismos medios que las leyes han fijado para las herencias. Pero es lo cierto que los Gobiernos representativos que nosotros conocemos adolecen del mismo defecto, ó lo consienten al menos; y siendo las elecciones el medio de elevar á los hombres públicos, y muchos los que con este carácter ejercen influencia, y breve, por lo comun, la duracion de esta, el mal sube de punto en perjuicio de los ciudadanos beneméritos que no cuentan con el apoyo de parientes poderosos, y en mengua siempre del servicio del Estado. Lo cual puede hacernos conocer cuán lejos está de poder ser considerada bajo este aspecto, como doctrina liberal, la que dá mayor estension y derechos á las parentelas.

No es tan generalmente conocido, pero no por eso es menos funesto, el influjo de estas en la administracion interior de los pueblos: ¿pero cuántos hay, sobre todo, en las provincias, donde está poco repartida la propiedad, que se han visto y aun se ven tiranizados y explotados por esta especie de dinastías locales? Aun es peor la suerte de los que, en vez de una, tienen que sufrir las fatales consecuencias y el alternado predominio de dos ó tres poderosas parentelas y de los bandos y parcialidades que acaudillan. De grande enseñanza seria la historia que se escribiera de algunos apellidos que se han hecho, en este sentido, funestamente célebres en ciertos distritos, y veríase entonces que algunos han influido en las discordias y generales disturbios de nuestra patria, como nos dice de la suya, que aconteció en la lucha de Gúelfos y Gíbelinos, el profundo, y no bien apreciado generalmente, historiador de Florencia.

Aunque no fuera dado á nadie entrever las trascendentales consecuencias de la excesiva estension dada á los derechos de los parientes, es de creer que si en siglos muy remotos se hubiera re-

suelto prácticamente esta cuestion, segun lo exigian los intereses de aquellas primitivas sociedades, la legislacion romana habria encontrado mas acertada solucion á las dificultades que ofrece. Pero los primeros pueblos, y antes que los pueblos, las primeras tribus, que de seguro precedieron á la formacion de estos, y se hicieron, sin duda, el primer repartimiento de las tierras en los lugares que encontraron mas fértiles ó mas acomodados á sus necesidades, miraron menos como un derecho que como una obligacion la de que continuasen en su cultivo los parientes, cualquiera que fuese su línea y grado de los primeros ocupantes. Así se esplica cómo los romanos consideraban que nadie podia morir sin heredero, y segun la gráfica espresion de los antiguos jurisconsultos franceses, *le mort saisit le vif*, parecia que nadie podia morir sin dejar en este mundo quien le reemplazara. ¡Tan poca fé muestran los pueblos antiguos en el progreso de la raza humana, y tan lejos estaban de adivinar los prodigios de la industria y de la civilizacion en los tiempos venideros!

Pero esta organizacion de la parentela no se limitaba en los pueblos primitivos á la trasmision de la propiedad, sino que producia ciertas obligaciones civiles y aun penales, que hacia necesaria, ó al menos conveniente, la imperfeccion de su estado social. Las costumbres de los germanos y de casi todos los pueblos bárbaros, que les obligaban á la defefensa de los parientes, á la *conjuracion* con ellos, esto es, á jurar juntamente y responder de lo jurado, á pagar con los ofensores las *composiciones* ó penas pecuniarias, á percibir con los ofendidos la parte que les correspondiera, esplican perfectamente la tendencia de aquella civilizacion, incompatible de todo punto con las ideas que sirven de base á la de los pueblos modernos. Por eso parece extraño que la hayamos aceptado en lo que toca á las sucesiones; y no se podria explicar ese fenómeno histórico, si los romanos, que la adoptaron, no la hubieran despues modificado por el derecho pretorio, y sobre todo por la Novela 118 del célebre Justiniano.

Aun así, es bien singular que la ley, que funda el derecho de suceder de los parientes mas remotos en un cariño que se supone inspirado por la naturaleza, proceda de las legislaciones que no concedian ningun derecho á las hijas, como si los padres solo pudiesen amar á los varones. La verdad es que han llegado hasta nosotros, arrastrados por la corriente de los tiempos, materiales

del antiguo edificio social, y por falta de exámen hemos creído que podian aprovecharse igualmente para la grande obra de nuestra regeneracion. Fijemos nuestra atencion en las reformas que se van haciendo, penetrémonos de su espíritu, procedamos con sistema, y examinando á la luz de la filosofía todas las cuestiones que se han considerado como resueltas por el tiempo, se logrará la unidad en nuestra legislacion, y el influjo saludable que debe ejercer en nuestras costumbres y en la organizacion social y política de nuestra nacion.

No ha habido ninguna en Europa en la que se generalizase tanto esa mania de conservar los bienes de ciertas familias unidos á los apellidos que estas llevaban. Si otras se han distinguidos por el poder de una aristocracia creada por la escesiva acumulacion de la riqueza territorial, la nuestra presentaba, en cambio, una clase en extremo numerosa, cuyas propiedades vinculadas eran por lo comun poco considerables. Bastaban apenas, sobre todo en ciertas provincias, para que los primogénitos vivieran con decencia, y el resto de la familia condenado, por las preocupaciones de su clase, á perpétua holganza; se alimentaba con la vana satisfaccion de llevar un apellido que llamaban ilustre. Cada generacion iba aumentando así las ramas, unas secas y otras parásitas, del árbol de los mayorazgos, que ganando en follaje á medida que las raices perdian en nutricion y vida, habria al fin venido al suelo si la revolucion no lo hubiera partido por la mitad.

La operacion se hizo con acierto y los resultados económicos han sido magníficos, pero han quedado esparcidas por la tierra las raices de los árboles genealógicos, y por algun tiempo lisonjearon, con su jéstéril vejetacion, la pueril vanidad de millares de familias, privando á la produccion de muchos brazos útiles, y queriendo perpetuar ridiculas distinciones, que nunca admitió de buen grado el pueblo español, y que aun en las naciones donde fueron en lo antiguo provechosas y donde son todavia respetadas, van cediendo el paso al espíritu del siglo, que es esencialmente democrático. Seamos, pues, consécuentes, y despues de haber abolido el derecho de los parientes llamados por los fundadores, no vayamos á dar á los mas remotos los que de hecho les han negado los que mueren sin testar. No alimentemos así esperanzas tan eventuales y fomentemos el espíritu de parentela. Lejos de favorecer nuestra legislacion moderna la estension que la daban ciertas leyes an-

tigüas, la han negado justamente toda protección, y aun puede decirse que desconocen su existencia.

Si alguno saliese á la defensa de otro ó se escudiese en la vindicacion de una ofensa grave hecha á algun pariente, esa circunstancia, segun el Código penal, no atenuaria la culpa que cometiese sino en el caso de ser ascendiente, descendiente, hermano ó cónyuge del ofendido. ¿Y no seria una contradiccion trascendental y grave que el Código penal considere á los demás como estraños, y que el civil los llamara á heredar la fortuna del que no tenían derecho, ni natural deseo de defender? Cuando se trata de los delitos que pueden cometerse, tampoco se agravan las penas sino cuando el ofendido es alguno de los que acabamos de indicar, que son los que constituyen verdaderamente la familia. Así no puede ser mas completa la exclusion de la parentela, cuando se dejan sin ninguna sancion penal los derechos que se la atribuyen.

Pero la contradiccion no existiria únicamente entre las leyes penales y civiles, sino entre los mismos principios que han servido de base á todos los Códigos modernos y á los trabajos que se han hecho para preparar la formacion de nuestro Código civil. El espíritu de las leyes favorables á la sucesion de los parientes remotos, reconocia el derecho, ó al menos la conveniencia de conservar en la parentela los bienes raices, y no como quiera en las generaciones nuevas, sino aun en las que habian llegado á desprenderse de ellos.

Este es el origen de la troncalidad sancionada por aquel antiguo principio de *paterna*, *parternis*, *materna*, *maternis*. Con el mismo objeto se estableció el retracto llamado de *sangre* ó de *abolengo*, que por satisfacer la vanidad de los parientes, disminuye el valor de las propiedades, dificultando las enajenaciones.

Quando para facilitar su libre circulacion se acaba de presentar á las Cortes un proyecto de ley hipotecaria, que en mi entender ha de realzar grandemente la reputacion de los distinguidos Jurisconsultos que lo han redactado; quando la opinion pedia á grandes gritos esta importante reforma, no hay que detenerse á impugnar las rancias preocupaciones con que en los tiempos pasados se favorecia el espíritu de parentela. Pero si uno á uno han caido ó están próximos á caer todos los puntales que la servian de apoyo, ¿quedarán en pié sus pretendidos derechos?

Si hay alguna razon de justicia en que puedan apoyarse, tien-

po es de que la aleguen los que quieran favorecerla. El único argumento en que han solido fundarse, es en el amor que suponen que se tienen los parientes entre sí, por mas remotos que sean; de modo que la ley, segun su sentir, no hace mas que distribuir sus bienes como ellos los hubieran distribuido.

Si se consultara á todos los que no han hecho testamento, ¿qué pocos serian los que dijera que la ley se habia anticipado á sus deseos, interpretando fielmente su amor á la parentela! Ni es fácil concebir que exista un cariño de esta especie á todos los parientes, y que se acomode exactamente á las líneas y á los grados en que consistan sus respectivos derechos. El que quiera á sus parientes mas que á todos los estraños, á alguno de ellos dará la preferencia, y entonces testará en favor de este. Para merecer esta distincion, y para conservarla una vez obtenida, procurará hacerse agradable al testador, al que pagará anticipadamente con sus buenos oficios y cuidado los frutos de la herencia que le destina; Y cuanto mas tranquila y segura será la vida, y mas sosegada la muerte, que la del que tenga cerca de sí parientes que no le quieren y que están por consiguiente interesados en que no haga testamento!

Pero prescindiendo de las asechanzas posibles de la codicia, que suelen envenenar la existencia de los que en vida no pudieron ó no quisieron satisfacerla, suele haber otros parientes en todos sentidos tan lejanos, que nunca conocieron á aquel cuya fortuna impensadamente vienen á heredar. Si el hábito no nos familiarizase con esos anuncios judiciales que van buscando por las cinco partes del mundo parientes desconocidos, á quienes regalar una cuantiosa herencia, ¿qué pensaríamos de la legislacion de un Estado, que á falta de herederos forzosos no sabe cómo disponer de la propiedad que queda sin dueño conocido, y establece una especie de lotería en favor de los que presentan ciertas partidas de bautismo ó de nacimiento de personas que hace mas de un siglo que murieron? ¿No tiene el Estado sagradas obligaciones, que no puede desatender sin peligro suyo y mengua de la humanidad?

En tiempo de los Reyes Católicos, y aun en época muy posterior, se destinaban los productos de las herencias de los que morian *ab-intestato*, sin dejar parientes dentro del cuarto grado, á la redencion de cautivos. Tiempo hace que es respetado, y ahora mas que nunca, nuestro pabellon en las aguas de Berbería; ¿pero cuántos millares de españoles gimen en otro cautiverio no menos ter-

rible, el doble cautiverio de la miseria y de la ignorancia? La beneficencia pública y privada dan pan al mendigo; ¿pero quién dá verdadera educacion á los pobres; quién procura convertirlos en buenos ciudadanos, útiles para sí y para el Estado; quién cultiva su entendimiento para que aquellos á quien Dios ha querido favorecer puedan sobreponerse á los demás? Cuando han empezado á cundir, y aun cuando parezca que han hecho alguna pausa, cundirán por todas partes ideas las mas absurdas y de todo punto incompatibles con la existencia de la sociedad, pero que ofrecen un celo irresistible al apetito por no decir al intinto de las clases menesterosas; es justo, es necesario, es urgente mejorar la condiciõn de estas, ilustrarlas y ofrecerlas beneficios positivos en vez de las quiméricas y antisociales esperanzas con que otros las alucinan y las pervienten. Y como los medios que principalmente emplean para estraviarlas, los que solo por antifrasis pueden llamarse socialistas, consisten en sus ataques contra las dos bases fundamentales de la sociedad, la familia y la propiedad, fortifiquemos una y otra. Esto solo se consigue reduciéndolas á sus verdaderos límites, y quitándolas todo lado vulnerable. La parentela es una superfetacion de la familia, y el derecho que se la concede de heredar á los parientes remotos, una estension artificial del derecho de propiedad.

Quédese la familia dentro del hogar en que venimos al mundo, santificado por el amor de nuestros padres, embellecido por el cariño de nuestros hermanos, testigo de nuestra vida, depositario de nuestros secretos y de nuestros mas íntimos afectos; y no temais, señores, que venga la piqueta del socialismo á destruir el templo de la familia: que nadie hay, por bárbaro que sea, que, recordando la suya, pueda dejar de contemplarlo con ternura y con respeto. Y en cuanto á la propiedad, que no todos pueden respetar igualmente, porque nadie aprecia bien los goces legítimos que no ha disfrutado, y la envidia, la mas vil de las pasiones, tiende siempre á la destrucciõn, si hay algun medio eficaz para protegerla contra los ataques de la escuela anti-social y contra el instinto de las clases desheredadas, ha de ser el de reducirla al dominio del que la ha adquirido, y de aquellos á quienes quiera dejarla para despues de su muerte.

Esta facultad de disponer de lo suyo hasta en el porvenir, es todo lo que el propietario puede pedir á la sociedad: que haya libertad para testar, y que la voluntad del testador sea sagrada; pero

no venga la ley á interpretarla cuando no existe, ni á buscar herederos cuando no los hay forzosos. Todo lo que puede hacer el Estado es estimular el uso de la facultad de testar, y medios indirectos se encontrarán para vencer la repugnancia que nos causa el pensar en el día en que dejemos de existir; pero los que no quieren usar de este derecho ni aprovechar la ocasion de mostrar el cariño que pudieran tener á algun pariente lejano, tengan por herederos á los pobres, y por consuelo en la hora de la muerte el beneficio que así dispensan á la sociedad en que han vivido.

Si me hubiera propuesto, señores, sustentar una opinion y defenderla con todas las razones que estuvieran á mi alcance, tendria que abusar por mas tiempo de vuestra benévola atencion; pero siendo en este momento mi único propósito presentar algunas indicaciones de las que pueden hacerse considerando bajo un aspecto algo nuevo una cuestion muy grave que se ha resuelto sin exámen, pongo aquí término á mi razonamiento. La luminosa discusion de que será objeto en esta Academia, y en la que seria de desear que tomáran parte todos los que puedan ilustrar un punto de tanto interés y tan poco estudiado hasta el dia, podrá demostrar el acierto con que procedieron nuestros Estamentos en estender hasta los parientes del décimo grado el derecho de suceder *ab-intestato*, y al desempeñar la para mi siempre grata tarea de resumir vuestras discusiones, tendré un verdadero placer en proclamarlo así y en unir mi umilde opinion á la de aquellos sábios legisladores.

Pero si de los debates resultára que pudo estraviarles un instante el justo horror con que miraban aquel mónstruo que con el nombre de *Fisco* devoraba la sustancia de los pueblos, y amenazaba la propiedad de los particulares; si por otras razones mas poderosas que las que acabo de indicar se creyera que conservando todas las reformas saludables que introdujo, y todos los buenos principios que sancionó la ley de 16 de mayo de 1855 se debia restablecer la anterior legislación sobre sucesiones intestadas, no seria perdido vuestro trabajo, porque ilustrado por vuestros debates, y apoyado por la opinion que viniese en auxilio de su resultado, no faltaria quien sometiese á nuestros Cuerpos Colegisladores tan importante cuestion.

Mientras tanto, no puedo yo decir mi última palabra, y solo cediendo á la costumbre, puedo usar la fórmula final: *Hic draco*.

Salustiano Olózaga.

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY HIPOTECARIA (1).

(Continuacion.)

III.

Los títulos 3.º y 4.º se ocupan de las anotaciones preventivas y de los medios de estinguirse estas y las inscripciones, y en ellos no podemos menos de decir que se advierte una estructura lógica y científica y se descende á un casuismo sumamente útil para su aplicación.

El legatario de una pequeña parte del caudal que por la ley de Enjuiciamiento carecia de medios para proponer el juicio voluntario de testamentaria, estaba espuesto á perder su legado y á aque se defraudase la liberalidad del testador por falta de una accion pronta y eficaz para asegurarlo, y la ley con un detenimiento admirable ha atendido á esta necesidad y hallado recursos para que no sea burlado en sus esperanzas.

El tener el acreedor por el artículo 407 de la ley de Enjuiciamiento civil facultad para pedir la formacion del inventario de la testamentaria, y asegurar de este modo el caudal del finado, ha sido sin duda el motivo que ha tenido la ley para no aceptar el art. 1872 del proyecto de Código civil, en cuanto hace referencia á los acredores de la finabilidad: mas á pesar de esto, creemos que para evitar fraudes ó impedir que un heredero aparezca indebidamente insolvente para los acredores de su antecesor, hubiera convenido que se aplicase á estos la doctrina establecida tan filosóficamente para los legatarios con las variaciones que la diversa cualidad de aquellos exigia; puesto que de este modo se les daba una doble proteccion muy atendible, y un medio mucho mas pronto aún y mas rápido que el juicio de testamentaria para la seguridad de su reclamacion, y que no perjudicaba á nadie sino á lo mas al heredero que habia adquirido los bienes por título *gratuito*.

No es necesario manifestar que este derecho seria para los acredores sin hipoteca, por que los de otra clase no tenian necesidad de hacer uso de él por tener ya una especial garantia para su crédito. La anotacion preventiva, pues, para los acredores de igual género ó que tengan una misma clase de documentos, seria un medio de pre-

(1) Véase la pág. 359 de este tomo.

lacion entre ellos, como lo es entre los legatarios, y de este modo se evitarian las dudas que suelen suscitarse hoy entre aquellos y sobre todo entre los que solo tienen para hacer constar su crédito un documento privado.

Hubiéramos creído muy conveniente tambien, que se hubiesen mandado anotar preventivamente las herencias intestadas vacantes, y mientras se presentaban los que debian adquirirlas con arreglo á las leyes para los efectos de los artículos 1.º y 3.º de la ley de mostrencos de 16 de mayo de 1835, puesto que este seria un medio para evitar detenciones ilegítimas, para que el Estado no se viese defraudado en sus intereses, y para facilitar al Ministerio público las noticias necesarias para intentar esta clase de reclamaciones.

Tampoco hubiera estado de mas que se hubiese mandado anotar preventivamente y mientras se hacia la correspondiente inscripcion la repudiacion y aceptacion de la herencia, y si se verificaba ó no á beneficio de inventario, como dispone el artículo 44 de la ley de Génova, para que así los acreedores y legatarios viesen si les convenia ó no pedir la anotacion de sus deudas y legados, y para que el que contratase con el heredero conociese hasta donde se extendia la responsabilidad de este, y cuál era la verdadera situacion de sus bienes; desapareciendo igualmente los males y las dudas que hoy suele ocasionar la aceptacion *tácita*, puesto que la anotacion seria la *cancelacion* ó consignacion del título que capacitase ó incapacitase al heredero, y para todo lo que se le daria el término de treinta dias que previene el art. 833 del proyecto de Código civil.

La ley al ocuparse del acreedor refaccionario lo hace de una manera tan justa y tan paternal, que aunque ha tenido que quitarle la hipoteca *tácita* en la finca refaccionada, le ha dado en cambio garantías bastantes para que si es algo previsor no pueda sufrir menoscabo alguno en sus intereses; mas á pesar de esto, y ya que la ley se hace del absoluto principio consignado por ella en el art. 3.º, que era que no pudiera hacerse anotacion ninguna en el Registro, sino en virtud de documentos que constasen por escritura pública, y lo cual hemos censurado en el lugar correspondiente; bueno hubiera sido que hubiese ya aceptado el artículo 1874 del proyecto de Código civil, por el que se dispone que es bastante para hacer la anotacion el *allanamiento* del propietario á que se verifique, y sin que sea necesaria la presentacion de título auténtico de ninguna clase.

La ley ha tenido sin duda en cuenta, que este es un contrato de arrendamiento, y que no siendo en él necesario por la ley civil el que se reduzca á escritura pública, seria, como hemos manifestado antes, un absurdo en exigirla, y ha dicho que es bastante para la anotacion del crédito refaccionario, que el contrato conste por escrito, aunque sea cualquiera la forma en que se haya hecho; mas es preciso que sea mas rigurosa en sus principios, y ya que se ha salido del círculo que se habia trazado para aceptar una doctrina sumamente legal, que tenga tambien en cuenta que el acto es igualmente válido si consta de aquel modo ó de palabra, y que debe de tener en consideracion que no todos los operarios saben escribir, y que esta falta pudiera dificultar en parte el ejercicio de este derecho.

Con lo que no estamos conformes es con lo dispuesto en el artículo 82, ó que sea necesario para la cancelacion de una inscripción ó anotacion preventiva hecha en virtud de escritura pública, otra escritura tambien con las mismas solemnidades, porque además de causar gastos innecesarios á las partes, se dá lugar á una nueva clase de contratacion que no existe en nuestras leyes y que solo es un resultado *natural* y *forzoso* de una obligacion anterior.

Nosotros creemos que para el acto de la cancelacion debia bastar, como disponen casi todas las legislaciones de Europa, el simple consentimiento de las partes ó de sus apoderados, espresado ante el encargado del Registro, y el cual, para mas seguridad, si se quiere, podia estenderse en el libro bajo la firma de la persona á quien perjudicase ó de su representante legal, dando el Registrador fé de su conocimiento ó de los testigos, como previene el número 6.º del art. 98.

Lo que me parece extraño es, que en este título de la ley no se trate de las cancelaciones de las hipotecas legates, pues si bien los arts. 148 y 164 se refieren á él, sin embargo hubiera sido bueno que lo que allí se dice, se hubiese espresado aquí en una regla general, mucho mas cuando la redaccion de este último artículo, puede dar lugar á dudar si la mujer podrá ó no cancelar la hipoteca constituida á su favor para la seguridad de la dote, puesto que si bien dice que la hipoteca legal inscrita subsistirá hasta que se estinga el derecho para cuya seguridad se ha constituido, añade luego é incontinenti, que se cancelará en los mismos términos que la voluntaria;

y como esta se r dime, segun el art. 148, por solo la voluntad de la persona   cuyo favor se haya establecido, parece que est  en contra diccion est  segunda parte del artículo con la primera, si el 189 no lo resolviese de una manera esp cita y terminante en sentido favorable para la libertad de la mujer y desfavorable para sus bienes.

Ya nos ocuparemos de esta cuestion al tratar de las hipotecas legales; pero entre tanto lo que conviene   nuestro propósito, es demostrar que el sitio para tratar de todas las cancelaciones que puedan tener lugar con arreglo   la ley que nos ocupa, no debe ni puede ser otro mas que este, como se hace bajo el epígrafe de este título en las mas de las legislaciones extranjeras.

Tampoco hubiera estado mal que se hubiese adoptado el número 1.  del art. 1806 del proyecto de Código civil, que lo mismo que el 170 de la ley hipotecaria de Génova, previene que al mismo tiempo que se inscribe la mutacion de propiedad en favor del que la adquiera, se cancele de oficio la inscripcion del que la enajena; pues si bien dice el art. 228 que se llevará un registro para cada finca, y en él se irán correlativa y numéricamente marcando las inscripciones y cancelaciones posteriores, sin embargo no espresa si es   no obligatoria la cancelacion, y si se ha de hacer   no de oficio; antes, por el contrario, segun el art. 77, bastará la inscripcion de la transferencia del dominio para la cancelacion de la anterior, y solo podrá hacerse espresamente, segun el núm. 2.  del 19 y la generalidad del 82, si los interesados lo solicitasen; lo cual, en nuestro sentir, si no dificulta la fijeza de los derechos, enmara a cuando menos el estudio de los registros, porque habrá que ir cotejando nombres y fechas que desde luego entorpecen su conocimiento.

IV.

Despues de las esplicaciones que se dan en la Exposicion de motivos de la ley que examinamos, hemos creido que era int til todo comentario   sus disposiciones, y que solo debiamos concretarnos   ir marcando las omisiones y defectos que tuviese, en nuestro humilde sentir, y las cuestiones que de ella pudieran originarse; pero no podemos menos de salirnos del círculo que nos hemos trazado al llegar   lo dispuesto en el núm. 4.  del art. 107 por establecer una reforma importante en nuestra legislacion en favor del deudor y en desarrollo del crédito, que es la nulidad del pacto prohi-

itorio de ulteriores hipotecas que causaba la ruina de muchísimos deudores, que afectando en caso de apuro todos sus bienes para la seguridad de un préstamo insignificante, se encontraban después sin medios para ulteriores especulaciones.

El proyecto del Código civil quiso poner remedio á este mal en el art. 1803, determinando que la estipulación de no hipotecar los bienes á otro, únicamente sería válida contra el que no tuviese título legal hipotecario, si constaba con anterioridad en el Registro, lo cual era dejar vigente dicho pacto, aunque sujetándole á mayores formalidades.

El proyecto de ley hipotecaria ha sido mas lógico y mas filosófico, porque además de quitar un arma tan terrible de opresion del necesitado, ha destruido hasta la facultad de pedir la hipoteca del duplo de la cantidad, objeto del contrato que iba á garantir, y que queria darle el art. 1785 del proyecto de Código civil, decretando en el art. 12, de acuerdo con el 2132 de la ley francesa, el 117 de la de Polonia y el 2193 de la de Cerdeña, que no se considerarán garantidas por la hipoteca las inscripciones de crédito que no determinen *firmemente* las cantidades por ella aseguradas. De este modo, además de protagerse el crédito personal del deudor, que podrá garantir ulteriores obligaciones con el mayor valor de las fincas hipotecadas, no se perjudica el del acreedor, que siempre tendrá derecho por su orden al cobro de la cantidad impuesta, y que únicamente podia en su caso reclamar á pesar de que tuviese el duplo ó mas por garantía.

Una cuestion suscita el art. 113: ¿Será preferido el acreedor hipotecario por la totalidad de su crédito á los gastos y accesiones hechas por un tercer poseedor en la finca hipotecanda, ó solo tendrá opcion aquel á lo que esta valga, descontando el importe de las mejoras? Del art. 113 parece que el tercer poseedor solo tiene derecho por las accesiones al sobrante que resulte después de pagado el crédito á que estaba afecta la finca; mas esto, además de ser poco justo, porque puede suceder que no valga para pagar á ambos, y si vale es por causa de las mejoras, es hacer responsable á un tercero de una obligacion que no ha contraido y estar en contradiccion con lo dispuesto en el 112 y con lo determinado en el 64 para el acreedor refaccionario. Nosotros creemos que del mismo modo que el acreedor hipotecario no tiene derecho contra el refaccionario sino por el valor que tenia la finca antes de empezar la

obra, así tampoco le tendrá aquel contra el tercer poseedor sino por lo que valiese antes de hacer en ella las mejoras; mas en vez de haber establecido el art. 112 en *absoluto*, lo hubiéramos concretado respecto á las mejoras, á lo dispuesto para el refaccionario, bajo pena de no darle ningún privilegio y de considerarle como el primitivo dueño, según dispone el art. 2167 de la ley francesa para el tercer detentador que no llene las formalidades necesarias para la purga de la hipoteca.

La ley no habla nada de si está ó no obligado el tercer poseedor á responder de los desperfectos ó menoscabos que sufra la finca hipotecada en perjuicio de los acreedores, y solo en los arts. 150 y 151 hace mérito de esta cuestion respecto al censuario que por dolo ó culpa dejase hacer á la finca acensuada insuficiente para garantizar el pago de las pensiones. Nosotros creemos que por igual razon podrá el acreedor hipotecario, como dispone el art. 2175 del Código francés, exigir del tercer detentador los daños que sufra la finca por su culpa ó por su abandono; puesto que está obligado á conservarla como el hombre mas cuidadoso de sus cosas.

Los arts. 114 y 115 están copiados del 1602 del proyecto del Código civil aunque de una manera mas justa, porque no dan derecho contra tercero por los réditos vencidos de mas de dos años, si no han sido inscriptos con anterioridad al crédito de aquel. Sin embargo de que el espíritu de estos artículos está de acuerdo con varios de las diversas leyes de Europa, creemos que hubiera sido mas conforme al principio de la *fijeza*, y determinacion de la cantidad garantida por la hipoteca, el haber dicho que ésta no aseguraria en un crédito con interés y en perjuicio de tercero, mas que el rédito del año corriente si ha sido inscripto como previene el 145, y que los que vencen y no se paguen deberán ser anotados con anterioridad á los derechos de aquel para que le perjudique, de la manera marcada en el párrafo 2.º del art. 16; pudiendo, si la finca fuese insuficiente, pedir al acreedor constitucion de otra nueva hipoteca para garantía de su crédito, pero sin que en ningún caso perjudique, como dispone el artículo 115, al que anteriormente haya adquirido cualquier derecho sobre los bienes hipotecados.

De este modo se dará toda la *fijeza* posible á la hipoteca, y se sabrá de una manera cierta y pronta el *debe* y *ha de haber* de cualquier deudor, no habiendo tampoco necesidad de hacer gastos en la *ampliacion* de la hipoteca, porque *de derecho* estará ampliada

con las anotaciones que marca el art. 16, si se las hace extensivas á este caso, y solo tendrá el acreedor que pedir una nueva hipoteca por garantía, cuando la primera no fuere á su juicio suficiente para responder del capital principal y de la suma de los intereses líquidos y vencidos con posterioridad á su primera constitucion.

Lo mismo creemos que debe suceder para el censualista, porque no debe de haber mas hipoteca que la inscrita, si es que se quiere regularizar el crédito, y que el libro registro sea un verdadero asiento de la fortuna de cada uno; porque de otro modo siempre habrá dudas para el tercero sobre la estension de las deudas de su obligado, y para no perjudicarse dará siempre por ciertas, con perjuicio del crédito, personas del dador, las del cánon y réditos de los dos años últimos en las obligaciones hipotecarias anteriores.

Despues de los arts. 114 y 115 no puede ya suscitarse la duda que sostuvo el Sr. Avias Brime, y que nosotros combatimos en esta REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA (1), sobre si podrá ó no rescindirse por lesion en el interés el contrato de préstamo, puesto que en ellos se ha aceptado como legítimo todo rédito y no se ha querido fijar el *máximum* que rinda el capital garantido.

Los arts. 127, 128, 129 y 133, que han sido copiados del 1810 y 1811 del proyecto del Código civil, reforman de una manera importante el derecho comun y la ley de Enjuiciamiento civil, porque, segun ellos, no podrá embargarse la cosa hipotecada que se halle en poder de un tercero, sino cuando el dador principal no lo verifique en los diez dias siguientes al vencimiento del plazo, y pasen otros diez para el tercero despues del requerimiento.

Los artículos 946 y 950 de la ley de Enjuiciamiento civil disponen que si requerido de pago el dador no lo verifica *en el acto*, se procederá al embargo de sus bienes, y si algunos de ellos están hipotecados, contra estos, si el actor lo solicitase. Hoy no podria hacerse esto porque era necesario que pasasen veinte dias despues del vencimiento de la obligacion, y de todos modos diez despues del requerimiento de pago al tercer poseedor, lo cual pensamos que es un mal para un procedimiento tan corto y tan rápido como el ejecutivo, y que debia adoptarse lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento porque la hipoteca es una *accion real* que se dirige

(1) Véase el tomo XVI, pág. 238.

contra la cosa sin consideracion al poseedor, y de otro modo se dictaría en perjuicio del acreedor el pago del crédito, porque sin buscar subterfugios ni suposiciones irrealizables, puede suceder que al ir á vencer los diez dias del requerimiento del tercer poseedor, este la enajene á otro que *ignoraba* aquella circunstancia, y entonces el acreedor tendria que esperar otros diez dias; porque al último poseedor no podria obligársele á que dejase la finca sino despues de que trascurriesen ~~otro~~ diez dias desde que se le hizo el requerimiento personal, y así estaria sucesivamente esperando el acreedor hasta que no hubiese quien quisiese la finca, puesto que no tenia ningun medio para apoderarse de ella, y ni aun para rescindir el contrato de venta, porque los artículos 39 y 40 no la consideran en fraude de los acreedores sino cuando fuese á título gratuito ó le constase al adquirente el fin con que se hizo.

Aprobamos que se haya destruído el beneficio de escusion que tenia el tercer poseedor en los bienes del deudor principal, porque así se hace mas obligada la hipoteca y mas pronta la realizacion del crédito, pero debia de haberse dicho, como habia previsto el artículo 1815 del proyecto de Código civil, si pagada la deuda por aquel, se subrogaba ó no en lugar del acreedor:

La ley no dice nada sobre si podrá ó no pedir al acreedor en cualquier tiempo ampliacion de la hipoteca por no haber valido nunca el inmueble gravado el valor de que tiene que responder; y era preciso que lo hubiera hecho, porque muchas veces hemos visto en la práctica, que con el objeto de pedir prestado y aumentar su crédito personal, se han confabulado en dar á una finca, comprador y vendedor, un precio exajerado con el único objeto de darla en garantía á un acreedor incauto, y despues repartirse el fruto de sus engaños; y es preciso que la ley trate de evitar estos fraudes facilitando al acreedor medios de evitarlos.

Bien conocemos que admitida la *especialidad* y *compatibilidad* de la hipoteca, no debe señalarse ninguna causa de *ampliacion* ni de *restriccion*, mas que la marcada en el artículo 115, para los intereses devengados con posterioridad al contrato, y que no hayan sido satisfechos, porque el interés individual ha debido antes de contratar haberse cerciorado de la naturaleza de la cosa sobre que lo verificaba; mas á pesar de esto, bueno hubiera sido que la ley le ayudase, siempre que no fuese en perjuicio de tercero que hubiese inscripto su derecho.

En Suiza, y principalmente en Wurttemberg, donde el sistema hipotecario funciona, como dice M. Mittermaier, de una manera admirable y ventajosa para el crédito, se ha tratado de evitar el mal de que la finca hipotecada no valga la garantía á que vá á estar afectada, tasándose por la cámara hipotecaria; pero allí puede hacerse esto porque las municipalidades están encargadas de los registros hipotecarios, y saben por consiguiente el valor correspondiente á cada propiedad; lo cual era imposible que se hiciese en España, porque además de gastarse sumas inmensas, se necesitaba una instruccion para la que no están preparados nuestros Ayuntamientos.

Los art. 162 y 163 facultan al Juez en las hipotecas *legales* para que califique ó no la insuficiencia de los bienes ofrecidos para la constitucion de aquellas, si es que los interesados no están conformes, y permite al acreedor que en cualquier tiempo pueda reclamar por insuficiencia la ampliacion de las hipotecas inscriptas. En la hipoteca voluntaria, que no es dada por la voluntad de la ley, no puede suceder lo primero, porque es un contrato que únicamente depende del consentimiento de los interesados; y si no se avienen, la hipoteca no tiene motivo para existir; pero puede hacerse como hemos dicho lo segundo, siempre que queden á salvo los derechos de tercero, que se hallen inscriptos con anterioridad, y sin perjuicio de la *accion criminal* á que pudiera dar lugar el fraude, con arreglo al artículo 459 del Código penal.

V.

El proyecto no reconoce mas clase de hipotecas que la *voluntaria* y la *legal*, segun el art. 137, y solo hace referencia de la *judicial* como uno de los títulos que pueden *inscribirse*, y de la cual nos hemos ocupado en otro lugar, manifestando la extrañeza de que no la haya enumerado en el tít. 1.º al hablar de los documentos sujetos al Registro, y de que no haya establecido para ella la obligacion absoluta de su anotacion.

Admitido el principio de la *especialidad* y *fijeza* de la hipoteca, era indudable que no podia tener cabida la *judicial*, en el sentido jurídico de esta palabra; y por esto se vé que casi todos los pueblos que han adoptado aquellas bases para sus códigos, no hacen mencion alguna de la hipoteca judicial sino para comprenderla entre

los documentos sujetos á inscripcion, y de ningun modo como causa que la dé existencia. La Comisión ha estado sumamente filosófica y consecuentemente en esta clasificacion, y no nos hubiéramos ocupado de ella conforme á lo que nos hemos propuesto, si no hubiera sido para dar método á nuestras observaciones.

La ley, que ha sido tan prelija en la enumeracion de ciertos requisitos y circunstancias, no ha querido sin embargo, detenerse un momento como lo hizo el art. 1791 del proyecto de Código civil, de acuerdo con el de Wuttemberg, en designar los modos por los que podia constituirse la hipoteca voluntaria. El 138 al definirla dice, que es la convenida entre partes ó impuesta por disposicion del dueño de los bienes sobre que se constituye, y de aquí únicamente puede deducirse si se establece ó no lo mismo por un contrato entre vivos, que por última voluntad. Nosotros creemos, que por los términos de la definicion, el testamento y el codicilo son lo mismo que cualquier contrato, actos en que se puede imponer una hipoteca, puesto que en cualquiera de ellos puede expresarse válidamente la voluntad del dueño de los bienes que se gravan.

¿Podrá establecerse en una memoria testamentaria? El silencio de la ley y la latitud de su definicion dan margen á esta cuestion y á otras que, como las del testamento y codicilo, hemos dado por resueltas. Nosotros opinamos que en una memoria testamentaria puede dejarse establecida una hipoteca, siempre que con arreglo á derecho sea válida y reuna todas las condiciones necesarias para considerarla como parte integrante del mismo testamento.

Una cuestion se origina aquí y que no queremos pasar en silencio. ¿Podrá el Registrador inscribir una hipoteca que conste en un testamento que no esté reducido á escritura pública? El artículo 3.º dice, que para que pueda ser inscripto un título en que se constituya una hipoteca, es preciso que esté consignado en una escritura pública, por cuya razon parece que la que halle constituida en un testamento que no tenga este requisito, será de ningun valor si no se eleva á documento público. Pero aun dando este por cierto, y siendo como es la reduccion á escritura pública de un testamento un acto de jurisdiccion voluntaria, ¿quién pagará las costas que por ello se originen? Parece que debia ser aquel en cuyo favor se ha dado la hipoteca, y que además de ser el que probablemente lo pida, puede ser tambien la única causa de que se origine; pero teniendo en cuenta que la inscripcion no podia hacerse si

no se reducía el testamento á escritura pública, y que el testador al establecerla, quiso darla toda la autenticidad posible y rodearla de todas las circunstancias necesarias para su validez, porque no es de suponer que quisiese hacerla de ningun valor, es indudable que deben pagarse del cúmulo general de bienes de la testamentaria.

Estén, pues, ó no conformes los interesados en la legitimidad de un testamento, siempre tendrán que reducirle á escritura pública, si en él se transmiten ó se gravan bienes inmuebles; lo cual si bien parece demasiado oneroso para las partes, es sin embargo de grande utilidad para el crédito, porque así se dá toda la seguridad posible al derecho inscripto, y se evitan los inconvenientes que pudieran sobrevenir á un tercero por no haberse hecho la inscripcion del derecho de su antecesor en virtud de un documento de plena prueba y que no pueda ser redarguido de falso.

Por esta razon no estamos conformes con lo permitido en el artículo 141, ó con que se pueda constituir hipoteca por un tercero sin poder especial para verificarlo, aunque sea con la obligacion de ratificarse despues por el dueño de los bienes hipotecados; porque esto dará motivo á que todas las inscripciones no sean válidas y definitivas, y en el Registro no debe de haber nada que pueda ser nulo, provisional y transitorio.

Aceptado en los artículos 139 y 140 el principio de que la hipoteca no puede constituirse sino por el que está en la libre disposicion de sus bienes, ó por un apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones, no habia motivo bastante fundado para variarle de una manera tan opuesta y contradictoria. Además ¿cómo ha de hacerse la ratificacion? ¿Bastará la sola presentacion del dueño al encargado del Registro, ó será necesario que lo haga por medio de un documento público? La ley no dice nada sobre esto, y era preciso que lo manifestase para desvanecer todas las dudas que puedan ocurrir; por que no surtiendo efecto la hipoteca, sino desde la ratificacion, y no pudiendo constituirse aquella sino por un documento público, pudiera creerse que debia ser del mismo modo necesario para esta, que es la que exclusivamente la dá vida.

No se manifiesta tampoco, si puede ó no estipularse la prohibicion de enajenar la finca hipotecada como habia *indebidamente* permitido el art. 1803 del proyecto de Código civil; y era necesario que lo hubiese hecho, del mismo modo que lo verificó con el pacto

de ulteriores hipotecas. Nosotros pensamos, que asi como se ha prohibido este último, debe estarlo tambien aquel, porque sino se destruirían en su mayor parte las ventajas de semejante prohibicion y se desnaturalizaria el carácter propio de la hipoteca.

Ya nos hemos ocupado en el número anterior de la omision que ha tenido la ley en no manifestar si el tercer detentador que paga al acreedor se subroga ó no en todos sus derechos y acciones, como habian dispuesto el proyecto de Código civil y varias leyes de Europa, y entre ellas la de Wurtemberg (1) que debe tenerse siempre muy presente en esta materia.

Del mismo modo hicimos presente la necesidad de que se hubiese manifestado lo que sucederia en el caso de que la finca hipotecada se destruyese por *dolo* ó *sin culpa* del poseedor, como se habia cuidado de espresar con la *acensuada* en los artículos 150, 151 y 152.

Los artículos 153 y 154 determinan que el crédito hipotecario puede cederse ó enajenarse á un tercero en todo ó parte, siempre que se haga por *escritura pública*, se *inscriba* en el registro, y se dé parte al *deudor*, lo cual está conforme con el espíritu y tendencias de la mayor parte de las legislaciones que siguen el sistema alemán, y que no tratamos de justificar despues de lo que se dice en la *Exposicion de motivos*; pero hubiéramos querido que se hubiese indicado algo mas en este lugar para la organizacion del crédito territorial y movilizacion de nuestro suelo. Hablamos de las letras de cambio como se conocen en Alemania y en Polonia, y que no son mas que obligaciones territoriales que bajo la inscripcion de establecimientos públicos creados por el Estado, se negocian como efectos públicos bajo la garantía de la *primera hipoteca* previamente apreciada y garantida por aquellas instituciones intermediarias; y las cuales son un medio riquísimo para el desarrollo del crédito territorial, porque sin necesidad de desprenderse el propietario de sus fincas, adquiere el dinero que necesita para cultivarlas, por un premio insignificante y sin obligacion de reembolsar el capital en un dia determinado, sino que le vá amortizando por un aumento insignificante en el interés. Esta institucion intermedia entre el deudor y el acreedor es la encargada del pago de los intereses á su

(1) Artículo 120.

vencimiento, y se halla revestida de todas las facultades necesarias para su cobro, y que hace imposible toda clase de defraudacion.

Es verdad que la Comision hace mérito de estas instituciones en la *Exposicion de motivos*, y que no se atreve á decretar su organizacion por creerlas ajenas á una ley hipotecaria, mas á pesar de esto, bueno hubiera sido que al hablar de la *cesion* de la hipoteca, se hubiese indicado algo para el caso en que aquella se estableciese, como hizo el Código penal con el *consejo de familia*.

El art. 136 dice, que la hipoteca subsistirá contra tercero mientras no se cancele su inscripcion, y aquí se nos ocurre tratar del 154 que á propósito dejamos para este lugar, y por el que se establece que la accion hipotecaria se prescribe á los *veinte* años desde que pueda ejercitarse con arreglo á derecho.

Ya hemos dicho antes, que la prescripcion no debia de admitirse como medio de libertarse de una obligacion, porque ella es contra derecho; pero ya que se ha admitido, creemos que debia haberse adoptado el período de *treinta* años, como en Baviera y como disponian nuestras leyes de Toro, para que así sea menos terrible en sus efectos; y en todo caso haber determinado lo que dispuso el reglamento de Génova de 19 de noviembre de 1821, que era obligar al encargado del Registro, á que bajo su responsabilidad avisase á los acreedores tres meses antes de que pudiera tener lugar la prescripcion, y para lo que podian adoptarse las disposiciones que para el emplazamiento adoptan los artículos 228 al 252 de la ley de Enjuiciamiento civil. De este modo la renuncia presunta de un derecho, que es uno de los fundamentos en que se apoya la prescripcion, se convertiria en un desistimiento *expreso*, que siempre es mas filosófico y mas legal.

VI.

Llegamos al título mas trascendental, mas innovador y mas necesario del proyecto, que es el que trata de la abolicion de las hipotecas *tácitas* ú ocultas, y que, como decia Cieszkowsky (1), es el *delenda Cartago* del crédito territorial.

Para examinar debidamente una materia tan importante y ver si la Comision ha resuelto ó no con acierto las cuestiones que á ella

(1) Rapport fait au Congrès central d'agriculture—1847.

se refieren, es preciso alterar el orden que se sigue en el proyecto; y principiando por la hipoteca dotal, ocuparse en primer lugar de las personas que están facultadas para pedir su constitucion.

El art. 182 dice: «que la constitucion de la hipoteca dotal é inscripcion de bienes únicamente puede exigirse por la misma mujer, si estuviera casada y fuera mayor de edad; y si no hubiere contraido aun matrimonio ó fuere menor, deberán ejercer aquel derecho en su nombre el padre, la madre, el que dió la dote, ó el curador.»

Nos causa estrañeza que cuando el proyecto contiene disposiciones tan acertadas, y cuando se ha atrevido á dar un paso tan necesario como era la abolicion de la hipoteca *tácita dotal*, no haya logrado proteger mas los derechos de la mujer, y no dejarla abandonada á su inesperecia y á la coaccion del marido, que constantemente tiene que pesar sobre ella.

La mujer necesita en la ley un apoyo mas fuerte y una proteccion mas constante que la que se la dá en el proyecto contra las exigencias de su cónyuje, si es que no se la quiere dejar indefensa y desamparada en los combates de la familia. Es verdad que la mujer puede pedir á su marido seguridad para su dote; ¿pero si éste no quiere otorgársela, se dará por la ley motivo á que la lucha y la desavenencia nazcan en el seno del hogar doméstico, en el que todo debe ser paz, orden y armonía? Nosotros creemos que para evitar estos males, era mas propio que la hipoteca naciese de la ley, y no se hiciese al marido ver en su mujer un acreedor desconfiado, exigente é importuno.

Por esta razon consideramos mas filosóficos el artículo 133 de la ley de los Estados Romanos y el 2136 de la francesa, que obligan al escribano que autorice la escritura dotal á inscribirla en el registro, bajo la pena de la pérdida de sus honorarios y de considerar al marido que no lo verifica como reo de *estelionato*.

Aplicando estos principios á nuestra legislacion, y acomodando á estos casos nuestras leyes, creemos que el art. 458 del Código penal debia hacerse estensivo para el marido que no asegurase la dote en los treinta dias siguientes á su entrega, ó no inscriba, cuando deba de hacerlo, los que adquieren en los treinta dias siguientes á su adquisicion; y el 459 para el escribano que no haga inscribir la escritura dotal en que intervenga ó haga subrogar previamente por otros del marido los bienes de la mujer que se ven-

dan por su testimonio, si no presentan la informacion judicial de no poseer aquel ningunos, y de la que hablaremos mas adelante.

La hipoteca así constituida nace *ipso jure* de la ley, y no únicamente de la voluntad de la mujer; que tendrá que renunciar gustosa á ese derecho por no recibir de su marido disgustos y sinsabores.

Pero no solo la ha dejado el proyecto aislada para pedir la hipoteca en seguridad de sus bienes, sino que por los arts. 164 y 189, la ha facultado para cancelarla cuando tenga por conveniente, ó para que acceda á las exigencias de su marido, que viendo en ella la única causa de una obligacion que le grava, no perdonará medios para libertarse de ella, y hacer que se destruya lo que aquella logró acaso en un momento de cariño, ó á fuerza de perseverancia.

Mucho mejor hubiera sido haber dicho que la hipoteca no podria cancelarse mientras existiesen los bienes en el matrimonio, y que la enajenacion libre de los dotales inscriptos seria nula ó de ningun valor, si teniendo otros el marido no los hipotecaba para responder del importe de los vendidos; porque de este modo el comprador, por su propio interés, trataria de llenar aquella formalidad en beneficio de la mujer.

Es verdad que esto produciria obstáculos y dificultades algunas veces insuperables, por la imposibilidad que tendria un tercero en saber si el marido poseía ó no mas bienes; pero esto se salvaba con una informacion judicial prévia, que sostuviese los derechos del comprador, y con decretar que en caso de ocultacion, se consideraria al marido comprendido en el art. 458 del Código penal, que es por el que hemos dicho debe pensarse al que no asegure la dote en los casos prevenidos por la ley.

No nos ha dejado de causar estrañeza tambien, que cuando nuestras antiguas leyes no permitian hipotecar la dote, se consienta ahora á ambos cónyuges sin tener en consideracion si son ó no menores de edad y sin sujetarlos á las formalidades que para la venta de los bienes de aquella clase exige la ley de Enjuiciamiento civil.

Una hipoteca suele ser mas trascendental que una enajenacion y siempre puede ser un medio de sustituirla y de eludir las disposiciones que á ella se refieren, si no se trata de revestirla de iguales requisitos para su validez, porque *donde hay la misma razon, debe de existir igual disposicion de derecho*. Por esto creemos que

siendo menor de edad la mujer ó el marido no debia permitirseles *constituir, conseguir, reducir ni subrogar* la hipoteca, sino despues de una informacion prévia de utilidad y necesidad y que impusiese al Juez de la autorizase la obligacion que se le marca en el artículo 188.

La omision de la ley sobre este particular es muy estraña, porque habiendo dicho en el art. 83, que las inscripciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarian sino por providencia ejecutoria, no debia, en nuestro juicio, haber autorizado despues á la mujer por el art. 189 para estinguir la por su sola voluntad, puesto que puede suceder que una dote que se inscriba por sentencia ejecutoria se redima despues por la mujer sin este requisito. De todos modos siempre es una cuestion que la ley no resuelve y que tiene que dar lugar á distintas interpretaciones.

Ya hemos dicho en otro número, que la Comision de codificacion con una inteligencia que la enaltece, vá insensiblemente introduciendo reformas en nuestro derecho civil y resolviendo en cuantas ocasiones se la presentan, las cuestiones á que dá lugar la oscuridad y contradiccion de nuestras leyes, y ahora tenemos que añadir la resuelta por el art. 188 ó que no son válidas las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por los casados menores de edad, cuando no se han guardado las formalidades establecidas por la ley de Enjuiciamiento y lo cual defendimos en el tomo 14 de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA (1).

No es menos notable la reforma introducida en nuestro derecho por el art. 174 para la dote confesada dentro del primer año de la celebracion del matrimonio, y la cual, como dice la Exposicion de motivos, daba lugar á diversas opiniones en la práctica.

La dote confesada es declarada las mas de las veces en perjuicio de los hijos de primer matrimonio ó para privar á ascendientes de la legitima, y es preciso no darla todo el crédito necesario, porque en los mas de los casos es arrancada por los amaños y halagos de una mujer demasiado previsora y egoista; por esta razon no creemos que sea el mejor tiempo para adquirir seguridad de que la dote haya sido cierta el primer año de matrimonio, porque en esta época suele ser mas grande el influjo de la mujer, y hubiera sido mas acertado haber dicho que esta solo podrá exigir del marido

(1) Véase la pág. 420 de dicho tomo.

hipoteca para la dote confesada, cuando después de dos años de la fecha de su declaracion no haya intentado aquel la accion de *non munerata pecuniæ*; y de este modo se evitaba el peligro de que una esposa demasiado cauta abusase con sus primeras caricias de su cónyuje.

La abolicion, pues, de la hipoteca dotal es una determinacion justa y urgente, pero que tiene que irrogar, en nuestro sentir, graves perjuicios en la práctica, por lo poco protegidos que están en el proyecto los derechos de la mujer.

VII.

Los arts. 194 al 201 tratan de la hipoteca por bienes reservables, y en ellos no se hace innovacion en nuestro derecho mas que la necesaria para determinar la especialidad de ella ó la inscripcion con la *cualidad* á que los bienes pertenecen, si son inmuebles.

Para garantir mas los derechos de los hijos en los bienes reservables, hubiera sido bueno haber castigado los segundos matrimonios que no presentasen á su celebracion la certificacion correspondiente de haber constituido la oportuna hipoteca de ellos en los casos que deban hacerlo, ó una informacion de no estar obligados á verificarlo, como hizo el art. 400 del Código penal para la mujer que se casase antes de los 301 dias de la muerte de su marido.

Los segundos matrimonios son constantemente una causa de perturbacion entre los hijos del primero, y es preciso que la ley no proporcione la chispa que ha de dar lugar al incendio facilitando á los hijos reclamaciones, que aunque sean justas, alteren la tranquilidad doméstica, y hagan ver en ellos ideas de *sobrevivencia* desfavorables.

El padre es el juez de la familia, y cuando se apela de sus mandatos, se duda de su integridad y se falta á la sumision que las leyes deben proteger dificultando estos recursos y tratando de asegurar por otros medios los derechos de los hijos.

El art. 195 dice que el padre ó la madre tienen noventa dias desde que contrajeron el segundo matrimonio, para presentar al juzgado el inventario de los bienes sujetos á reserva; y de esto se deduce que no ha tenido en cuenta los bienes que hereden después cualquiera de ellos de los hijos del anterior matrimonio.

Esta omision de la ley es tanto mas estraña, cuanto que hallán-

dose divididos los jurisconsultos sobre la clase de bienes (1) que los padres están obligados á reservar por herencia de los hijos del primer matrimonio, podia haber fijado, como ha hecho en otros casos, la doctrina que la pareciese mas justa y mas razonable.

Sabido es tambien que escritores notables (2), fundándose en el derecho romano (3), han sostenido que el padre ó la madre no deben reservar los bienes que adquirieran de los hijos por sucesion *testada*, y los que provengan del cónyuge sobreviviente: y que otros mas acertados (4), apoyándose en que los padres no pueden ser privados por los hijos de las dos terceras partes de sus bienes (5), que es lo que constituye su legítima, creen que aunque sucedan por testamento, siempre tendrán que reservar esta porcion que adquieren *ex dispositione legis* (6).

El proyecto que en muchas ocasiones ha resuelto, con la mejor buena fé, cuestiones que no eran de su incumbencia, debia tambien en este caso haber dirimido las controversias que se suscitan en la práctica, y decidido cuál era la doctrina mas conforme con los buenos principios y con nuestro sistema legal.

¿Habrá querido el proyecto libertar al padre de la obligacion en que está de reservar los bienes que adquiere de los hijos? No podemos creer que haya sido este el objeto de la Comision, y su silencio únicamente podemos atribuirlo á una omision al redactar los artículos de la ley, porque si hubiese sido aquella su intencion, la hubiera manifestado espresamente y de una manera que no diera lugar á dudas.

Aplicando, pues, el precepto del art. 195 al caso que nos ocupa, creemos que el término de los noventa dias que concede la ley al padre para hipotecar los bienes reservables, deben contarse desde el fallecimiento del hijo, si se ha verificado durante el segundo matrimonio, puesto que si ha sido antes, los bienes no tie-

(1) Posadilla dice que todos, ya sean profecticios ó adventicios; mientras que Llamas, Gomez, Matienzo y otros, fundándose en la Novela 22, dicen que solo los primeros.

(2) Gomez, Matienzo y Ayora.

(3) Novela 22, cap. 46.

(4) Entre ellos Gomez de la Serna, digno individuo de la Comision del proyecto de ley hipotecaria.

(5) Ley 1.^a, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Rec.

(6) Febrero.

nen todavía aquel carácter y se hallarán comprendidos despues en las disposiciones del 194.

Para garantir en este caso los derechos de los hijos y evitar desuniones en la familia debian adoptarse las disposiciones que hemos indicado para la hipoteca dotal, y en su virtud castigar al escribano que hiciese el inventario y no le presentase en el registro, y al padre que no hipotecase ó inscribiese los bienes, con arreglo á lo dispuesto en los arts. 458 y 459 del Código penal.

Tampoco nos parece bien que se haga responsable al segundo marido de los bienes reservables que no existian en el matrimonio cuando le contrajo, y hubiera sido mejor que la obligacion de hipotecar hubiese sido solo estensiva para los que existian á su celebracion, y para los que faltasen en aquella época haber obligado á la madre con los bienes que adquiriese y que la fueran correspondiendo por su mitad de gananciales.

Es verdad que hasta la *disolucion* del matrimonio no podia saberse la parte de gananciales que correspondian á la mujer, pero podia haberse mandado hipotecar los que se adquiriesen durante el segundo matrimonio, si bien con la facultad al marido de hacer con acuerdo del juez ó de los interesados en sus respectivos casos la correspondiente *liberacion* cuando lo creyese conveniente, y prévia la presentacion del oportuno inventario. De otro modo es obligar á un tercero á responder de una deuda que no ha contraido, y dificultar los segundos matrimonios en perjuicio de la mujer.

VIII.

Aunque la *Esposicion de motivos del proyecto* será en muchos casos una interpretacion auténtica de grande utilidad en la práctica y hará desaparecer las dudas que pudiera suscitar el art. 202, sin embargo hubiera sido bueno que al ocuparse del derecho que tiene el hijo para pedir á su padre hipoteca por los bienes correspondientes á su peculio, hubiese designado su clase, ó si era ó no solo el *adventicio*; porque no especificando la naturaleza del peculio á que se refiere, y hablando de una manera tan general, podiera creerse que se habia hecho alguna innovacion en nuestro derecho y que se hallaban comprendidos tambien los que no debian estarlo por su carácter especial y constitutivo.

No necesitamos decir que segun las doctrinas que hemos es-

puesto al tratar de los bienes reservables, no nos parece aceptable de una manera absoluta el art. 204, porque es dar lugar á que se perjudique al hijo que por ser demasiado *sumiso* y *respetuoso* no se atreva á intentar esta clase de reclamaciones contra un padre *acaso* descuidado y poco solícito.

Hemos estrañado que no se haya dado en la ley mas representacion al ministerio fiscal, y que no se le haya facultado, cuando los hijos sean menores, para poder reclamar la hipoteca por bienes reservables, peculio, tutela ó curaduría en los arts. 195, 203 y 212; porque facultándosele en casos iguales por la ley de Enjuiciamiento civil para promover peticiones análogas, se establece una escepcion indebida y contraria á la unidad y concordancia de nuestra legislacion con negarles donde hemos dicho un derecho completamente semejante y tan beneficioso para los pupilos.—(*Se continuará.*)

Telesforo Gomez Rodriguez.



DE LAS GANANCIAS Y MEJORAS EN UNA SOCIEDAD INDUSTRIAL.

CONSULTAS.

I.

Cuando se constituye sociedad entre dos individuos llevando uno el capital y otro la industria, ¿son partícipes por igual, si así está estipulado en el contrato social, en las mejoras que se introduzcan en la industria como en las ganancias y pérdidas?

Indudablemente sí.

Los sócios pueden establecer en la escritura de contrato cuantas cláusulas y condiciones quieran, y deberán cumplir con ellas, y á las mismas atenerse, siempre que no sean opuestas á las leyes ó la moral.

Por esta consideracion, para conocer la parte en que es partícipe en las ganancias ó responsable en las pérdidas cada uno, debe acudirse á lo establecido en la escritura social, y en el silencio de esta, á las leyes comunes ó mercantiles, segun los casos. Lo que se dice de las ganancias, debe estenderse á las mejoras industriales,

siempre que entre unas y otras no se hayan establecido diferencias al constituir la sociedad. La mejora que se introduce en una industria aumenta el caudal comun, y es por lo tanto realmente una verdadera ganancia.

Si constituyeron, pues, sociedad dos personas pactando partir con igualdad las ganancias y las pérdidas, establecieron un pacto lícito que debe cumplirse y hacerse estensivo á las mejoras introducidas en la industria, objeto de la sociedad.

II.

Si á uno de los sócios se le ocurre introducir una mejora en la industria y presenta á su compañero parte de las herramientas para llevar á efecto su idea, y el otro no solo la acepta sino que construye por sí diferentes utensilios para realizarla, hace los primeros ensayos, y al rendir cuentas sufre la parte de gasto que le corresponde por la compra de las herramientas ¿deberá ser comun la mejora ó de uno solo; y en este caso, á cual le correspondería?

Para mí es incuestionable que un aparato ó máquina, adquirido con las circunstancias que se especifican en la pregunta, destinado á obtener un adelanto en la industria objeto de la sociedad, no pertenece á ninguno de los sócios exclusivamente, sino que debe ser considerado como un efecto comun y propio de la sociedad, salvo siempre los pactos especiales que acerca de este, como de cualquiera otro punto, pudieran haberse celebrado entre los sócios. La gestion social, y por consiguiente el comprar máquinas y utensilios para establecer una mejora industrial, corresponde á la persona á quien, segun el contrato, incumbe la direccion de la sociedad. No habiendo acerca de este particular nada espreso, debe entenderse que los sócios tienen poder reciproco para esta clase de operaciones las cuales no deberá el uno ejecutar sin consentimiento del otro. En el caso á que la consulta se concreta, repetidos hechos acreditan el comun consentimiento. Si el uno compró utensilios y propuso la idea, el otro la aceptó, completó las herramientas y montó la máquina. Y como los dos, á mayor abundamiento, costearon los gastos, los dos son dueños del espresado artefacto que compraron, completaron, montaron y destinaron para mejorar la industria que en comun ejercian. }

:

III.

Concluida la sociedad por mútuo convenio y no habiéndose acordado la pertenencia esclusiva ni colectiva de una mejora introducida en la industria durante la existencia de aquella ¿puede esta mejora ser por uno de los s6cios explotada con perjuicio de otro?

La contestacion á esta pregunta está ya dada, en rigor anteriormente; al disolverse la sociedad han debido dividirse entre las personas que la constituían todos los efectos, productos, máquinas y artefactos.

El aparato de que se trata, si no era susceptible de cómoda y útil division, ha debido adjudicarse á uno de los s6cios, otorgando al otro la oportuna compensacion. Nada de esto, sin embargo, parece que se ha hecho, y en este caso, es claro que la máquina, por medio de la cual se obtuvo la mejora industrial, no podrá ser explotada por el uno sin consentimiento del otro condueño.

IV.

Probado que la mejora introducida en la industria lo fué mientras existia la sociedad ¿podrá privársele á un s6cio que se aproveche de ella porque el otro haya sacado privilegio exclusivo sin contar con su antiguo compañero?

De ninguna manera.

Los privilegios exclusivos tienen por objeto el adelantamiento de la industria y de las artes por medio de la multiplicacion y perfeccion de máquinas, instrumentos, artefactos, aparatos, procedimientos y métodos científicos y mecánicos *no conocidos ó no aplicados en España*. De aquí se infiere que recaen sobre la manera, modo, medios y procedimientos *nuevos* de ejecutar y producir; pero no sobre los mismos procedimientos, los cuales por otros medios distintos que se introduzcan ó inventen pueden ser libremente elaborados. Ni es esta doctrina arbitraria: está consignada terminantemente en los dos primeros artículos del Real decreto de 14 de junio de 1829.

Los privilegios, como es sabido, son de invencion y de introduccion. «Será materia del privilegio de invencion—dice el artículo 5.º del Real decreto de 27 de marzo de 1826—lo que no se halle

practicado en España ni en país extranjero; y lo que no lo esté aquí, pero sí en el extranjero, lo podrá ser de introduccion.»

Ahora bien, estas palabras contestan, por sí solas, á la consulta. Si la mejora introducida en la industria de que se trata era ya practicada en España, ó por la sociedad ó por cualquier fabricante cuando se impetró el privilegio, no há debido este por nadie impetrarse, y si se ha impetrado y obtenido es notoriamente nulo, porque faltaba materia en que fundarlo.

Y esto se desprende, no solo de las terminantes prescripciones que he citado del Real decreto de 27 de marzo, sino que tambien del exámen de otros de sus artículos. El 1.º exige que los aparatos ó máquinas en todo ó en parte han de ser *nuevos ó no establecidos* del mismo modo y forma en estos reinos. El 7.º estatuye que al memorial impetrandó el privilegio acompañe entre otras cosas «un plano ó modelo con la descripcion y esplicacion del objeto, especificando cuál es el mecanismo ó proceder que se presenta como *no practicado hasta entonoes.*» Y el 13 fija los derechos del dueño de un privilegio esclusivo y los limita al *todo, ó parte que hubiera declarado ser nuevo ó no practicado en estos reinos.*

En vista de estas consideraciones y de estos testos legales, comprendeese que haya alguno que estrañe que se haya concedido á una persona un privilegio esclusivo para practicar una cosa que con autoridad otro ya ejecutaba. Mas esta estrañeza solo puede abrigarse ignorando el sistema adoptado por nuestra legislacion administrativa. Cuando se acude al Gobierno de S. M. en solicitud de Real cédula de privilegio esclusivo de invencion ó de introduccion, este no tiene en cuenta al concederle ni examina la utilidad ni la novedad del invento. Bástale el que se afirme que hay materia de privilegio; bástale que se diga que se introduce una mejora nueva en la industria para prévias diferentes formalidades, expedir la Real cédula de concesion. Si despues los hechos no resultan ciertos, si hay otros derechos adquiridos, el privilegio con la facilidad con que fué obtenido puede ser destruido por aquellos á quienes perjudica, quedando sujeto el que con poca verdad de los hechos pidió y obtuvo el privilegio á todas las resultas y consecuencias de su conducta. En corroboracion de esta doctrina puede recordarse el art. 2.º del espresado Real decreto. Para asegurar—dice—el interesado la propiedad esclusiva, se le expedirá una Real cédula de privilegio *sin previo exámen de la novedad ni de la utilidad* del objeto y sin que

la concesion de la gracia pueda mirarse en ningun caso como una *calificacion de su novedad, y utilidad*, quedando el interesado sujeto á las *resultas* con arreglo á lo que se previene en este Real decreto.

De modo, que probado que la mejora introducida en la industria lo fué durante la Sociedad, no solo no podrá privar el sócio que haya sacado privilegio esclusivo al otro sócio que se aproveche de la espresada mejora, sino que este tiene una accion indisputable para pedir y obtener la nulidad del privilegio, y aun la indemnizacion de los perjuicios que por la conducta de aquel se le sigan.

El artículo 21 dispone, que cesan los efectos de la Real cédula y queda anulado y sin valor el privilegio en cinco casos; y es el 5.º «cuando se prueba que el objeto privilegiado está en práctica en cualquiera parte del reino ó descrito en libros impresos ó en láminas, estampas, modelos, planos, ó descripciones que haya en el Real Conservatorio de Artes ó que se ejecuta, ó se halla establecido en otro país, habiéndolo presentado el interesado como nuevo y suyo propio.»

De lo espuesto resulta, pues, que desde el momento en que se justifique que la mejora industrial fué obtenida durante el tiempo de la sociedad, debe ser anulado el privilegio á que se alude en esta consulta.

La informacion y la pretension para anular la Real cédula concedida, deberá ser deducida ante el juzgado de primera instancia, que es el competente para resolver esta clase de cuestiones, como lo ha declarado el Supremo Tribunal de Justicia y la Real orden de 16 de julio de 1849.

Alejandro Groizard.

ENJUICIAMIENTO CIVIL.

CONSULTA.

¿La exclusion prescripta por el artículo 36 de la ley de Enjuiciamiento civil para que los Presidentes de Sala no diriman discordias, es tan general, tan absoluta que en ningun caso puedan ni deban ser dirimentes?

Por mas que se pueda creer fuera de duda, y poco probable el

caso de que la presente cuestion lo sea verdaderamente para los hombres dedicados al foro, es lo cierto, que conocemos opiniones encontradas, y que hay quien opina por la resolucion negativa á la consulta precedente, y de esa opinion es el que se toma la libertad de llamar hoy la atencion de los Directores de la *REVISTA* hácia ese punto, no tan claro como algunos juzgan, para que se sirvan emitir su opinion. Me concretaré á apuntar ligeramente las principales razones en que mi modo de pensar se funda.

La razon de la ley, y que el Sr. Gomez de la Serna dá en los *Motivos* de ella, para escluir á los Presidentes de Sala de dirimir una discordia, mientras haya ministros hábiles en la Sala, ó en el Tribunal, solo fué no distraer á aquellos de sus funciones, y evitar el desconcierto que podria seguirse de su falta en los puestos que ocupan. Pero cuando ni en la Sala discordante, ni en las otras haya ministros suficientes para dirimir la discordia ¿se irá á buscar fuera del Tribunal á un auxiliar ó á un juez ó abogado con preferencia á un Presidente de Sala, por entender tan absoluta la exclusion del artículo 56 y tan literalmente sus palabras? Yo creo que no. Pues en tal caso seria mayor el desconcierto que produciria esa interpretacion, se faltaria al principio cardinal de traerse la mayor práctica y esperiencia á resolver la discordia, y se podria combatir como nula la sentencia en que votara un Juez que no es de la dotacion del Tribunal, mientras en él lo hay hábil, siquiera sea presidente.—UN SUSCRITOR.

Contestacion.

Nos parece no solo fundado sino conforme con el espíritu que domina en la ley de Enjuiciamiento civil el dictámen que antecede. Refiriéndose esta á lo que ordinariamente sucede, busca en los magistrados dirimientes las mayores garantías posibles. Se separó de lo que antes venia en observancia, á saber: que á falta de los magistrados de la dotacion de la misma Sala que no hubieran concurrido á la vista y fallo del pleito en que se habia causado la discordia, entraran á dirimir los ministros mas modernos de las otras Salas alternativamente. En su lugar estableció que la discordia se decidiera por el Presidente del Tribunal, y sucesivamente por los ministros mas antiguos: la presuncion de que estos tienen mas esperiencia de juzgar hizo que fueran los designados para las cuestiones

en que hay discordia y que por regla general suelen ser las que mas dificultades ofrecen, ó bien por la complicacion de los hechos, ó bien por la incertidumbre de la ley escrita ó por las divergencias de la práctica. La exclusion de los Presidentes de Sala no tiene, no puede tener otra explicacion que la de evitar la confusion y el desconcierto, que serian de temer si con frecuencia faltaran en las Salas á cuyo frente se hallan: difícil, sino imposible, seria asignar otra razon, á no suponer que la referida exclusion se hizo imprevidamente y sin objeto, lo que no puede suponerse.

No se pensó tal vez que se presentara el caso en que no quedara ningun magistrado hábil en una Audiencia para dirimir una discordia, caso que es de creer que pocas veces tenga lugar. Sin embargo, cuando esto acaezca, ¿qué deberá hacerse? ¿Se llamará á los Presidentes de Sala, ó á los que no formando parte del Tribunal están designados para auxiliarlo cuando no está completa su dotacion para evitar retrasos en la Administracion de justicia? Nosotros opinamos que sean llamados los Presidentes de Sala. En la consulta que antecede se dan para ello razones poderosas: no creemos que en el espíritu de la ley esté, que en su silencio respecto á los que deben entrar despues de los que espresamente llama, sean preferidos los suplentes á los que son magistrados de la dotacion del Tribunal. Escluye, es verdad, á los Presidentes de Sala, pero es solo mientras existen ministros que no hayan discordado y puedan dirimir la discordia: no considera el caso de que puedan ser llamados suplentes, pero es de presumir que, á haberse propuesto á sus Redactores este caso, obrando con lógica y siguiendo el espíritu de la ley, lo hubieran resuelto sin vacilar del modo que propone el consultante, porque no puede suponerse que cuando con tan cuidadoso afan buscaban garantías de acierto, creyéndolas encontrar en la mayor experiencia, pudieran abrigar la idea de que fuera llamado un juez de primera instancia ó una persona ajena del todo tal vez al orden judicial á dirimir una discordia entre magistrados.

Los Directores de la Revista.

SECCION DOCTRINAL.

SOBRE LAS COLECCIONES LEGISLATIVAS.

Desde el último tercio del siglo XVIII empezaron entre nosotros á elevarse clamores por el caos á que habia llegado nuestro derecho escrito y por las voluminosas obras á que era necesario acudir para conocer toda nuestra legislacion. De aquí comenzaron ya los proyectos de reforma, y el espíritu codificador de los tiempos modernos encontró en ese cúmulo de tomos, en las diversas épocas en que habian sido formados, en los diferentes principios que los dominaban, en la incoherencia que tenian los unos con los otros y otros consigo mismos, en lo opuestos que eran en muchas de las disposiciones que contenian al espíritu y á la civilizacion de la época motivos poderosos para pedir enérgicamente reformas radicales y profundas, y la formacion de códigos breves, comprensivos de todo el derecho vigente, y á los que creían que se deberia que el estudio de la legislacion nacional fuera muy fácil y estuviera al alcance de todas las inteligencias medianas, sin grandes trabajos, sin asiduas tareas, sin hacerlos objeto principal de sus vigiliass. Prescindiendo del error que pudiera haber en esta patriótica creencia, no puede negarse que era una opinion nacional, como lo era tambien que la Novísima Recopilacion de leyes de España publicada en el reinado del Sr. D. Carlos IV, distaba mucho de llenar las necesidades generalmente reconocidas. Así vemos el afan con que los legisladores de Cádiz quisieron codificar, siendo digno de llamar la atencion que en el día mismo en que se propuso que se nombrara la Comision de Constitucion, se pidió tambien por un celosísimo diputado que se nombraran otras para la formacion de los códigos. Decia á este propósito en 9 de diciembre de 1810 el Sr. Espiga, iniciador del pensamiento: «Habiendo sido convocadas las Cortes generales y extraordinarias, no solo para formar la Constitucion, sino tambien para reformar nuestra legislacion; y conteniendo esta diversas partes que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislacion civil, otra para la criminal, otra para el sistema de hacienda, otra para el de comercio y otra

»para un plan de educacion é instruccion pública.» Se vé, pues, que á pesar de que la Novisima Recopilacion llevaba tan pocos años de vida era considerada por este señor diputado como lo fué tambien por las Córtes al adoptar el pensamiento del Sr. Espiga como insuficiente para llenar las necesidades de los dias mismos en que se hizo. Ni era de estrañar porque sabido es cuán lejos estaba de satisfacer la espectacion pública, y las gravísimas censuras de que fué objeto merecido. De este clamor general nació una opinion tan fuerte y arraigada que todos los partidos políticos tuvieron que rendirle homenaje; nada importaba que en 1814 y en 1823, reacciones furibundas se conjuraran contra todo lo que habian hecho sus adversarios políticos y quisieran borrarlo de la memoria de los hombres con la misma impavidez con que quisieron borrar de la série de los tiempos el que habia trascurrido sin que dominaran sus ideas: apenas empezaba á enfriarse el rencor de los ódios políticos, aparecia de nuevo la necesidad y no podia menos de ser reconocida. Así D. Fernando VII, al crear en 1819 una Comision para la formacion del Código penal, y otra para igual objeto en 1829, al encarar en 1833 un proyecto de Código civil al distinguido letrado don Manuel María Cambronero, al promover la formacion del Código de Comercio que rige actualmente, al sancionarlo en 1829, y al publicar la ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio en 1850, dió una satisfaccion á las necesidades públicas, y rindió este tributo á la opinion que por do quiera prevalecia respecto á la necesidad de presentar reunidas leyes dispersas, de hacer desaparecer muchas absurdas, especialmente en el órden criminal, que escritas en los códigos no estaban ni podian estar en observancia en los tribunales, de completar grandes vacíos en el derecho escrito, de prescribir reglas necesarias, si bien en otros tiempos no exigian la atencion del legislador; y por último, de acomodarse al estado de la civilizacion de la época en que reinaba. El mismo espíritu ha prevalecido en el reinado de Doña Isabel II: las diferentes comisiones que se han nombrado ya para la codificacion general como para determinados códigos, y la publicacion del penal y de la ley de Enjuiciamiento civil, bastan á demostrarlo.

Pero toda la legislacion no está en los cuadernos á que por convenio general se les dá el nombre de Códigos; su parte mas voluminosa no consiste en las leyes del órden civil y penal y en las que arreglan los procedimientos, sino en las que se refieren á los inte-

reses colectivos de la sociedad, establecen los principios del derecho político, los desarrollan en su aplicación práctica, arreglan los servicios públicos, establecen el modo de contribuir todos por sí mismos y con su fortuna á la defensa de la patria y á la satisfacción de las necesidades colectivas de la sociedad, dan protección á las personas y á las cosas, cuidan del dominio público, organizan la beneficencia, crean y administran todos los establecimientos de utilidad general, dan fomento á la agricultura, á la industria, á las artes y al comercio, alientan con recompensas los grandes merecimientos, ordenan los impuestos y los distribuyen, dan vida á las obras públicas sin desatender los intereses morales y perpétuos de la sociedad, como el culto religioso y la instrucción de las generaciones que vienen, y para decirlo de una vez, todas las leyes que se refieren al orden moral, político y administrativo en sus múltiples aspectos y en sus variadísimas combinaciones. Puede decirse, pues, sin temor de errar, que aunque las leyes civiles, mercantiles, penales y de procedimientos, son una muy principal parte de nuestra legislación, distan mucho de ser la mas voluminosa. A esto se agrega que las leyes y disposiciones del orden administrativo por regla general suelen ser de carácter menos permanente, lo cual hace que con mucha mayor frecuencia se reformen, y que exigen que se descienda á infinitos pormenores reglamentarios y á instrucciones del poder central para su ejecución, lo que aumenta la complicación y la estension de las compilaciones en que se publican.

Esto supuesto, veamos qué es lo que sucede entre nosotros. Tenemos la legislación administrativa repartida en diversidad de volúmenes. A veces hay que buscarla en nuestros antiguos Códigos, especialmente en el de las Partidas, en la Novísima Recopilación, en los cuadernos ó instrucciones dados para determinados ramos, como sucede, por ejemplo, con los de propios y de mesta, en las guías de Hacienda, en los Boletines de los Ministerios, en los tomos de decretos de las Cortes, en los publicados durante las dos épocas de gobierno absoluto de D. Fernando VII, en los de este reinado y en la *Colección legislativa*. Y como si esto no bastara, aun no se encuentra á veces en tan crecido número de libros lo que se busca, porque desgraciadamente ha habido tiempos en que los tomos de decretos y las colecciones especiales estaban lejos de contener todas las disposiciones que tenían carácter de general observancia: por eso hemos visto tener que acudir á las *Gacetas* y

hasta á Diarios antiguos de Madrid, en donde se ha encontrado alguna resolucion que en ninguna otra parte habia sido impresa. Ni es infrecuente que haya disposiciones de la misma clase que no han salido nunca á la luz pública y permaneciendo siempre sepultadas en un archivo y que solo son conocidas por los empleados de algunas dependencias.

Supuestos estos hechos innegables, ¿es fácil poder jactarse, despues del mas profundo estudio, de haber llegado á apurar toda la parte legislativa de una materia determinada de las muchas que corresponden al órden administrativo? Y si se apura, y si, como sucede, es muy complicada la legislacion, entonces entran otras dificultades y dudas gravisimas para saber lo que está vigente y lo que se halla derogado, porque no siempre es fácil conocerlo. De aquí nace, que si bien nuestras colecciones legislativas son un magnífico arsenal donde se encuentran armas de todos géneros y de todas épocas, parecen un caos cuando se trata de su aplicacion á la vida actual y administrativa.

Otra razon habria, y muy poderosa por cierto, para pensar en el modo de salir de semejante estado. El gran precio de tantos volúmenes los hace de difícil adquisicion aun para las personas acomodadas: el no existir ejemplares de algunos para la venta es causa de que ni aun los de mediana fortuna puedan obtenerlos con regulares condiciones; circunstancias que deben tenerse en cuenta por el Gobierno, porque interés general es que el conocimiento de las leyes y disposiciones por que se rige el país, no aparezcan como un misterio al alcance solo de los que tengan alguna fortuna.

Y ¿cuál será el remedio de este mal que demostramos? A nuestro modo de entender solo hay uno: el de hacer una ó mas compilaciones ordenadas de nuestras leyes, que, comprendiendo los distintos ramos de la Administracion, y partiendo de un buen sistema de clasificaciones, divisiones y subdivisiones, omitieran todo lo derogado esplicita ó implícitamente, dejaran á un lado todo lo inútil, y redactaran con órden, precision y claridad lo vigente. Seria sin duda difícil la obra, exigiria mucha atencion, muchos estudios y muchos conocimientos: tendria que ser confiada á personas muy capaces, pero seria secundísima en buenos resultados, produciria grandísimas ventajas, y contribuiria en primer término á regularizar la Administracion, lo que no se conseguirá por completo si-

guiendo por el camino que llevamos. Es verdad que las necesidades nuevas vendrian á exigir nuevas disposiciones; pero esto no debe ser obstáculo para la obra: apéndices hechos oportunamente podrian por mucho tiempo hacer innecesarias nuevas compilaciones; y cuando llegara el dia en que por cambios profundos sucesivos apareciera la necesidad de sustituir á las compilaciones antiguas otras nuevas, mucho se habria adelantado para que la obra saliera con la perfeccion posible en esta clase de trabajos. El Gobierno solo es el que con todas las prendas de acierto puede hacer lo que deseamos: los particulares no tienen ni los medios ni la autoridad bastante para hacerlo.

Pedro Gomez de la Serna.

ANÁLISIS DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE ACUSAR

Y DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS PENAS.

¿Son filosóficos los principios que rigen en estas materias?

El derecho de acusar á los delinquentes y de ejecutar las penas que se les imponen en virtud de una sentencia ejecutoria, ha sido siempre considerado como la primera garantía del orden social. ¿A qué objeto conduciría definir los delitos y señalar las penas, si no fuera inconcuso el derecho de acusar y el de ejecutarlas? Donde hay delitos, es forzoso que haya penas; donde hay delitos y penas, es necesario el derecho de acusar; donde hay derecho de acusar, es preciso que exista derecho de ejecutar la pena impuesta. Así lo dicen de consuno la razon y la historia del mundo; así lo ha dicho y lo dice la conciencia universal.

La sociedad es una necesidad natural del hombre: el orden es una necesidad natural de la sociedad; los delitos son un hecho constante de todas las sociedades y de todos los tiempos: los delitos, son todos un atentado mas ó menos directo, mas ó menos trascendental al orden de la sociedad: la pena es la reprobacion que esta levanta contra ellos; el derecho de acusar, es la accion de la sociedad para perseguirlos; la ejecucion de la pena es la verdadera vindicacion de la ofensa recibida. Hé aquí cómo el derecho de

acusar á los delincuentes y de ejecutar las penas que se les imponen, es un derecho encarnado en la sociedad misma, que no puede renunciar si no renuncia tambien á su propia existencia, lo que es verdaderamente imposible. Luego la sociedad no puede renunciar al derecho de acusar á los delincuentes y al de hacer efectivas las penas, por lo mismo que nadie puede renunciar su propia vida.

¿Mas podrá establecer algunas limitaciones en la forma y en el tiempo en que ha de ejercer estos derechos? Que lo ha hecho así constantemente y que lo hace tambien en nuestros dias, no cabe la menor duda; y esta es desde luego una prueba de que habrá podido hacerlo: si fuera cosa esclusiva de una época dada, podria atribuirse á error ó preocupacion; pero cuando es cosa de todos los tiempos, es preciso considerar casi imposible que la sociedad se haya equivocado: los verdaderos errores pierden su imperio al cabo de cierto tiempo: las verdades imperan soberana y eternamente, por lo menos en la conciencia de los pueblos. En efecto, por mas que la sociedad no pueda renunciar esos derechos de que venimos hablando, ha podido limitarlos hasta donde lo permite la justicia y la conveniencia pública, y los ha limitado en efecto: no otra cosa ha hecho estableciendo la prescripcion del derecho de acusar á los delincuentes y de ejecutar las penas; la prescripcion que no es mas que un medio de eximirse de las persecuciones y de la pena legal por el trascurso de cierto tiempo y el cumplimiento de las condiciones determinadas por la ley. Al admitirla no ha renunciado á esos derechos sagrados, no; se ha limitado á decir: *mi mision, conforme con mi derecho, es perseguir á todos los delincuentes y aplicar á todos la pena de que se hayan hecho dignos: pero si alguno consigue eludir mi vigilancia por cierto tiempo y cumpliendo con las condiciones que al efecto establezco, á ese, aunque llegue á tomocerle como delincuente, ó á poderle hacer sufrir la pena, ni le persigo, ni la ejecuto, sino que le perdono.* ¿Qué es, pues, la prescripcion, sino una especie de indulto ó gracia que la sociedad otorga á todos los delincuentes cuando han llegado á encontrarse en el caso por aquella definido? La sociedad, al reconocerla entre sus leyes, no renuncia al derecho de acusar y de ejecutar la pena: antes al contrario, le confirma: si no fuera así, no la establecería: la prescripcion supone que el delincuente se exime de que aquella ejercite sobre él sus derechos; pero no que renuncie á ellos: lo que hace es dispensarle, en virtud de ciertas causas, de sufrir el pro-

ceso y las penas, tributos que la ley de la sociabilidad exige de todos los hombres malos. Ahora bien; ¿la prescripcion del derecho de acusar y de las penas, es conveniente ó perjudicial?

La sociedad no acusa ni castiga á los criminales, impulsada por el espíritu de venganza. Este principio pudo imperar en otros tiempos, en otras edades en que la ciencia de la legislacion penal carecia completamente del carácter humanitario que hoy tiene y del sello filosófico de que en estos dias se halla revestida: la persecucion y represion de los hechos criminosos, no se verifica á merced de tales condiciones. La prudente combinacion de los principios de justicia, de orden social y del respeto debido á los derechos del individuo; la amalgama del individualismo y del socialismo, que ha venido á formar la escuela ecléctica, es lo que hoy sirve de norma para la acusacion y para el castigo de los hechos penados por la ley. En esta combinacion admirable, que tan saludables efectos ha producido y que ha venido á constituir la reaccion mas posible contra el exagerado individualismo del siglo XVIII, la sociedad ha podido admitir sin grave peligro la prescripcion del derecho de acusar y de las penas.

El orden público que no con todos los delitos se encuentra igualmente amenazado, no exige, no puede exigir que el delincuente que supo eludir por cierto número de años y con ciertas condiciones la vigilancia de la ley, venga en cualquier tiempo que sea aprehendido, á sufrir todo el peso de un proceso, ó todo el rigor de la pena, cuyo cumplimiento habia hasta entonces logrado evitar; la sociedad, de seguro, no recuerda al cabo de ese tiempo la comision del delito; la víctima ó sus parientes, si no le han olvidado, le han perdonado allá en lo íntimo de su conciencia, porque el trascurso del tiempo tiene el irresistible poder de destruirlo todo. ¿Quién verá con noble satisfaccion que se procese al que delinquiró hace diez, veinte ó mas años, ó que se ejecute la pena que hace ese tiempo se le impuso? ¿No parece que si la sociedad lo verifica, se venga, se ensaña con los delinquentes? En la conciencia pública hay un gran fondo de generosidad que el legislador no puede desconocer; él mismo siente como hombre toda la gravedad de su peso. Al cabo de cierto tiempo todas las acciones malas reciben la amnistía del olvido y de la consideracion. El perdon de las ofensas recibidas, es la mayor honra de las almas grandes: y si el poder público tiene la alta delegacion de castigar, bien se presume

que la sociedad que se la ha conferido consiente en que no la ejerza en tan especiales casos. La sociedad ¿no delega en el monarca el derecho de hacer gracia á los criminales? La prerogativa de indulto, ¿recae nunca en condiciones tan favorables como el derecho de prescripcion? ¿En el fondo, son ambas otra cosa, que un acto de alta piedad social? La sociedad debe dejarse arrastrar alguna vez de tan noble abnegacion con sus hijos, porque al fin, hijos suyos son los desgraciados criminales. La venganza es una planta exótica en el corazon de la paternidad.

¿Pero alcanzaria la ley al objeto que debe proponerse al castigar á los delincuentes, no admitiendo la prescripcion? Es cierto que el órden fué profundamente alterado al cometerse el delito, pero en cinco, en diez, en veinte ó mas años que ha tardado en aparecer el delincuente, se han perpetrado de seguro muchos delitos de la misma especie ó diferentes, y la sociedad ha quedado desagraviada con la persecucion y la pena; en vez de abdicar su poder ha continuado ejerciéndole; en vez de alentar la impunidad, ha demostrado que no impunemente se perpetrán los hechos criminosos.

Quando ha trascurrido cierto tiempo desde que se cometió el crimen ó se impuso la pena y el criminal ha sabido eludir la accion de la ley, el castigo pierde gran parte de sus efectos: aunque el delito sea muy grave, á penas se conserva de él un vago recuerdo en la memoria del pueblo: perseguirle entonces ó castigarle, es reproducir las desagradables impresiones, que causó en el sentimiento público su perpetracion, y entonces la acusacion y la pena, en vez de contener en sí la *moralidad*, lleva consigo cierto carácter desagradable, pues que parece que el poder público hace efectivo un resentimiento.

El derecho de acusar debe prescribirse al cabo de cierto tiempo, si se quiere huir del gran peligro de condenar á muchos inocentes. La oportunidad para probar la delincuencia, es precisamente, los momentos que siguen al acto de la ejecucion: entonces el cuerpo del delito, los efectos é instrumentos, los indicios de todo género, hasta la prueba evidente es fácil conseguir; pero cuando han trascurrido cinco, diez, veinte años, ¿dónde están los rastros, los efectos, los instrumentos del delito, los testigos que declaren? La investigacion que en ese caso hagan los tribunales, tiene que ser por necesidad embarazosa, difícil, tardía, incompleta y á veces has-

ta imposible, y sobre todo, como se ha dicho antes, muy á propósito para sacrificar la inocencia. Este mal se evita con la prescripción.

Es preciso no olvidar tampoco que la suerte de los criminales se agrava notablemente no admitiéndola. Sin ella muchas penas temporales se convierten en perpétuas y hacen á los reos víctimas de los sufrimientos hasta el último instante de su vida. Culpa suya fué ciertamente no presentarse á tiempo ó fugarse para eludir el cumplimiento de su condena; pero es culpa tal que en sí misma contiene la pena. ; Cuán pocos son los que deponen el amor á la libertad y á la vida! Por escasos que sean los requisitos que la ley exija para que se verifique la prescripción, siempre exige grandes sacrificios por parte de los criminales, que huyendo de sacrificar su libertad en un calabozo, consienten en sacrificarla de otros modos, viviendo una vida agitada, fijando la vista en todas partes, viendo constantemente las sombras de los agentes de la autoridad, viviendo bajo un seudónimo, sufriendo un destierro voluntario de su domicilio ó tal vez de su país; haciendo á caso muy difícil el sostenimiento propio y el de su familia, alarmándose constantemente, siendo víctima, en fin, de la inexorable ley del remordimiento, que impone la conciencia á todos los hombres que han delinquido.

El que quiere aprovecharse del tiempo de la prescripción, se resigna necesariamente á vivir una vida virtuosa, á consagrarse al trabajo, á adquirir los hábitos de todo buen ciudadano, porque otro nuevo delito, una falta siquiera que cometa, no se escapará de seguro al ojo vigilante de la autoridad. Esto es una consecuencia indeclinable de la misma situación del delincuente. Si á pesar de todo la sociedad le acusa y le castiga en cualquier tiempo en que sea conocido ó aprendido, esteriliza de seguro esos hábitos de virtud, y tal vez hace que el hombre que una vez entró en el buen camino, salga de él á la primera oportunidad. El arrepentimiento es uno de los objetos de las penas. Cuando sin ellas ha podido conseguirse y se ha conseguido de hecho, no ha de ser la ley tan severa que pretenda ir aun mas allá, consiguiendo acaso el objeto contrario al que se propone. Cuando el orden social y la justicia no exigen el sacrificio de un ciudadano, la ley que le consagra aun el recuerdo de algun hecho criminoso que pasó hace algun tiempo lleva escrito el odioso lema de la venganza; y las pasiones for-

man el criterio abominable de la tiranía, que en las leyes penales simboliza la supresion de la personalidad humana.

Aceptada la prescripcion del derecho de acusar y de las penas, consagrado este principio en el procedimiento y en el derecho penal, es forzoso pensar en como se organizará de modo que ni se haga imposible, ni sea tampoco un principio de perjudicial impunidad. Esta es en mi opinion la mayor dificultad que se presenta sobre tan importante institucion jurídica. Los Códigos antiguos y modernos, convienen casi unánimemente en admitir el principio, pero difieren, y algunos difieren en alto grado en el modo de desarrollarle. El principio es el beneficio de los acusados; los detalles sustituyen la garantía de la sociedad; por eso en ellos está el peligro, por eso hay que meditar tanto para desarrollarlos. Aplicar bien el principio, es aquí la tarea mas difícil y trascendental del legislador; la falta de garantías puede producir grandes males en la sociedad; el exceso puede hacer imposible ó demasiado difícil la prescripcion. Hay, pues, que admitir el principio y desarrollarle de modo que se pueda realizar en beneficio de los acusados y sin perjuicio de la sociedad. Veamos pues, cual es la doctrina mas conveniente sobre la materia y el juicio que merecen las leyes de España á ello referentes.

El beneficio de la prescripcion debe hacerse estensivo á todos los delincuentes, cualquiera que sea la transgresion que hayan cometido. Hé aquí la primera regla que en mi concepto debe figurar al frente de esta doctrina: es el principio de la igualdad, tan fecundo en trascendentales consecuencias. Ni puede ser de otro modo; admitida y reconocida la prescripcion como beneficiosa, es absolutamente necesario estender sus favores á toda clase de criminales, desde el que comete una levisima falta, hasta el que perpetra el horrible delito de parricidio ó de regicidio. La diferencia estará justificada en cuanto al mas ó el menos tiempo que se necesite para realizar la prescripcion; pero por lo demás, todos los delincuentes, cualquiera que sea su clase, deben tener capacidad para eximirse de la acusacion ó de la ejecucion de la pena, cuando hayan llenado todos los requisitos que constituyen la prescripcion. Si se hubiera de hacer escepcion sobre este punto, seria siempre contra los mas desgraciados; son los autores de esos delitos que se llaman atroces, porque la sociedad se consterna al tener noticia de su perpetracion; y si bien es cierto que en estos es mas temible la impunidad, no

lo es menos que en ellos es mas necesaria que en los leves la prescripción. El Código penal español ha adoptado este principio: según él (1) se prescriben todas las penas, sean afflictivas, correccionales ó leves.

Por analogía debe ser tambien susceptible de prescripción el derecho de acusar toda clase de delitos. Si todas las penas pueden prescribirse, ¿porqué no se ha de prescribir la acción contra toda clase de delitos? No encuentro razón ninguna que pueda justificar la diferencia entre un caso y otro.

El término de la prescripción debe ser diferente, según la mayor ó menor gravedad de los delitos y de las penas. El Código penal vigente (2) fija el término de veinte años para la prescripción de la pena de muerte y cadena perpétua; el de quince para las demás penas afflictivas; el de diez para las penas correccionales, y el de cinco para las penas leves. Reconocido, pues, el principio en el Código, solo puede ser objeto de censura en cuanto á los diversos términos que ha fijado. El término de veinte años para la prescripción de la pena de muerte y la de cadena perpétua, me parece muy bien calculado. Es cierto que los delitos á que señala esas penas, son sumamente graves, son los mas graves que se pueden perpetrar, pero tambien lo es que el trascurso de veinte años hasta para que se haya olvidado la memoria del delincuente y del delito perpetrado.

El término de quince años para todas las demás penas afflictivas, parece muy excesivo en algunos casos. Con efecto, ¿no es algo duro que se exija el mismo tiempo para prescribir las penas de reclusion, relegación y estrañamiento perpétuo, que la de prisión menor ó confinamiento menor? Presentemos un caso de los respectivos delitos á que se imponen estas penas en el Código. La tentativa para abolir ó variar en España la religion católica apostólica romana se castiga con las penas de reclusion temporal y estrañamiento perpétuo, si el culpable se hallare constituido en autoridad pública y cometiere el delito abusando de ella. Los meros ejecutores de sedición son castigados según el art. 178 con la pena de confinamiento menor. Ahora bien; compárese la gravedad respectiva de uno y otro delito, de una y otra pena, y se verá cómo es exaje-

(1) Art. 126.

(2) Art. 126.

vado el término de quince años para la prescripción de todas las penas afflictivas; las primeras son perpétuas: la mayor duración de la de confinamiento menor, puede ser de seis años; quince años para prescribir una y otra nos parece un término algo desproporcionado; aun entre las penas temporales, ¿cómo podrá compararse la de cadena con la de confinamiento menor? Ni por la gravedad de las penas, ni por la gravedad de los delitos á que estas se imponen, parece que hay justa proporción estableciendo el mismo término de quince años para prescribir todas las afflictivas, fuera de la de muerte y cadena perpétua. Sin duda que el Código hubiera andado mas acertado limitando el término de los quince años á las penas de cadena, reclusion, relegacion, estrañamiento temporales que duran de doce á veinte años, á las de presidio, prision y confinamiento mayores que duran de siete á doce años, fijando para las de inhabilitacion absoluta y especial temporales que duran de tres á ocho años, presidio, prision y confinamiento menores que duran de cuatro á seis años, el término de once, por ejemplo; porque dígase lo que se quiera, siempre se notará una desproporción muy grande entre la pena de veinte años de cadena y la de cuatro años de confinamiento; exigir quince para prescribir una y otra pena, me parece exigir demasiado. Así, pues, yo creo que podría establecerse ese nuevo término de prescripción, ó sea el de once años, para prescribir las penas afflictivas, de inhabilitacion temporal, presidio, prision y confinamiento menores.

Las penas correccionales se prescriben, segun el Código, por diez años. No puedo menos de manifestar tambien respecto de este término, que contiene en sí alguna dureza; desde el presidio correccional, que es la mas grave, hasta el arresto mayor, que es la mas leve de todas ellas, hay una diferencia bastante marcada. La duración de la pena mas grave de estas, es de siete meses á tres años; la duración de la mas leve, de uno á seis meses. Por esto fijaria el término de ocho años para prescribir las penas de presidio, prision correccionales, destierro, sujecion á la vigilancia de la autoridad y suspension; pero el término para la prescripción de la pena de arresto mayor, no le haria subir de cinco años. Y no puede decirse contra los términos que propongo, que se altera el principio de que penas de la misma clase se prescriban por distinto tiempo, porque el Código es el que empieza por relajar ese principio, estableciendo un término distinto para la prescripción de la pena

de muerte y cadena perpétua, que figuran en la clase de penas aflictivas, como figura el confinamiento menor; y si hay razón para que la pena de muerte y cadena perpétua se prescriban por más tiempo que las otras penas aflictivas, también la hay para que las más inferiores de las penas aflictivas se prescriban por menos tiempo que otras más graves, aunque estén en la misma clase.

Por fin, las penas leves que son el arresto menor y la reprobación privada se prescriben por cinco años. El arresto menor se sabe que dura de uno á quince días. Estas penas solo se aplican á las faltas, según declara el art. 6.º del Código y se vé por todas las disposiciones contenidas en el lib. 3.º del mismo. Ahora bien, ¿es racional y prudente, que penas tan leves como esas, necesitan cinco años para prescribirse? Me parece un término muy exagerado. Piénsese bien en que esas penas son tan leves como las infracciones sobre que recaen; tan leves que á los dos meses de cometidas, nadie tiene memoria de ellas; por esto creo que el mayor término que pudiera fijarse para la prescripción de ellas debiera ser el de dos años, y era muy suficiente. En mi opinión, pues, el término para la prescripción de las penas debería ser veinte años para la de muerte y cadena perpétua: 15 para las de reclusión, relegación y extrañamiento perpétuo, cadena, reclusión, relegación y extrañamiento temporales, presidio, prisión y confinamiento mayores: 11 para las de inhabilitación temporal, presidio, prisión y confinamiento menores: 8 para las de presidio y prisión correccionales, destierro y sujeción á la vigilancia de la autoridad y suspensión; 5 para la de arresto mayor, y 2 para la de arresto menor y reprobación privada, ó sean las penas leves. Creo que de esta manera, habría verdadera proporción entre la gravedad de la pena y del delito y el tiempo de la prescripción.

Importa también en alto grado, fijar el momento desde el que se empieza á contar el término para esta. Nuestro Código penal dice, que *el término de la prescripción se cuenta desde que se notifique la sentencia que cause la ejecutoria en que se imponga la pena respectiva* (1). En este punto no puede estar el Código más filosófico ni más acertado: hasta que no hay ejecutoria, no está terminado el proceso, no existe definida de una manera irre-

(1) Art. 126.

vocable la pena: la ejecutoria, pues, es el hecho necesario para comenzar á contar el tiempo de la prescripcion; la notificacion de la ejecutoria, es eso mismo para el procesado: para él no hay sentencia hasta que no se le notifique, y desde ese momento, es cuando puede comenzar á poner en accion los medios conducentes para conseguir la prescripcion: como hasta entonces no hay pena, no puede empezarse á prescribir la pena que aun no existe: se espera acaso, pero mientras no se pronuncie ejecutoria y no se notifique al reo, no existe pena ni absolucion, existe solo un procedimiento criminal contra un ciudadano, que se dice cometió un delito.

Otro de los requisitos indispensables para que se verifique la prescripcion, es que el *sentenciado durante el término de ella no haya cometido delito alguno*. Este requisito lo exige como no podia menos el Código penal de España (1). La ley otorga á los delincuentes el beneficio de la prescripcion, no para que delincan de nuevo; no para que se hagan mas perversos, mas criminales, sino para que tome asiento en su alma el arrepentimiento. Cuando durante el término marcado, cometen un nuevo delito ó una nueva falta, entonces se hacen indignos de ese beneficio; puede decirse que ellos mismos renuncian á él. Si otra doctrina se admitiese, se entronizaría la impunidad.

Pero el Código no ha resuelto una dificultad que puede presentarse en la práctica. ¿El delincuente que durante el término de la prescripcion comete otro delito, pierde solo el tiempo que habia ganado, ó se imposibilita para prescribir, cualquiera que sea el tiempo que trascurra y la conducta que guarde? La prescripcion no se verifica solo por el mero trascurso del tiempo; si solo esto se exigiese, seria infoua casi siempre; necesita otras condiciones esenciales, tan esenciales como aquella, en términos que mientras todas no se cumplen, no puede decirse que hay prescripcion. En el momento que sobreviene un accidente de los que segun la ley la interrumpen, todo lo que ha hecho el procesado para conseguirla, se reputa que no ha existido: así es que el tiempo que pasó no ha transcurrido legalmente, el procesado ha vuelto al dia en que se le notificó la sentencia ejecutoria; ¿pero podia volver á aprovechar el beneficio de la ley si de nuevo trascurre el tiempo y cumple los

(1) Art. 127.

requisitos marcados por ella? En el silencio del Código, y en la necesidad de adoptar la interpretación restrictiva, creo que sí; creo que si llena las condiciones de la ley, que antes no satisfizo, habrá prescrito la pena; muchas dificultades encontrará para conseguirlo, porque al fin el nuevo delito, habrá herido de nuevo la atención de la autoridad, pero puesto que no es imposible, si lo consigue debe concedérsele el beneficio. La ley dice que para que tenga lugar la prescripción no se ha de cometer ningún delito mientras transcurre el tiempo, pero no dice si lo puede prescribir el que ha delinquido una vez, ó el que ha cometido varios delitos; por esto yo creo que cumpliéndose todos los requisitos de la prescripción, debe otorgarse al sentenciado el beneficio de esta.

Otra dificultad surge del atento examen de nuestro Código: ¿se reputará por nuevo delito para el efecto de impedirse su prescripción, el quebrantamiento de la sentencia? En el cap. 1.º, tit. 5.º del libro 1.º del Código, se imponen penas á los sentenciados que quebranten su condena, y la imposición de pena, hace conocer desde luego que el quebrantamiento de la sentencia es un delito. En efecto, en las once reglas que contiene el art. 124 del Código, se vé que no sólo se aumentan las privaciones y sacrificios que lleva consigo una pena dada, cuando se ha quebrantado la condena, sino que se añaden nuevas penas como la de reclusión á la de relegación, la de relegación á la de extrañamiento, la prisión correccional al extrañamiento ó relegación temporal, y así en otros casos. Es cierto que no figura el quebrantamiento de la condena entre los hechos criminosos, entre los delitos y faltas, comprendidas en el lib. 2.º y 3.º del Código; pero no es esta tampoco una razón para que aquel no se repute como delito, toda vez que según el art. 1.º, es delito ó falta toda acción ú omisión voluntaria *penada por la ley*: el quebrantamiento de la condena, se halla penado por la ley, luego no cabe duda que es delito, luego no cabe duda que interrumpe la prescripción.

Pero es necesario no olvidar que en este caso no habia aun comenzado: que el sentenciado estaba cumpliendo su condena, y que por el amor que tiene todo hombre á la libertad, la quebrantó, se fugó del establecimiento penal; ¿porqué desde este momento no ha de poder comenzar la prescripción? ¿Porqué no concederle el beneficio si cumple todos los requisitos? ¿Será de peor condición el que cumplió parte de la pena, que el que la supo elu-

dir absolutamente, desde que se le notificó la ejecutoria? El Código habla además del nuevo delito que se comete durante el *tiempo de la prescripción*, no del que se perpetúa cuando esta no ha comenzado. Por esto creo que el quebrantamiento de la condena, por mas que sea un nuevo delito, no sirve para impedir la prescripción.

Sentada esta doctrina surge otra dificultad cuya resolución es también de alto interés: tal es la de saber si en el caso de quebrantamiento de condena, será necesario que trascurra el tiempo de una prescripción ó de dos. Los delitos son dos: las penas que el Código impone dos también; la que corresponde según el libro 2.º al primer delito, y la que se establece para el quebrantamiento de la condena, en las diversas reglas que contiene el art. 124: son pues, dos penas las que se tratan de eludir; mas sin embargo, como la libertad es un requisito indispensable para la prescripción, como la primera pena no podía ya prescribirse sin incurrir en la segunda, que se impone por haber adquirido la libertad, no parece racional y prudente exigir el tiempo de dos prescripciones en vez del necesario para una. Además, sería preciso que el Código hubiera establecido nuevos términos para prescribir el quebrantamiento de las condenas; porque ¿cómo exigir sino los términos prescritos, cómo exigirlos con razón y con justicia para el quebrantamiento de las condenas? El haber recobrado ilegítimamente la libertad; el haberse fugado de un establecimiento penal, ¿podría equipararse nunca al homicidio, al robo, ó cualquier otro delito, que por el que se estaba sufriendo la pena? Yo creo por estas razones, que basta que trascurra el tiempo preciso para una prescripción. De otro modo sería esta imposible muchas veces, porque no tendría el sentenciado bastante vida para prescribir.

Otra circunstancia exige el Código (1) para que se verifique aquella: tal es la de *que el sentenciado no se haya ausentado de la Península é Islas adyacentes*. Con el respeto debido á la ley, debemos manifestar que es esta una exigencia tan dura, que hace casi imposible la prescripción. Difícil es que permaneciendo en la Península é Islas adyacentes, se puede ocultar un sentenciado de las miradas de la autoridad. La policía ha tomado grande incremento; las comunicaciones van estando á la altura de los adelantos de la

(1) Art. 127.

época; el telégrafo hace casi imposible la fuga de los criminales; la imprenta denuncia los delincuentes; los pone en conocimiento del país; hace que todas las autoridades del reino lo sepan. ¿Cómo es posible que con tantos elementos contrarios pueda el penado permanecer en el país 20 ó 15 años sin que sea aprehendido? Rara vez podrá suceder; el único recurso que les queda es la fuga al extranjero; pero no lo pueden utilizar porque entonces no hay prescripción según el Código. Por esto creo que debiera suprimirse esa circunstancia, y entonces la prescripción podría verificarse algunas veces; de otro modo, serán bien raros los casos que se presenten.

El Código, como se vé, no se ocupa mas que de la prescripción de las penas: nada absolutamente dice de lo que se refiere al derecho de acusar: no era incumbencia suya, sino de la ley de procedimiento criminal. Veamos pues los precedentes que tenemos sobre esta materia. Mas bien que principios, puede decirse que tenemos disposiciones, lo que hace echar mucho de menos la ley de Enjuiciamiento criminal. El derecho romano y nuestras antiguas leyes, pecaron de sobrado casuísticas al fijar el término para la prescripción del derecho de acusar los delitos. Las leyes romanas se resentían además de desproporción en el término fijado para prescribirlos; así vemos que fijaban los términos de uno, dos, cinco y veinte años para prescribir los diversos hechos criminosos.

La legislación de Partidas contiene varias disposiciones sobre esta interesante materia. Según ella, los delitos de falsedad pueden acusarse durante el término de veinte años y no mas (1); el adulterio, el estupro y el sacrilegio por el de cinco años, ó de treinta, si fué ejecutado por fuerza. El delito de injurias se prescribe por el trascurso de un año (2). Finalmente, según estas leyes, la prescripción de los delitos empieza á contarse desde el día en que se cometieron (3).

Es notable una ley del Fuero Juzgo (4), que fija el término de treinta años para prescribir todos los delitos: *Omnes causæ seu bonæ sive malæ, aut etiam criminales, quæ infra triginta annos definitæ non fuerint, nullo modo repetantur*. Este término, sobre ser de suyo demasiado largo, tiene el gran defecto de ser aplicable á la

(1) Ley 5, tít. 7, Part. 7.

(2) Leyes 3 y 4, tít. 17, Part. 7.

(3) Ley 2, tít. 18, Part. 7. Ley 22, tít. 9, Part. 7.

(4) Ley 3, tít. 2, lib. 10.

prescripcion de toda clase de delitos, y por consiguiente no puede aceptarse, hoy que el término mayor para la prescripcion de las penas, es el de veinte años. Esto es bastante para comprender hasta qué punto necesita reformarse nuestro procedimiento penal sobre esta materia. Los términos establecidos en las antiguas leyes, para la prescripcion del derecho de acusar, es indudable que no pueden aplicarse hoy, porque no corresponden á los establecidos por el Código para la aplicacion de las penas; mas es lo cierto que para establecerla habrá que seguir las mismas reglas que hemos indicado al tratar de las prescripciones de las penas.

Pudiéramos estender mucho mas este artículo, pero creemos que lo dicho es suficiente para conocer los principios fundamentales del derecho de prescripcion en materia penal; las dificultades que puede producir el Código sobre este punto y el juicio que merece á nuestros ojos el derecho vigente.

Cayetano Poblacion y Fernandez.

DEL FEUDALISMO

Y

DE LOS SEÑORÍOS TERRITORIALES EN ARAGON (1).

ARTÍCULO 9.º

Examinado ya el feudalismo aragonés á la luz de su régimen foral, que es la única manera legítima de traer á exámen tan importante institucion, poco pueden dañar á mi propósito los actos abusivos que en contra puedan citarse, y que son el punto de apoyo de los instintos señoriales. Si tan bastardo modo de combatir las instituciones de un pueblo prevaleciese, y si los casos de excepcion alcanzasen á destruir la regla comun, ¿qué verdad histórica-legal quedaria en pié en los anales de ninguna país contra los desmanes y desafueros que por debilidad de unos, y por falta de

(1). Véase la pág. 14 del tomo XVI.

energía y diligencia en los demás, consiguieron eludir la sancion penal de las leyes?

Igual sería esta contradicción entre el hecho y el derecho, á la que, dentro de algunos siglos, se acotase, para probar, que en este nuestro, no habia existido en España régimen alguno constitucional, porque se citasen algunos casos en que se ha faltado abiertamente á las leyes y al buen concierto de los poderes públicos.

Contra las unas y contra los otros han pecado muchas veces, el ejecutivo con demasías, y el judicial con bien lastimosas debilidades; pero atribúyase esto á no haberse exigido la responsabilidad ministerial en tan graves casos por los representantes del país, y á la falta de independencia de la magistratura española, que no supo ó no quiso desnudarse de su toga antes que consentir su mancillamiento. Mas por esto, nunca podrá decirse con razon que las instituciones que nos rigen, den á la Corona la prerogativa de cobrar contribuciones no votadas por las Cortes ó de atentar á la seguridad individual; ni que el poder militar haya sacado la autorizacion de los estados de sitio y demás excepcionales, de las leyes constitutivas, ni aun de las ordenanzas del ejército, dictadas bajo el antiguo régimen absoluto.

En Aragon, contra los abusos señoriales en los feudos de honor, existian los recursos privilegiados ante el Justiciazgo, y en los señoríos de *Potestad absoluta*, la insurreccion armada, que si bien se abolió bajo Pedro IV, aun se conservaba en vigor para estos casos en el último período de su monarquía.

Por mucho tiempo, y hasta las Cortes de Zaragoza de 1442, y las de Monzon de 1586, no se habian impuesto penas especiales á los vasallos que se inasurreccionasen en contra de sus señores, sino que vino tolerado por la práctica el recurso de que habian echado mano los *colati tendelli* para redimir su vejámen, y de vasallos *servitutis* convertirse en colonos adscriptos de contrato. Aun en el último suero que de esto trata, hay indicios bastantes para combatir la *Potestad absoluta señorial* que se quiere sostener, toda vez que vedando á los señores el que se tomasen por su mano la justicia, obligábanlos á llevar sus quejas ante los tribunales ordinarios.

No espero se tome acta de esta indicacion para fulminar nuevas censuras contra el régimen aragonés, porque en este punto de las guerras particulares, se dejase llevar del espíritu de su época, tan generalizado en toda Europa. Desde un principio trataron nuestros

fueros de restringir tan absurdo sistema, que aun cuando por corto espacio, volvió á usarse por las Universidades para abolirse de nuevo por dos actos de Córtes. Sin embargo, aun abolida esta vindicta particular, que tan arraigada habia estado en el ánimo de aquellas gentes, no es de estrañar que los hábitos y costumbres creadas á su apoyo, viviesen y dieran muestra de sí durante algunos tiempos, despues de su abolicion.

Habia en nuestro reino un motivo mas que en otros para que su derecho público se resintiese de estos resabios y alardes de fuerza; porque el recurso de la insurreccion popular se conoció como foral hasta Pedro IV; y en la lucha contra los abusos y usurpaciones señoriales, no solo venía de muy antiguo, sino que se autorizaba de suyo con el origen ilegal de los señoríos.

De terribles escenas fué teatro el condado de Ribagorza, punto donde, segun nuestros fueros, se arraigó mas que en ningun otro del reino el espíritu feudal, y de donde pasó á contagiar los pueblos comarcanos: y la sangre en que se empapó su suelo, y la horrible carnicería en que se cebaron unos y otros contendientes, son una protesta contra la legalidad de las *dominicaturas feudales* y de la violencia con que se ejercitaban. Causados de luchar y reluchar en vano, hubieron aquellos condes de llamar en su auxilio al poder del Monarca, quien á la postre incorporó el feudo á los Estados de su corona, viviendo desde entonces á la jurisdiccion real.

Si como prueba del feudalismo aragonés se nos citase este ejemplo, no mereceria desaprovecharse la ocasion de torcer el argumento, devolviéndolo, muy ventajosamente para nosotros, contra nuestros adversarios. De lamentar es, que ni al apoyo del espíritu del siglo, ni por la necesidad de combatir con la fuerza los desafueros señoriales, que solo por la fuerza se sustentaban, se legitimase este derecho de *guerrear*, remitiendo á la suerte de las armas el fallo de la justicia.

No es mi ánimo disimular este defecto de nuestras instituciones: que algunos otros caen bajo mi censura, aunque tenga para mí, que su escelencia política sea sostenible en general sobre las que modernamente se han iniciado en Europa bajo bien miserables resultados.

Pero si los lamentables conflictos de Ribagorza en sus asonamientos contra sus señores prueban la existencia de su poder feudal, ¿qué no probarán contra la legitimidad de sus señores etc

perpétuo é incesante desasosiego, ese perenne batallar entre vasallos y señores, que terminó por la intervencion del Monarca en tales lides, y su incorporacion á la Corona, que tan apaciguados dejó á unos y otros? ¿Cómo, si tan legítimo era su derecho, no acertaron á sostenerse en él con el apoyo del Monarca? ¿Cómo siendo tan sediciosas las pretensiones de aquellos vasallos, se concluyó por darles la razon, devolviéndoles su condicion de realengo? ¿Es que Ribagorza se impuso al reino todo, y á guisa de conquistador le dió las leyes de su apaciguamiento?

No: fué que no se compadecian con la índole foral las instituciones señoriales; y que contra la legalidad constitutiva del país, los abusos, por muy poderosos que ellos sean, suelen flaquear mas ó menos tarde por su base, hasta venir á tierra al embate de las continuas contradicciones que su repugnancia suscita de continuo.

Podrá la prepotencia, en fuerza de una robusta organizacion, y de un arraigo de muchos años, prevalecer por algun tiempo contra las constituciones mismas; pero el juego y continuo roce de estas las traerán de desmedro en desmedro hasta su aniquilamiento. Por eso no alcanzó muchos años la máquina feudal, que importada de estrañas tierras, funcionó en las comarcas de Ribagorza; pero por eso tambien los continuos choques en que incesantemente andaba, con las ruedas, con el artificio foral del país, la trajeron al término de su ruina.

¿Quién negará hoy que el poder militar, creado para defender las nacionalidades de los pueblos de Europa, es á las veces el gran punto de apoyo de las demasías del poder en los países constitucionales? ¿Y quién duda tampoco que el juego perpétuo é incesante de las instituciones que alcancen no mas que á sostenerse en pié, contra esas tendencias invasoras, dará al traste con ellas con el acom-pasado ejercicio de los derechos constitucionales?

Empero dejando á un lado estas reflexiones, y viniendo ya al resumen de lo espuesto sobre el feudalismo aragonés para dar cabo y término á este asunto, conviene recordar que el carácter esencial de dicho sistema era la *adsriptio glebe* de los germanos, tan parecida á la esclavitud romana, como que consolidaba al vasallo con el feudo, dejando de ser persona para convertirse en objeto comerciable, y seguir todas las vicisitudes del dominio alodial de las tierras á que venia adherido.

- Señoríos semejables á estos, se conocieron en nuestro reino.

aunque no pueden comprenderse bajo la frase de *feudos de potestad absoluta*, ni menos equipararse en la manera de ejercerla. En este punto el señorío absoluto antiforal de nuestro reino tenía mas del *ius vite ac necis* bizantino, que del germánico donde *verberare servum ac vinculis et opere coercere rarum: Occidere non disciplina ac severitate, sed impetu et ira, ut minimum, nisi quod impune.*

Ignórase el verdadero origen entre nosotros de esta clase de vasallaje, nunca ó muy raramente usado al decir de Calisto Ramirez, quien supone que tenía su raiz en las leyes de conquista sobre los sarracenos, cuyos cuerpos pertenecían, como antes, se ha indicado, á los monarcas.

De aquí el suponer que pasó esta condicion á algunos señorios, consignándola en sus cartas-pueblas, consentidas por colonos que, bajo tan dura servidumbre, se sometían á poblar las tierras que tomaban en cultivo. Lo cierto es, que en los feudos de Honor, que son los únicos que reconoce como propios nuestro sistema foral, y donde los señores de vasallos ejercían jurisdiccion con arreglo á los fueros, nunca se conocieron semejantes dominicaturas de absoluta potestad.

La primera vez que se trató la cuestion feudal en nuestro reino, fué (como repetidamente se ha indicado) en Cortes celebradas bajo Pedro IV, donde algunos ricos-hombres hubieron de reclamar contra la inhibicion que espidió dicho monarca al señor de Ananigo sobre el esproso de su potestad señorial. Allí hubo el monarca de luchar, al apoyo de las doctrinas forales, contra los abusos y usurpaciones que los ricos-hombres venian autorizando en el reino, y allí sucumbió, sin embargo, en su justa demanda, siendo este el primer paso de ventaja con que comprendió su camino el espíritu feudal en el territorio aragonés.

Empero semejante corruptela, no pudo estenderse ni profundizar sus raíces en la legislacion aragonesa, que lo habia sido adversa desde un principio, y que continuó siéndolo hasta los tiempos de nuestra degradacion política. El Fuero de Ripacurtia habia anatematizado los señorios feudales, indicando el origen bastardo de esta novedad en nuestro reino, tomando las disposiciones necesarias para impedir su propagacion, y desafortando á los pueblos que se hubiesen sometido á su régimen.

Sobre el mismo espíritu antifeudal se basaron el Privilegio general, y todas sus declaraciones que se elevaron á verdaderos fac-

ros; y mal camino de medrar llevaba el feudalismo, cuando tan solemnemente se declaraba imposible el mero y mixto imperio, y se restringía tan angustiosamente el poder real, origen y raiz de todos los señorios jurisdiccionales.

Largo silencio guarda desde entonces nuestra legislacion sobre este punto, hasta que recopiladas las observancias del reino, se formó con ellas el código supletorio de nuestro régimen foral. Allí se consignó la costumbre como doctrina legal, y se vió declarado por primera vez, que existia en el reino la de que los señores de vasallos *servitutis*, esto es, de *signo servitio* tenían la *potestad absoluta de tratar bien y mal á sus ascriptos* pudiendo darles muerte por *sed y hambre* sin forma de proceso y fuera de toda fórmula jurisdiccional.

Esto no era mas que confirmar la existencia de los pueblos desahorados de que habia hecho mérito el *Fuero de Ripacurtia*: pero las mismas observancias que repitieron este recuerdo añadieron en seguida, que los *collati tendelli*, es decir, los colonos enfeudados en las tierras señoriales, que eran los verdaderos vasallos *servitutis* habían dejado de existir en el reino desde muy antiguo, porque puestos en armas contra sus señores cambiaran su condicion por la de *vasallos de parada*, que tanto montaba como *colonos de contrato*.

Y no se crea que la observancia de *consuetudine regni* que tan efímera existencia alcanzara en nuestra legislacion, consiguió que prevaleciera su espíritu por mucho ni poco tiempo entre las doctrinas de nuestros jurisconsultos. Uno de los mas autorizados entre ellos, y de los más aleccionados tambien en la escuela absolutista de sus tiempos, el célebre Calisto Ramirez, en su tratado de *Lege regia*, no solo la combate, declarando que semejante *observancia*, no pasó nunca de una *mera fórmula* en su sentido legal, sino manifestando la aversion del reino todo á su doctrina, con la acerba frase de que la tenía por un engendro ó aborto del infierno.

Quede esto consignado, aunque no importe mucho para la existencia legal del feudalismo en Aragon; y aunque nada se quiera deducir de ello, contra las usurpaciones y abusos, que los señores jurisdiccionales cometieran, al apoyo de tan combatida observancia, y por imitacion y mal ejemplo de esos pueblos desahorados, que en mas ó menos número existieran en nuestro reino.

De todos estos antecedentes se desprende lo que anteriormente

tengo indicado, y es, que en Aragon, se conocieron dos clases de señoríos, de potestad absoluta los unos, y de índole jurisdiccional los otros: que los primeros existieron de hecho, como una escepcion foral, pero nunca de derecho al apoyo de sus leyes: y que los pueblos sometidos á este régimen feudal por su voluntad ó su ignorancia, estaban fuera de la ley, sin constituir parte de la integridad constitucional del reino, al paso que los pueblos, dudosos en honor, vivian á los fueros de él, reconociendo la jurisdiccion real, que por merced y delegacion del monarca ejercian sus señores.

No son fáciles de combatir ni la verdad histórica de estos hechos ni la legalidad de estas doctrinas. El sistema de ataque que contra una y otra se adopte, habrá de fundarse necesariamente, no en leyes, sino en actos ilegales: y la existencia de los abusos (por muy estensa que sea la serie de ellos), no probará nunca su legitimidad.

No prevalecen siempre la razon y la justicia sobre las maquinaciones de la iniquidad y de la fuerza; y en el sistema de aducir hechos abusivos contra la existencia incuestionable del derecho que los condena y proscribete, podrá sufrir quiebras el principio de autoridad en las naciones donde esto acontezca, pero no el espíritu de su legislacion, que es lo que aquí tratamos de examinar.

Y con esto ¿se querrá acaso sostener que en Aragon no tenía el poder público los medios necesarios para hacer que se respetasen las leyes? ¿Querráse suponer, que el absolutismo tanto político como feudal, halló en su carrera menos tropiezos que en ninguno de los pueblos, entonces conocidos, y que por esta razon la institucion monárquica como la señorial alcanzaron mas medros que en los demás de Europa?

Contra este tan desatentado empeño no opondria mas contestacion que la reseña de nuestras instituciones, tal cual la llevo indicada, dispuesto como me hallo á sostener su exactitud y verdad contra todo linaje de censuras é impugnaciones. Citar los desafueros de la edad media, y traer como prueba de su legalidad la ninguna correccion ni castigo de muchos de ellos, ni se compadece con la buena lógica, ni aplicada esta en igual forma á los hechos y casos abusivos de mas modernas civilizaciones dejarian de dar idéntico resultado.

¿Cuántos ejemplos de esta índole necesitan los que por este ca-

¿quieren impugnar, para constituir plena probanza contra el estado social y político de nuestra época? ¿Cuántos casos de impunidad, bastarán en su concepto para probar la inexistencia ó completo olvido de una ley, de estas que mas explicitamente consignadas se hallan en nuestros Códigos, y que mas caracterizan el espíritu y tendencias de nuestras instituciones?

Por muy numeroso que sea el catálogo de los abusos y demasías que para ello se me exija, seguro estoy de completarlo á toda mi ventaja, y de probar con su exhibicion, que en el siglo XIX en que vivimos, y al amparo de los sistemas constitucionales que rijen en varios pueblos de Europa, ni se conoce la responsabilidad de los funcionarios públicos, ni la division de los poderes políticos, ni ninguna de las prerogativas parlamentarias que constituyen el carácter esencial de las cámaras legislativas. Porque si contra esto se opusiesen casos efectivos de esta responsabilidad, y actos parlamentarios que justifiquen el ejercicio de dichas prerogativas, tambien yo citaré casos idénticos que prueben mi teoria foral, contra los de escepcion ó inobservancia, que con menoscabo de ella se aleguen, en este punto de los señorios dominicales. Y algunos podria esponer en que, aun dentro de los feudos de *potestad absoluta*, en que tan omnimoda dominatura concedo yo á los señores de vasallos, tuvieron lugar los recursos forales contra sus desafortunadas pretensiones.

El condado de Bibagorra fué el tipo feudal mas acabado de nuestro reino, la muestra mas completa del poder señorial, y sin embargo casos hubo, en que sus señores echaron mano de los remedios forales ante la corte del Justicia, para hacer buenas sus pretensiones, y otros en que su Castellano de Amposta, acudió en queja contra sus vasallos á las Cortes del reino, recibiendo por toda satisfacion que dedujera su derecho ante los Tribunales (esto aconteció en 1598.)

Mas justo, mas conforme al espíritu y tendencias caracteristicas de aquellas épocas, seria sostener, que no por falta de leyes, ni por descuido ó flaqueza de los poderes públicos, encargados de su observancia, sino por negligencia en el uso de los remedios forales, destinados á reparar los agravios, solian nacer y perpetuarse los abusos contrarios á nuestro régimen foral.

No dejó de adolecer nuestra legislacion de los vicios, que en su época convertian en cuestiones de dominio privado, los mas gran-

dés intereses del derecho público, y en que los agravios de todo género se remitian, no á la decisi6n del fero, sino al fallo de un arbitrazgo, cuando no á la fuerza y asates de un combate por armas. De aquí, las concordias y avenencias en que la ignorancia sucumbia ante el amaño y la seuercia, y la debilidad ante la prepotencia, sobre los mas importantes derechos; y en contra del mas genuino y esplicito dictámen de los fueros y prácticas del reino. De aquí las insurrecciones de vasallos contra señores: las luchas de pueblo á pueblo, y de familia á familia: y la decisi6n por armas de lo que solo debia decidirse por la justicia.

Vicio era este, no de su legislacion, sino de su época, y del que, prevaleciendo entonces en toda Europa, no consiguió libertarse el pueblo aragonés.

Ya hemos visto como bajo el predominio de esta influencia no se consideraba de derecho público la sancion penal de los delitos, sino que se dejaba á la accion del interés privado; y como al amparo de este error de considerar agravios personales el robo y el asesinato, creyeron aquellas gentes que, amenguando la accion fiscal, y reduciéndola á los mas estrechos límites, dábase mayor desahogo á las libertades públicas; y se ponian en mas apretado trance los desapoderamientos de los oficios reales.

El desuso, pues, de muchas de las leyes de aquel reino en este punto importante de los señoríos, los grandes absurdos que contra su espíritu y contra su letra y con agravio de las franquicias populares se ven sancionándose en algunas concordias y avenencias entre señores y vasallos, y sobre todo las graves usurpaciones de los primeros, sostenidas sobre el silencio ó aquiescencia de los segundos, hasta revestirse del carácter de inmemoriales, debidos fueron á la negligencia con que los agraviados, renunciaban (por decirlo así,) su derecho, esquivando el ejercicio de los recursos judiciales. Fácil fuera estenderme sobre este punto, hasta probar, que no obstante los riesgos que corren la ignorancia y el desvalimiento bajo este sistema, en que el interés privado se sustituye al ejercicio de la ley y de los Tribunales, en las declaraciones de sus derechos, no puede presentarse como mucho mejor el que todo lo somete á la decisi6n de los poderes públicos.

Pero dejando á un lado esta cuestion de la inobservancia de los fueros, último recurso de sus adversarios, en esta materia del feudalismo, diré que constituirían dos clases los señoríos de

nabstie reino, los de Potestad absoluta y los jurisdiccionales.

.. Eran los primeros una institucion estraforal, de cuyo origen nadie tiene noticia cierta, y con tanta repugnancia mirados por todo el reino, que sus Cortes (desde el brazo de los ricos-hombres, que siempre asiento) declararon fuerza de la ley á los pueblos que á tal régimen se sometieron. Terrible condenacion en un país donde no se concebía la existencia política, ni aun material, sino la de las franquezas populares; y donde hasta las piedras se levantaban (según espresion gráfica de nuestros mayores) al grito de libertad!

.. El primer aviso que de esta clase de señorios aparece en nuestra historia; fué en el reinado del Ceremonioso, cuando el greuge del señor de Anzaxigo; pero poco despues, en las Cortes ya de Zaragoza (1500), se ocupó formalmente el reino de los progresos que en el condado de Ribagorza iba haciendo esta institucion, importada de la Marca Hispana. La actitud del Parlamento en esta ocasion fué por demás resuelta; y no solo no contemporizó como anteriormente con tan repugnantes abusos, sino que señalando el origen vicioso de donde provenían, y la manera con que á guisa de ladron nocturno habianse introducido en nuestro territorio, cortó su puerta para en adelante, impidiendo su progreso y declarando, no peblades á los fueros del reino; los vecindarios que á tal régimen se hubiesen sometido.

.. Mas radical fuera la reforma de estos abusos, si se hubieran abolido y proscrito, en vez de haberlos anatematizado; pero debe advertirse que en Aragón, la facultad de disponer de sus cosas y tambien de sus personas; era en todos sus regnicolas tan omnimoda como absoluta; y que bajo este punto de vista, si los fueros no daban su sancion á este linaje de contratos, tampoco podian anularlos. Fuera de esto hicieron las Cortes de aquel reino cuanto les era debido y toda vez que desamaron á los pueblos que tan mal uso habian hecho de su libertad.

.. Así continuó la cuestion feudal, hasta la recopilacion de las observaciones bajo Alonso V: y en este Código supletivo, porque ni tuvo, ni pudo nunca tener otro carácter, se volvió á tratar de los señorios de potestad absoluta, no para sancionarlos ni legalizar el dominio señorial de los señores de vasallos, sino consiguiendo el hecho de que por costumbre del reino, los nobles y ricos-hombres, venian ejerciendo en sus vasallos la servidumbre la potestad de tratarlos bien y mal *pro libito voluntatis*, hasta darlos muerte por hambre y

sed, sin forma alguna de juicio, ni otra manera de procedimiento jurisdiccional. Pero nótese, que casi, á renglón seguido, se afirma en la misma serie, ó capítulo, que contiene esta *observancia*, que tal clase de vasallos, conocidos con el nombre de *collazos* ó *collati tendelli*, habian desaparecido de mucho antes, porque desde muy antiguo habíanse insurreccionado contra los señores, por fuerza de armas, y modificado grandemente su situación, convirtiéndose en *vasallos de parada*; es decir, en colones de contrato.

No hay que repetir lo que sobre este extremo tengo indicado ya anteriormente: pero si conviene conseguir porque es inconcuso, que esta clase de vasallaje tenía su raíz, no en fuero alguno del reino, sino en contratos particulares, entre señores y vasallos, y que donde los primeros no presentan las cartas-pueblas, en que se haya consignado tal género de avasallamiento, allí debe calificarse de abusiva é ilegal esta dominisatura, porque las costumbres (por mas que lo contrario hayan declarado los jurisconsultos de la escuela austriaca), no podian legitimar una condicion, anatematizada por los fueros, y que solo, sobre la libre voluntad de los que así se avasallasen, podia sustentarse.

Pero aun en caso contrario, era insostenible la potestad absoluta de los señores, contra la voluntad de los vasallos á ella cometidos. Se han indicado ya las muchas maneras que, para libertarse de su servidumbre, concedian nuestros fueros á esta clase de colones adscripticios. Podian conseguírle, en toda ocasion, perdición del dominio útil de sus bienes, y sin la pérdida de estos, en los varios casos, que aquellos consignaban, siendo el mas singular, como mas á la mano, el de avecindarse en la ciudad de Zaragoza.

Pero sea de esto lo que se quiera, y calificándose como mas plazca á nuestros adversarios esta manera de esclavitud, que fuera de su régimen feral se conoció en nuestro reino, ¿fueron acaso muchos en número los pueblos sometidos á este régimen excepcional? Del Molino, dice, que solo eran dos en nuestro reino: que no habia conocido mas que Berbegal y Ariza: y que lo mismo habia oido decir á sus mayores. No tendria inconveniente en estender algo mas este número; pero de seguro se puede afirmar que ninguno de los señores de vasallos que hayan llegado á nuestro siglo, presentará el título de su propiedad *aldial* en el territorio de su señorío, ni la carta-puebla tampoco, en que se contratara tal linaje de dominisatura. Todos sin excepcion, exhibirán cuando mas la carta de gra-

ciencia que el Monarca les hiciera merced de sus tierras en feudo de honor, porque los reyes de Aragon, solo podian donarlas en esta forma, denegándoles el ejercicio de la real jurisdiccion. Donde esta existia, donde esta haya existido, no podia ni ha podido existir la potestad absoluta, porque le era incompatible, y hé aqui la manera mas segura y menos controvertible de conocer la índole dominical á que hayan pertenecido en nuestro reino los pueblos de señorío.

No hay uno solo, de los conocidos, en que los señores de vasallos no hayan ejercido jurisdiccion, y donde haya por consiguiente radicado el verdadero feudalismo. Déjese este, si se quiere, para las *dominicaturas* de potestad absoluta, que sin leyes que modificaran su ejercicio, y sin género alguno de proteccion para los vasallos, que á tan absurdo régimen se sometian, formaban, por decirlo así, un estado dentro de otro estado, ó mejor dicho, una ranchería de siervos ó una mesnada de esclavos dentro de una nacion libre. Pero entiéndase que esta situacion escepcional no tenia otro asiento que el de la fuerza ó el de la aquiescencia de los vasallos que á ella se sometian: que esta fuerza del señor podia combatirse por la fuerza del vasallo: y que el sometimiento de este de tal manera dependia de su voluntad, que á tener la de sacudir su yugo señorial, sobrabanle medios para hurtarse al señorío feudal.

Acaso se me responda que la abolicion del derecho de guerrear entre vasallos y señores sobre cuestiones dominicales, debió preceder á la de los privilegios que para dirimir sus controversias, por la vía de las armas, tenian tambien las Universidades, y que la de estas tuvo lugar por los actos de Corte de 1338 y 1427, y que por consiguiente desde esta época, cuando menos, no debieron quedarles á los vasallos de señorío particular mas que los medios forales de sacudir su jurisdiccion, manteniéndose en el dominio útil de las tierras que poseian.

Ni hallo inconveniente en aceptar este dictámen, ni una vez aceptado, puede agravarse la condicion de su vasallaje, toda vez que aun en este caso éralen tan fácil salir de él, segun se ha indicado anteriormente. Y convengo, además, en que abolido el derecho de guerrear, habria de ser grave la pena de los que echasen mano del antiguo derecho de insurreccion, y que acaso se castigaria desde un principio este delito con la capital, que posteriormente se vé establecida. Pero del mismo rigor con que se procediera en

este punto, y de la potestad jurisdiccional á que correspondía la aplicación de esta pena, pueda sin violencia sacarse argumentos en contra de los señores de potestad absoluta.

Claro está que de la forma con que se castigaba este delito de insurrección (tolerado antes, ya que no sancionado, por nuestras leyes) pueda y debe deducirse que el designio del legislador fué el de proteger los intereses feudales contra los vasallos que intentasen desconocer la jurisdicción ó potestad de sus señores, y que bajo este punto de vista intentasen el rey y el reino favorecer más bien que menoscabar los derechos señoriales.

Pues bien: de esta misma protección, así dispensada entonces á los señores contra sus vasallos; se desprende que los señores de potestad absoluta, no solo no eran reconocidos por nuestras leyes, no solo no existían de derecho en nuestro reino, sino que de hecho habian desaparecido ya en nuestra época.

El mismo fuero que con tanto rigor castigaba la insurrección de los vasallos, prohibe expresa y terminantemente (por suodrá la *jurisdicción señorial* prescrites contra esta clase de delitos, y declara que su sanción penal corresponde á la ordinaria. ¿Dónde, pues, existía entonces el poder jurisdiccional de los señores? ¿Dónde la *potestad absoluta* de los que no ejercían, ni nunca pudieron ejercer jurisdicción de ningún género? Si cuando se trató de robustecer sus señores imponiendo pena de muerte á los vasallos que por vías de hecho los desposeían, se denegó á los señores, tanta jurisdiccionales como de potestad absoluta, el ejercicio de toda jurisdicción, de todo poder, ¿dónde podremos conseguir que existía éseca aquella, si en el acto de protegerlos aparecían abolidos y aun anatematisados? Tómese esta indicación; no á la necesidad que tenga de añadir nuevos argumentos contra la existencia del feudalismo en el reino de Aragón; sino mas bien á sobra de raciocinios y pruebas legales en esta materia, pues por lo demás, ni necesito de coformar tanto mis investigaciones, ni imparten tanta cosa á mi propósito que no pueda prescindir de ellas.

Manuel Lacala.

DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

¿Cuándo en un contrato de sociedad se pone una cláusula de carácter leonino, la nulidad de esta cláusula queda limitada solamente á ella ó anula todo el contrato?

La ley 4, tít. X de la Partida V, dice: «Mas si fazen pleyto, que el uno ouiesse toda la ganancia, é que non ouiesse parte en la pérdida; ó toda la pérdida fuesse suya é non ouiesse parte en la ganancia; non valdria el pleyto que de esta guisa pusiesen. E tal compañía como esta llaman las leyes leonina.»

De la simple lectura del fragmento de la ley que queda transcrito, puede inferirse que la cuestion planteada depende en un todo de la significacion que se dé á la palabra *pleyto*. Si se refiere al contrato de sociedad será nulo todo él; por el contrario si se limita á la cláusula ó convencion de la desigualdad de las condiciones de los sócios, solo ella deberá ser nula, quedando en lo demás subsistente el contrato.

¿Y cuál de estas dos significaciones debe darse en el caso propuesto á la palabra *pleyto*? En esto se halla toda la dificultad de la ley. En el Fuero Juzgo, y en las Partidas la palabra *pleyto* significa lo mismo que pacto, convenio, contrato, y esta significacion deja la dificultad en pié, porque *pleyto* ó *contrato* es la sociedad, y *pleyto* ó *pacto* es la cláusula leonina. No pudiendo, pues, encontrar en el tenor literal de la ley la resolucion á la dificultad propuesta, debemos buscar en su espíritu la interpretacion que parezca mas aceptable.

Para sostener la opinion de que el contrato es válido y solo nula la cláusula de carácter leonino pueden aducirse estos argumentos:

1.º Que las palabras de la ley en la parte transcrita parece que se refieren á la cláusula y no á la sociedad; mas si *fazen pleyto*, es decir, los que ya tienen hecho el convenio de asociarse.

2.º Que puede cumplirse con el fin de la sociedad, que es la participacion en el lucro, pues que anulada la cláusula, entra en su lugar la regla general que establece la manera de repartir las ga-

nancias y de contribuir á las pérdidas cuando con pactos lícitos no se ponen cláusulas especiales.

3.º Que segun la regla de que lo útil no se vicia por lo inútil, ni lo lícito por lo ilícito, debe subsistir el contrato á pesar de la nulidad de las cláusulas.

No podemos avenirnos con esta opinion. Creemos que la interpretación sacada de las palabras de la ley es forzada, y que es empeño vano querer aplicarlas en determinado sentido. A nuestro entender, tan efímeros son los argumentos que del testo legal se deduzcan á favor de una opinion como de la otra: no debe darse tormento á las frases ni á las palabras para hacerlas aparecer como explicativas de lo que no se entiende con facilidad por los que con detencion las examinan. Semejante manera de alambicar podria parecer ingeniosa en las escuelas cuando se tenia por obligacion impugnar una verdad legal que no admitia contestacion, pero nunca podrá ser un argumento sério.

No tiene mas fuerza el segundo de los motivos indicados, sino que por el contrario es mucho mas débil. No puede ser argumento bastante para considerar válida una sociedad el que pueda cumplirse en diferentes términos de los estipulados: es necesario además que pueda cumplirse dentro de las bases esenciales que determinaron á los contrayentes á celebrarla: de otro modo falta el contrato del consentimiento sin el cual ni aun se concibe, es insubsistente. Y que este consentimiento no existe, lo demostraremos al manifestar los motivos que tenemos para no reputar válida la sociedad.

Es cierto que lo útil no se vicia segun regla general por lo inútil, ni lo lícito por lo ilícito, pero este argumento no resuelve la cuestion sino que la dá por resuelta. La validez, la legalidad de la compañía no puede suponerse, deberia probarse para que tuviera fuerza el argumento.

La opinion de que la cláusula leonina vicia toda la sociedad, nos parece mucho mas aceptable, porque es mas conforme con las fuentes de nuestro derecho y con la naturaleza del contrato de sociedad.

A falta de ley nuestra espresa que lo diga de un modo terminante, tenemos una del Digesto, de donde tomaron las Partidas el fragmento que antes hemos insertado. Esta ley del Digesto á que nos referimos, que es la 49 del tit. II del lib. XVII, en su párrafo segundo se copian estas palabras del juriconsulto Ulpiano: «Aristo

refert, Cassium respondisse, societatem talem iniri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret: et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter verò nullum lucrum, sed damnum sentiret. Iniquissimum enim genus societatis est, ex quâ quis damnum, non etiam lucrum spectat.» Se vé, pues, de qué modo tan terminante resolvió la cuestión el derecho romano. Y ¿es de creer que nuestro legislador de las Partidas tuviera el propósito de separarse de esta decisión, y mucho menos en una materia en que tanto la seguía? Y si fuera este su propósito, ¿hubiera dejado de espesarlo de un modo que no diera lugar á dudas, aunque no fuera mas que por evitar la interpretacion errada que los juriscónsultos, tan empapados en el espíritu y decision del derecho romano, darian al precepto que en términos tan oscuros se oponia á la doctrina dominante en aquellos dias? No lo creemos. Por esto hemos dicho que las fuentes de nuestro derecho estaban conformes con nuestra opinion.

Pero si dejando aparte el principio de autoridad doctrinal en el terreno del derecho constituido, nos fijamos en el constituyente, menos dudosa puede ser la resolucíon. Base ineludible es del contrato de sociedad la participacion de todos los asociados en el lucro: cuando falta esta circunstancia esencial no puede subsistir el contrato porque está viciada en su origen la obligacion, pues que le falta el interés comun de los sócios que es la causa del contrato, y el contrato sin causa es insubsistente.

La pretension de que considerando como no escrita la cláusula de carácter leonino se tenga la sociedad como sujeta á las condiciones ordinarias de este contrato y de que por lo tanto sean proporcionalmente iguales las ganancias y las pérdidas de los sócios, es opuesta á la voluntad de los contrayentes que de un modo esplicito manifestaron que no querian contraer con tales condiciones. Querer que subsista, equivale así á dar como bueno un contrato en que falta su mas esencial requisito, el consentimiento de los que lo celebran, y lo que es mas ir contra este consentimiento, y todo esto para dar vida y modificar un contrato que se ha hecho en contradiccion abierta de la ley.

Pedro Gomez de la Serna.

LAS CARTAS DE GRACIA

COMO SON Y COMO DEBEN CONSIDERARSE.

«*Ojala que se hicieran con aquella pureza que se hacian cuando se observaba la ley de Moises que las permitió.*» Salsé, *Ilustracion al derecho Real de España.* Tomo 1.º

Llámase *carta de gracia*, y por tal entendemos en la corona de Aragon, el pacto de retrovendo que suele establecerse en algunas ventas, y que consiste en que el comprador de una finca se obliga á devolverla á la persona ó familia de quien la recibió, ó *siempre y cuando* le reintègren á este ó los suyos de la suma que por ella ha dado, ó *al espirar* el plazo de dos, cuatro ó mas años que algunos estipulan; devolviendo tambien esa cantidad percibida al entregar la cosa. Es por consiguiente, una venta condicional; puesto que el llegar á ser absoluta, depende de que quien así vende, no quiera ó no pueda usar del derecho indefinido ó determinado que se reservó, de redimir su finca; á la manera que en las ventas absolutas ó no condicionales, llega á hacerse la entrega; si bien la obligacion de retrovenderla en el primer caso, demuestra que, además del goce de sus rentas, como premio ó interés del dinero, se le dá una prenda en seguridad de su importe, ó capital prestado. Están conformes los comentadores del derecho, en que el llamarse carta de gracia este contrato, es porque la duracion de los efectos de la venta pende precisamente de la *gracia* que hace el vendedor en tardar á redimir la cosa fructifera que cedió; y el célebre institutista valenciano, D. Juan Sala, le llama retracto convencional, que reconoce ser frequentísimo en el reino de Valencia.

Es indudable la utilidad que el comprador reporta, porque nunca dá por la cosa todo su valor, á *pretexto* de la inseguridad de conservarla en su poder, mediante la facultad de redimirla que se reserva para sí y los suyos el vendedor; y por *causa* de que supone en este necesidad de numerario, aprovechando todos los frutos de la cosa, que como *suja*, conserva á manera de venta hasta que se le redime: luego á su favor es la gracia que dá nombre á tal carta ó escritura. Jamás al vendedor le es útil; á no ser en el sentido

que hace relacion á la necesidad que le ha llevado á buscar por este medio capitales para sus empresas, ó para sus apremiantes urgencias, faltándole el suficiente crédito para adquirirlos sin la garantía que la finca presta, y sin el estímulo que produce en el ánimo del comprador, la consideracion del mayor producto de los frutos de la cosa, que el que pudiera darle el premio ó interés del dinero que permitia la ley. Hé aquí la razon de haberse podido reputar hasta el día como usurarias las cartas de gracia, resultando de este modo una contradiccion evidente en la legislacion, que por una parte autorizaba este contrato y por otra tasaba el interés del dinero, lo cual es á no dudar el pacto anticrético reprobado por las leyes. Los autores todos, que sobre este particular he consultado, convienen en que el que vende á carta de gracia no quiere vender, sino solo remediar: y así lo sugiere el sentido comun, y por ello se reserva el derecho de redimir que en la mayoría de los casos es ilusorio, no puede ejercitarlo por que si cuando contaba con los réditos de la finca así vendida, no pudo evitar su enajenacion, y hablando con toda propiedad, su empeño, ¿qué probabilidad hay de que á los cuatro, seis ó ocho años, consumido el escaso capital que ella le dió y no habiendo contado con sus réditos, lo pueda devolver? Son, pues, las cartas de gracia un mal, pero un mal necesario, el menor de los males que la demanda de capitales exige. Esos mismos autores á que me refiero, las suponen en su esencia un préstamo con hipoteca establecido á la sombra de la ley en la forma que algunos detallan esclusivamente á la prenda; y esos deberían ser sus efectos, por mas que la codicia de algunos capitalistas le ponga el nombre de venta condicional ó de pacto de retrovendedor, para que al fenecer el plazo sin poder redimir el vendedor, no se justiprecie la finca y poder hacerla suya el comprador mediante el título de dominio absoluto, que vulgarmente se conoce por venta á todas pasadas, que es indispensable, y para no tener que abonar la diferencia del valor de ella reconocido por los peritos, con el dinero entregado, no contentándose con haber sacado los réditos de él, en los frutos de la cosa, superior en mucho al que la ley permitia (metiéndolo en el anticrético), y que el vendedor cobre todo el valor de la misma que enajenó, habiendo pagado todo el interés del capital utilizado sin que haya malvendido su propiedad, mientras que el comprador la consigue á menos precio, imponiendo la ley inhumana de las circunstancias al que solicitó sus fondos.

No se usa el contrato de prenda, porque en él los frutos de la cosa cedén á favor del dueño, y el acreedor no tiene sobre ellos otro derecho que el de irselos datando á cuenta de la cantidad que se le adeuda; y para que se usase franca y paladinamente, con sus condiciones legales, convenientes á ambas partes, necesario era prohibir el pacto de retrovendendo. Este podia ser el medio mas propio y eficaz para remediar los abusos que con el título de carta de gracia se cometen, como lamenta el célebre institutista ya citado, y reconoce igualmente el ilustrado profesor de la Universidad de Valencia D. Salvador del Viso. Lo que observamos hoy en este contrato, es que en cuanto á los efectos que hacen relacion al comprador, es el de préstamo con réditos é hipoteca, que toma las formas del de prenda, puesto que se queda ya con la finca á título de compra y percibe sus frutos; no obstante que, en realidad, aun esta no es definitiva, faltándole el carácter de absoluta, que es el desistimiento del derecho, por lo cual puede el vendedor recuperarla; luego hay de por medio una condicion. Pero no así en lo que al vendedor hace referencia, porque en caso de no poder redimir, no percibe el tanto mas valor que suele tener la finca abandonada, relativamente á la suma que se le dió para salir de sus apuros.

Todas estas causas han contribuido á desvirtuar completamente las cartas de gracia, que no se hacen, dice Sala, con la pureza que se hacian en los tiempos de Moisés, y clama por su prohibicion, ó al menos porque se impidan los perjuicios que ocasionan. El señor del Viso en su obra, reconoce los abusos que se cometen en esta clase de ventas, por haber servido hasta el presente, como medio de percibir intereses crecidísimos de la suma que se suponía entregada por precio de la cosa, cuando en realidad no era *mas que un préstamo con réditos que no autorizan las leyes*. D. Damian de Sogravo en sus *Elementos de derecho mercantil*, se apoya en las mismas razones para creer que la retroventa más es un préstamo con hipoteca que solo por necesidad admite el llamado vendedor, quien tácitamente manifiesta no ser su ánimo enajenar la cosa, y que el comprador no aceptaria bajo condiciones que parecen poco favorables para él, sino por el lucro que realmente le reporta. Zúñiga en su *Biblioteca de escribanos*, tratando de este mismo pacto explica la ley de Partida en el sentido propio para impedir las supercherías que generalmente se lamentan y dice: «que empeñando alguna cosa en seguridad de cantidad prestada con la condicion de que no

devolviéndose en cierto día, quede aquella en calidad de comprada por el prestamista es válida la venta *si sobre la suma entregada á préstamo se completa su valor fijado por peritos, mas no en caso contrario.*» Y por lo mismo el derecho vigente en Cataluña presume contratos de prenda usurarios, y anula y sujeta á las penas de la usura, los pactos de redimir en un plazo determinado por un *precio bajo*, que media en las cartas de gracia. Luego debemos considerar dos cosas en estas escrituras, ó mejor dicho hemos de estudiarlas bajo dos diferentes aspectos; el primero es el que queda reseñado, el propio, el genuino, en el cual nada hay fuera de la índole legal de una venta con pacto de retrovendendo por tiempo indefinido, ó fijo y determinado, llegado el cual es costumbre, es jurisprudencia en el territorio de Valencia, y todos tenemos noticia de casos así, y es de ley, segun veremos luego, es de equidad, y subsana los defectos y abusos que tantos escritores juristas han observado, que autorizaban estos contratos, que el comprador interpeló al vendedor para que use del derecho de redimir, ó le otorgue la venta absoluta, y así se verifica, puesto que este es el contrato que la ley no reprueba y que debe cumplirse. Y bien el vendedor redima, ó bien no hallándose con medios para ello, porque sus esperanzas han sido defraudadas, no pudiendo utilizar su derecho, otorgue el título competente para que el vendedor posea en adelante con derecho estable la finca, de la que solo tenia una oferta si no se verificaba tal condicion, no se vé mas que haber pagado un crecido rédito del capital prestado, tal vez proporcionado al apuro con que tuvo que buscarle. Siendo como debe, ninguno de los contratantes es perjudicado.

Estas son las cartas de gracia; así deben considerarse; y usurarias como fueren, así las ha reconocido el derecho patrio, y este es el uso general, y así y todo han podido producir beneficios, y aun pueden prestarlos hoy mayores revestidas de la equidad que les faltara, ya que la ley, aunque con algunas condiciones, ha levantado la tasa del interés del dinero; y en defecto de bancos y de otros medios para proporcionar capitales á precios asequibles á la industria y á las necesidades de la familia, y mientras se quiera buscar y se encuentre el modo de llenar el vacío que deja la rotura del límite legal de los intereses, que enfrenaba la usura, como medio social, pueden ser las cartas de gracia, así consideradas, el menos gravoso, el mas proporcionado.

En este contrato puede no ser tan dañoso que el precio sea bajo y desigual al verdadero valor de la finca empeñada, porque al paso que el comprador se reembolsará del que dió, percibiendo los mismos frutos que si el valor fuera el justo, el vendedor podrá devolverlo mejor si fuese bajo, ya que bastando á sus necesidades no tuvo precision de adquirir mas cantidad; y como ha de ser interpelado, podrá redimir la finca; y la garantía de lo mas que ella valiese podria proporcionarle lo que le faltara.

El segundo aspecto bajo el que se presentan las cartas de gracia al estudio y consideracion de los juristas, es el de pacto comisorio; el cual consiste en que á esta misma forma escrituraria, se ingiera un pacto que se intenta velar con el crespon de retrovendendo, del que se deduce que si dentro del plazo convenido, no redime el vendedor la finca, cumplido él, al siguiente dia, una hora despues, ya es esta á todas pasadas del comprador, sin que pueda intentarse redencion, ni venga este obligado á concederla, porque así se ha convenido en pacto especial.

Dice la ley 1.ª, tít. 13 de la Partida 5.ª, que: *peño es propriamente aquella cosa que un ome empeña á otro apoderándose della, é mayormente cuando es mueble. Mas segund el largo entendimiento de la ley, toda cosa, quier sea mueble ó raiz que sea empeñada á otro, puede ser dicha peño, maguer non fuese entregado della áquel á quien la empeñasen. E son tres maneras de peños. La primera, es la que facen los omes entre si de su voluntad, empeñando de sus bienes unos á otros por raxon de alguna cosa que deban dar ó facer, etc. Es, pues, visto que la prenda ó peño puede constituirse, ya sea la cosa mueble ya sea raiz, porque cuando esta ley dice: «mayormente si es mueble,» este mayormente hace relacion á otra cosa que no lo sea, es decir, á la raiz. Pero no se quiere dar al contrato el carácter esplicito de hipoteca, porque pase á manes del prestamista la finca á rendir sus frutos; ni tampoco el de prenda, por no dejar de percibirlos y por no abonar al deudor el mas valor que ella tuviese respecto al capital prestado, si no pudiera redimir, como manda la ley 12, út. 13, Partida 5.ª, porque siempre cuentan los vendedores con esta imposibilidad, y ha tenido que venirse á la venta condicional de que me ocapo, pero con el pacto especial referido, que tiende á burlar lo que esta misma ley prohibe en estas palabras: *é por ende decimos que si algun ome empeñase su cosa á otro á tal pleyto, diciendo así: si vos non quitare este peño**

hasta tal día, otorgo que sea vuestro dende adelante por esto que me prestase, ó que sea vuestro comprado, que tal pleyto como este non debe valer.

Ahora bien, desde el momento en que se nos presenta una venta que no es absoluta, que no concluye con la entrega de la cosa y el precio, sin otra responsabilidad que la evicción y saneamiento en los casos del derecho, antes por el contrario queda abierta la puerta del contrato para que el que dá á otro su dinero vuelva á recuperarlo, así como la finca el que se desprendió de ella, en virtud de réditos y prenda de él, ¿no diremos con toda seguridad que ella virtualmente es un préstamo con interés? Y si vemos que entre sus pactos y condiciones hay uno especial que dice que si dentro de determinado plazo, el que allí se llama vendedor no vuelve el dinero que le entregó el por correlacion llamado comprador, sin mas abono, sin otro contrato ni otro título traslativo de dominio, que el que ya resulta, quedase la finca definitivamente por suya, sin poder ser reconvenido para la retroventa, aunque se llame la venta á carta de gracia, y sin estar obligado á verificarla por quedar ya fenecido este derecho por pacto especial, ¿no diremos, puesta la mano sobre el corazon y fijos los ojos en la ley, que allí hay una infraccion de su precepto? ¿que allí hay un perjuicio de tercero? ¿que allí está visible en su esencia, aunque se haya querido ocultar en la forma, el pacto comisorio? Indudablemente; porque allí han convenido el acreedor y el deudor, que si este no satisface la deuda en el plazo señalado haya aquél de quedarse con la prenda; debiéndose advertir que generalmente el precio que se confiesa recibido es muy poco mas de la mitad del justo, es decir que hay lesion enorme. Este pacto es uno de los prohibidos, es otro de los que la ley que acabo de citar no quiere que valgan. El por qué, ella lo explica en las siguientes frases: *«ca si tal postura valiese non querian los omes recibir de otra guisa los peños é vernia por ende muy gran daño á la tierra, porque quando algunos estuvieren muy cuitados, empañarian las cosas por quanto quier que les diesen sobre ellas, é perderlas y an por tal postura como esta.»* Lo mismo explica el Señor D. Pablo Gorosabel, dignísimo Magistrado de la Real Audiencia de Canarias en su *Código civil*, nueva edicion reformada y mejorada, relativamente á la ley 41, tit. 5.º que dice: *Mas si la comprase de otra guisa diciendo assi que facia tal pleyto con él, que si la non quitase á dia señalado que fuese suya por aquello que daba*

sobre ella, á peños, entonces non valdria el pleyto nin la vendida. Y dá la misma razon que la esplicada en la transcrita anteriormente. Luego si no puede caber duda que este pacto es ilícito, porque la moral lo rechaza y las leyes lo prohiben, ¿qué debe hacerse cuando sufre impugnacion el contrato que lo lleva consigo, háyase encabezado y denominado del modo que á los contrayentes haya placido? Declararlo nulo, como sino hubiera existido, porque hay nulidad, cuando el acto se halla en contradiccion con las leyes, puesto que la nulidad no se cubre con la prescripcion, respetando las demás condiciones que contenga, si están conformes con ellas y con las buenas costumbres, porque estas y solo estas son las comprendidas en la famosa ley 1.^a, tit. 1.^o, libro 10 de la Novísima Recopilacion, la que al esclair las escepciones, *de que no fué hecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fué hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fué hecho ante escribano público, ó que fué hecho á otra persona privada, en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daría á otro ó haría alguna cosa, á pesar de las que manda, que todavia valga la dicha obligacion y contrato que fuese hecho*, no ha mandado como pudiera por ser mas moderna, que valga auaque lleve los pleitos y posturas que acabamos de ver proscritos en los de la 5.^a Partida citada. Por eso ningun intérprete ha dicho que ley alguna quiera que se cumplan pactos que ellas determinan como fraudulentos é inmorales; esto equivaldria á declarar que no los hay, á negar la evidencia ¿No lo son el anticrético, el comisorio, el de quota litis?

Declarado, pues, nulo el pacto de que me ocupo, puesto en una escritura de carta de gracia, queda esta en los casos de las leyes 41 y 42, título 13, Part. 5.^a segun si hubiese ó no plazo para devolver el dinero. En uno y en otro supuesto establecen aquellas que el que recibió la cosa, haya de avisar al que la entregó en peño, doce dias antes de disponer de ella y treinta si fuere raiz. Así las entiende y esplica el citado D. Salvador del Viso, exigiendo el aviso relativo antes de llevar á efecto el pacto; siendo de notar que este autor en la leccion que dedica en su obra á esplicar los modos de disolverse el contrato de compra y venta, llegando á la retroventa dice: *«somos de opinion que tanto que se haya señalado algun tiempo como en el caso de que no se hubiese hecho ninguna designacion, podrá en cualquiera tiempo el vendedor, ora haya trascur-*

ruido el plazo señalado; ora el de veinte años sino se hizo ningun señalamiento rescindir el contrato, si antes no le interpela el comprador para que le devuelva el precio ó le otorgue escritura de venta absoluta.

Creo haber deslindado las verdaderas cartas de gracia, que pueden llamarse legales, y las simuladas que no son otra cosa que el pacto comisorio, inmoral y prohibido en consecuencia por las leyes; me parece haber puesto, aunque superficialmente, bajo un punto de vista, las ventajas siquiera sean relativas, que aquellas proporcionan, y los perjuicios absolutos de estas, así como las razones de consideracion y apoyo de las verdaderas, y las de nulidad con todos sus efectos de las falsas.

El compromiso contraido con un amigo y apreciable compañero en cierta consulta sobre la pregunta siguiente, es el único móvil que me ha obligado á la publicacion de este escrito. *¿Se invalidará una carta de gracia que lleve el pacto de que si en el plazo de dos años no redime el vendedor la finca vendida por poco mas de la mitad del justo precio, ó quedará en absoluta propiedad del comprador sin mas abono ni poder ser obligado á la retroventa por haberlo así convenido por pacto especial?* He emitido mi opinion franca, leal y categóricamente, apoyada siempre en la razon de la ley y en el parecer de célebres autores; no debo abusar mas de las páginas de la REVISTA, consagrada á mas de una cuestion y á diversas materias tan útiles como ésta para el interés público, reservándome, sin embargo, tratarla en otra ocasion, si me persuado de que hay necesidad.

José Maria Royo y Murciano.

DE LA OPCION DOTAL.

Es un privilegio que tiene en Cataluña la mujer para oponerse á la ejecucion que se traba en los bienes del marido, á fin de que se le adjudiquen por el importe de la dote y esponsalicio ó donacion *propter nupcias* que en ellos acredita. *Constitucion 1.ª, tit. 2.º, libro 2.º del Código municipal.* Esta opcion es muy frecuente en Cataluña y sobre ella han escrito mucho los autores, señaladamente el inmortal Fontanella en su obra de *Pactis nupt.* refiriendo los varios requisitos que son necesarios para que pueda tener lugar este

privilegio, que casi todos puede decirse vienen á pasar en la justificación de la dote y esponsalicio; prelación á los demás acreedores por razon del mismo, y no haber renunciado á los beneficios que las leyes conceden en este Principado á la mujer casada, ya en la creacion de censales hecha por el marido, con ó sin su noticia, ya en los demás contratos en que puede intervenir, teniendo presente el beneficio del *Senado-consulta Valdeano*, que en él está en uso, y se concede á la mujer, y el capítulo fi del *Recognoverunt Proceres*, en el que se dispone que la mujer que se obliga junto con el marido en el contrato de mútuo ó depósito, no está obligada á pagar mientras bastan los bienes de aquel, y en su defecto solo está obligada á la mitad, aunque haya jurado y renunciado al beneficio de dicho *Senado-consulta* y derecho de su hipoteca. Constitución 7, título 2, lib. 1.º, vol. 2; 9, tit. 33, lib. 9, y 2, tit. 11, libro 7 del citado Código.

Deben abonarse además á la mujer las costas que se le causen por razon de esta tercería ú opcion dotal, segun la doctrina legal espuesta por Fontanella, *claus. 7, glos. 2.ª, part. 5, núm. 52; Cascer, part. 1, claus. 9, núm. 3 al 38, y part. 2, cap. 7, núm. 93.*

La opcion dotal no tiene lugar cuando la ejecucion se ha trabado en los bienes del marido por una módica cantidad, segun la pragmática dada en Barcelona á 8 de los idus de agosto de 1274, que dice así:

«Nos mandamos que si algun judio demandase á algun cristiano una cantidad menor de diez sueldos, no permitais que la mujer de aquel cristiano firme de derecho (1) en razon de esponsalicio, ni la oigais sobre el particular, porque no queremos que por tan pequeña cantidad pueda la mujer impedir los pagos á los que están obligados sus maridos.»

Mieres en el comentario del capítulo de las Córtes de Montblanch, dice, que como la razon de esta pragmática es que los gastos de la oposicion importarian mas que el pago de la deuda, debe tener lugar esta disposicion siempre que concorra la misma razon, aunque la deuda sea mayor de diez sueldos, siendo empere módica.

(1) En lugar de la caucion que prestaban los romanos, habia en Cataluña lo que se llamaba *firma de dret*, mandada por un uso, que dice: *Omnes homines firmare debent de judiciis et firma juris*, que es el título 1.º, libro 3, vol. 1.º, mas esto se ha dejado ya desde que se publicó el reglamento provisional para la administracion de justicia.

Hay otros autores que no admiten esta interpretacion tan extensa, porque creen que podria perjudicar mucho á las mujeres. Esto, dicen, podria ser ventajoso á la mujer, si pagando una módica cantidad como la de mil reales habia de quedar segura; pero al dia siguiente se le pedirian otros mil, otro dia otra cantidad mayor ó menor y siempre se encontraria con la misma incertidumbre.

La dote se ha tenido siempre y en todas partes por muy respetable y privilegiada, siendo muy importante al bien comun conservar la dote á las mujeres para la procreacion de los hijos y aumento de la poblacion. *Ley 1, D. Solut. matrim. L. in bello §. medio tempore, D. de captiv. ac postlim.*

El marido durante el matrimonio se constituye dueño de lo que se le dá en dote. *Ley 1, §. 1, y 1, dotale 13, §. 2 de fundo dotali. L. 9, §. 3, de jure dot. L. si prædium. 23 en el mismo tit.* Al marido es á quien debe darse la dote, como que sobre él pesan por lo comun las cargas del matrimonio. *L. pro oneribus, C. de jur. dot. Fontanella, de pactis, 2, claus. 6, glos. 1, par. 1, núms. 8 y 9.*

Asi es que para el cobro de la dote no necesita de poderes de la mujer, ni ha de prestar caucion de que esta lo aprobará, puesto que por la constitucion dotal se le trasfiere el derecho de exigir aquella. *Fontanella, De Pactis nupt. 2, claus. 6, glos. 1, par. 1, núms. 3, 8 y 9.*

Esto no obstante se acostumbra generalmente hacer firmar la época ó carta de pago de la dote por marido y mujer; pero Fontanella, *Claus. 7, glos. 2, part. 4, núms. 19 y siguientes*, dice, que aunque esté firmada por los dos y que ambos hayan confesado haber recibido el dinero, se presume que el marido lo ha recibido todo, citando para ello varios ejemplos. El mismo Fontanella, en su obra de *Pactis, claus. 14 y última*, explica el modo de justificar el pago de la dote y las varias cuestiones que sobre esto pueden ocurrir, segun las reglas del derecho comun.

Así en los plitos de opcion dotal como en los demás en que se trate de la preferencia de la dote, es preciso tener presente el artículo 27 del Código de Comercio, en que se dispone, que las escrituras dotalas entre consortes que profesen el comercio, de que no se haya tomado razon en el registro general de la provincia serán ineficaces para obtener la prelacion del crédito dotal en concurrencia de otros acreedores de grado inferior.

Compete la opcion á la mujer, tanto si la ejecucion se trata

durante la vida del marido como después de su muerte, según Fontanella, *claus. 7, glos. 2, part. 8, núms. 40 y siguientes.*

Como que los bienes del marido quedan gravados ó hipotecados á la restitucion de la dote desde el momento en que se otorgan los capítulos matrimoniales que contienen esta promesa ó la obligacion de restituirla en su caso, naturalmente se concibe que desde entonces, esto es, desde la imposicion de este gravámen empieza á contarse la prelacion de este crédito, aunque se haga efectiva la dote después de algun tiempo, con tal empero que se acredite esta entrega debidamente por medio de la correspondiente carta de pago firmada por el marido. La entrega de la dote se retrotrae en este caso al tiempo en que se contrajo la obligacion y se impuso el gravámen de restitucion en los bienes de aquel.

Los efectos del indicado privilegio son, que luego de hecha la opcion se suspenda la ejecucion, porque debiéndose proceder á la tasacion y sucesiva entrega de los bienes del marido á la mujer hasta cubrir el importe de su dote y esponsalicio, no pueden venderse dichos bienes.

Esta suspension ó sobreseimiento á lo menos debia proveerse por los diez días que la ley 7, título 11, libro 7 del volumen 1.º concede para justificar los requisitos necesarios para la opcion; y por eso si el juez pasaba adelante en la ejecucion y después quedaba justificada la oposicion y opcion de la mujer, eran nulos todos los procedimientos.

Por la ley 16, tít. 28, lib. 11 de la Novísima Recopilacion estaba tambien prevenido que cuando contra alguna ejecucion se opusiere alguna mujer por su dote, no se mandase dar informacion sumaria, sino que se recibiesen los autos luego á prueba con término ordinario á la opositora por la vía ordinaria.

Mas en el día que han sido derogadas estas y las demás leyes que regian sobre procedimientos por la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando se opusiere á la ejecucion alguna mujer, deberá ante todo calificarse su oposicion ó tercera, por ver si es de dominio ó de preferencia de crédito.

La opcion dotal, aunque no sea una verdadera tercera de dominio, produce unos efectos de igual naturaleza y le es por lo tanto aplicable el art. 996 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como así lo declaró la Audiencia territorial de Cataluña, después de una reñida discusion, en el pleito seguido por D. Ezequiel Parer contra

Martin Serra, en el que compareció la esposa de este formando *tercería de dote y opcion dotal* por los bienes ejecutados á su marido.

En otro pleito ejecutivo y en la pieza separada sobre *tercería de dominio* formada á instancia de Teresa Arqués de Malla, seguido por Juan Rovira contra Juan y José Malla en el juzgado de Granollers, y por apelacion en la citada Audiencia del territorio, con sentencia de vista de 5 de junio de 1860, se confirmó con costas la del juez de primera instancia de 20 de diciembre de 1858, por la cual declaró procedente *la opcion dotal* reclamada por Teresa Arqués de Malla sobre los bienes de su suegro Juan Malla por la cantidad de 2,040 libras catalanas, equivalentes á 21,760 rs. vn., adjudicando á la misma los bienes que relata dicha sentencia de valor 22,762 reales en que fueron tasados, *por su dote y esponsalicio*, debiendo empero hacer efectivo el exceso de 1,044 rs., y en su consecuencia mandó que se levantase el embargo puesto en la cosa y pieza de tierra que fueron objeto de la ejecucion instada por D. Juan Rovira, tan luego como se hiciese efectivo el indicado exceso; y reservó á dicho Rovira el derecho para utilizarlo contra los demás bienes presentes y futuros de los deudores Malla.

Estos casos y otros que igualmente podríamos citar, fallados por el Tribunal Superior de este antiguo Principado en el mismo sentido, prueban con evidencia dos cosas muy importantes: Primero, que el privilegio de *la opcion dotal* á favor de la mujer subsiste en Cataluña; segun el fuero municipal y la doctrina legal adoptada por la jurisprudencia de los tribunales. Segundo; que cuando la mujer se opusiere á la ejecucion trabada en los bienes del marido, haciendo *opcion dotal* por su dote y esponsalicio, debe sustanciarse esta *tercería* como de dominio, con arreglo á lo prescrito por el art. 996 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Al proponer, pues, esta oposicion ó *tercería*; es preciso presentar el título ó documento en que se funda y formular la demanda á tenor de lo prescrito por el art. 224 de la ley de Enjuiciamiento civil, ya que debe sustanciarse como todas las *tercerías* en juicio ordinario, segun el art. 998 de la citada ley.

Francisco de Pau.

DE LAS CAPELLANÍAS LAICALES.

Las capellanías laicales de patronato activo ó pasivo de sangre y demás fundaciones de su clase, están comprendidas en la denominación de píasos familiares, á que se refirieron, primero el Real decreto de 30 de abril de 1832, derogando las disposiciones á las últimas respectivas, y después el de 29 de noviembre de 1836; siendo aplicable por lo tanto á las primeras lo ordenado en los otros decretos, y referente á las mismas el art. 40 del Convenio formado con la Santa Sede en 26 de agosto de 1800.

Las cuestiones de aplicación, las controversias que diariamente se suscitan en el foro, sobre la verdadera inteligencia de las disposiciones legales, merecen á no dudar por su propio interés, no por quien las trate, y mucho menos haciéndolo nosotros de alguna de ellas, ocupar, y hasta si se quiere de una manera preferente, las páginas de la REVISTA. De importancia parece ser la arriba enunciada, por las dudas y dificultades que se han suscitado, tanto respecto á la prosecución de los juicios pendientes cuando se publicó el primero de los dos citados decretos, cuanto á que fueran establecidos y promovidos de nuevo después de publicado; creyéndose por algunos hasta subsistentes desde entonces las mencionadas vinculaciones, y sin derecho por lo tanto á la primera mitad al que hubiere muerto poseyendo alguna de ellas, ni por consiguiente á la segunda al sucesor inmediato; con los graves é innegables perjuicios que de tales dudas, opiniones y dificultades que en algunas partes han llevado consigo, y hemos visto la suspensión de unos é inadmisión de otros de los mencionados pleitos, se deja conocer haberse ocasionado, de cuyos males anhelamos el total remedio.

Preciso es, para tratar y resolver en sentido negativo la onerosion propuesta, subir hasta la misma ley de desvinculación civil de 11 de octubre de 1820, establecida en 30 de agosto de 1836, por cuyo artículo primero quedaron suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyeron desde entonces á la clase de absolutamente libres.

«Este es el artículo fundamental, la expresión del objeto y del precepto de la ley,» como dice el Sr. Pacheco en sus comentarios á la misma. «En este se ha querido consignar, añade, la que habia de poner término al sistema de amortización civil, permitido y á veces fomentado por nuestra legislación antigua.»

»No hay necesidad de advertir, prosigue poco despues, que es aquella especie sola de amortización á la que esa letra y ese espíritu se refieren.... El fin á que se encamina (la ley) es á la extincion de los mayorazgos, propios ó impropios, conocidos con aquel nombre, con otro de los que están en el artículo, ó con alguno que no se ha previsto, pero que indica el mismo carácter. »Por eso se añade aquí *patronatos, fideicomisos y cualquiera otra especie de vinculacion de bienes raíces*. Los patronatos de que se habla son evidentemente los laicales: los fideicomisos son los perpetuos.»

¿Y una capellanía laical ó fundacion de su clase, es otra cosa que un patronato de legos, una vinculacion civil sujeta en todo y por todo á las disposiciones civiles?

Entre otros escritores que para demostrarlo pudiéramos citar, lo haremos de Berardi, que por cierto no se podrá tachar de sospechoso en este punto, quien en su obra *Commentaria in jus societatis universum*, señalada de texto por el plan de estudios de 1824 para la asignatura de decretales; al tratar de las capellanías en el apéndice del segundo tomo (1) dice ser laicales las en que por la voluntad del fundador, ni en su ereccion, cuanto menos en el nombramiento de capellanes, interviene la autoridad episcopal, aun cuando aquel hubiere ordenado que el poseedor sea un eclesiástico; y que, titúlense como quiera las de esta especie, bien salarios ó estipendios de los clérigos, misas memorias ó conmemoraciones de difuntos, se asemejan mas á los fideicomisos que á los beneficios; de manera que, á no haber el fundador dispuesto otra cosa, pueden obtenerlas los legos, las mujeres y hasta los infantes con tal que las cargas espirituales se levanten siempre por clérigos idóneos; y por último, que aunque sea peculiar de la jurisdiccion episcopal procurar el cumplimiento de la piadosa voluntad del difunto (2) en los

(1) Pág. 333 de la tercera edición.

(2) Cita el autor en apoyo de esta doctrina los capitulos 1.º y 2.º de la Novela 134 de Justiniano, con el 8.º, sesion 22 de Reformatione del Concilio Tridentino; pero debe en lo primero haber equivocacion ó error de im-

demás asuntos y controversias, á no mediar prohibicion expresa del fundador, referentes por ejemplo al derecho de los llamados á la obtencion de la capellanía, enajenacion de bienes y cosas semejantes, corresponde antes bien el conocimiento á la jurisdiccion de los públicos magistrados, y estarse en la decision de estas causas, mas á lo establecido por las leyes civiles, que á lo ordenado por las eclesiásticas.

Nadie, en conformidad á los sanos principios de derecho canónico, y á lo dispuesto por las leyes civiles, dudó que las capellanías laicales y fundaciones de su clase estuvieran comprendidas en la citada ley de 11 de octubre de 1820; y como desvinculados que fueron y están, se hizo siempre la adjudicacion de los bienes de aquellas con sujecion á lo ordenado en esta.

Que continuó en su indisputable y plena aplicacion respecto de las mencionadas vinculaciones, sin que á ello opusiera ni pudiera oponer el menor obstáculo el Concordato de 16 de marzo de 1851. No lo primero, porque ni mencion hace este de capellanías, patronatos, ó fundaciones meramente laicales: ni tampoco lo segundo, porque referente aquel á cosas eclesiásticas, mal podia ser estensivo, á lo que ha sido, es y debe ser propio de la jurisdiccion y leyes civiles.

Ni aun respecto de las capellanías colativas hubo duda, hasta que suscitada por un promotor fiscal, é instruido en su virtud espedito, en la manera que el Sr. Aguirre tan competente en estas materias refirió en la sesion del Congreso de diputados de 14 de enero de 1859 (1) resultó como dice aquel «el famoso, el nunca bien ponderado decreto de 30 de abril de 1852 origen de todas las discordias en esta materia, fundamento de la confusion que se ha observado en los tribunales para la aplicacion de estas leyes, y mas que todo, que comprende en sí, no solo la derogacion de la ley de capellanías de sangre, sino todas las leyes relativas á vinculaciones en que hubiese fundaciones piadosas familiares; frase genérica, segun la cual, no han faltado tribunales que han entendido que hasta los mayorazgos en que había simplemente alguna carga

prenta, por no ser los citados capítulos sino el 9.º de la mencionada Novela, el que dispone lo que en el texto se refiere.

(1) Página 106 del tomo 14 de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

»piadosa estaban comprendidos en el decreto de 30 de abril de 1852.
 »Si esto fuera así, añadió el mismo Sr. Aguirre, valdria tanto como
 »haber derogado incidentalmente toda la legislacion acerca de los
 »mayorazgos existentes en España; porque además de estar com-
 »prendidos en esas leyes de desvinculacion los aniversarios, las ca-
 »pellanías laicales, las memorias, etc., apenas hay en España un
 »mayorazgo, una vinculacion pequeña, que no esté gravada con al-
 »guna carga piadosa.»

Sobrada razon tenia: pues si en el decreto de 1852, por el cual (y dejando aparte la ley de 19 de agosto de 1841 respectiva á las capellanías colativas), ni fué ni pudo ser derogada la de 11 de octubre de 1820, estaban comprendidas las laicales, que no son otra cosa que unas vinculaciones civiles, tambien los mayorazgos con cargas de misas. ¿Y quién podrá sostener semejante absurdo? Luego si no están comprendidos los mayorazgos, estas vinculaciones civiles por mas que contra sí tengan el referido gravámen ó el de aniversarios; que por cierto apenas habrá alguna que se encuentre libre de semejantes cargas piadosas, tampoco las capellanías laicales y fundaciones de su clase, que no son otra cosa, como llevamos espresado y repetimos, porque esto no es de olvidar, que unas vinculaciones de la mencionada naturaleza puramente civil.

¿Ni qué relacion han de tener con ellas, el concordato de 16 de marzo de 1851, el decreto de 30 de abril de 1852 y el de 28 de noviembre de 1856 que es correlativo del anterior, por haberse en el intermedio de ambos y por el de 6 de febrero de 1858 declarado en su fuerza y vigor la ley de 19 de agosto de 1841?

Prevalcieron sin embargo en algunas partes, y no cabe negarlo, esas opiniones por mas infundadas y en nuestro humilde parecer erróneas, que nos hemos propuesto combatir, de considerar comprendidas las capellanías laicales y fundaciones análogas, en la denominacion de piadosas familiares, y por consiguiente en los mencionados decretos: opiniones que el espíritu de la época, al cual bien podrémos calificar de sobradamente ultramontano, sostuvo; pero el tiempo y los sucesos han hecho, que aquella atmósfera viciada y tan perjudicial á la recta administracion de justicia y á la desamortizacion civil; aquella oscuridad ficticia, que impedia ver claramente y hacer la debida aplicacion de la ley, que no podrán menos de disiparse y desaparecer en su totalidad, y con ellas los

gravísimos perjuicios que han causado y ocasionan, se hayan ido purificando y aclarando.

Para convencerse mas y mas de que las repetidas capellanías y fundaciones de su clase bajo la denominacion genérica indicada, no están comprendidas en ninguno de los dos repetidos decretos, y prescindiendo del final del art. 1.º del de 30 de abril de 1832, por si alguna duda pudiera suscitar el no haber á las palabras «fundaciones piadosas,» añadido el correctivo «de igual clase», lo cual era hasta innecesaria, haciendo espresamente referencia la primera parte del artículo citado á la ley de 19 de agosto de 1841 relativa á capellanías colativas de patronato activo ó pasivo de sangre; nos harémos cargo de aquellas terminantes palabras de la disposicion primera del de 28 de noviembre de 1836 «se suspenden los efectos del Real decreto de 5 de febrero de 1835, por el que se restableció la ley de 19 de agosto de 1841, sobre capellanías colativas de patronato familiar activo ó pasivo y demás fundaciones piadosas de igual clase,» ó lo que es lo mismo, tambien colativas ó en que hubiere intervenido igualmente la autoridad eclesiástica, descendiendo al no menos terminante artículo 2.º. «Quedan, dice, en suspenso los juicios ó reclamaciones que penden ante los tribunales civiles y eclesiásticos, así respecto de la division ó secularizacion de los bienes comprendidos en dichas fundaciones y capellanías, como sobre el derecho á suceder en ellas, y hasta nueva providencia no se admitirán en lo sucesivo demandas de esta clase.»

Acorde cual no podia menos de estar con el art. 1.º la disposicion del segundo, fijese bien la consideracion en las palabras de este «asi respecto de la division ó secularizacion,» haciendo lo uno sinónimo de lo otro; porque, de lo que es lego, secular, laical, no cabe secularizacion, si solo de lo que es eclesiástico. Bien claro es de consiguiente, que ambas disposiciones solo se refieren á los bienes de capellanías y fundaciones que reúnan dicha calidad de eclesiásticos, ó lo que es igual, que en su ereccion y fundacion, como carácter distintivo de su naturaleza, haya intervenido la autoridad eclesiástica, autoridad, que el fundador general y espresamente tiene prohibido que intervenga en las capellanías laicales, patronatos de legos, y demás fundaciones de su clase.

Y de que ni estas, ni aquellas, ni los segundos están comprendidos en los repetidos decretos, tenemos un documento además de

suma importancia que evidentemente lo demuestra. Tales son, las instrucciones (1) comunicadas por el señor Ministro de Estado en 18 de noviembre de 1858 al Sr. D. Antonio de los Rios y Rosas, nombrado embajador extraordinario y plenipotenciario de S. M. cerca de la Santa Sede, en las que se lee el siguiente párrafo, sobre el cual y por hacer á nuestro propósito no podemos menos de llamar la atencion.

«Otras varias cuestiones y algunas de importancia trascendental, tendrá V. E. que arreglar tambien con la corte pontificia. Es la primera entre todas, la que ha de decidir la suerte de las capellanías de sangre y las capellanías colativas eclesiásticas, que consistiendo en beneficios fundados sobre vinculaciones eclesiásticas, habrán de seguir en su forma una modificacion análoga á la que se dá á la propiedad territorial de la Iglesia.»

Sabido es, que hay capellanías colativas de sangre, y no familiares, pero tambien colativas; pues bien, á unas y otras como consistentes en beneficios fundados sobre vinculaciones eclesiásticas, es á las que el antecedente párrafo y el artículo 10 (2) del convenio con la Santa Sede de 25 de agosto de 1859 indudablemente se refieren.

Si necesitáramos recurrir á la interpretacion auténtica, la encontraríamos en la sesion del Congreso de Diputados de 16 de junio último y en las palabras del mismo embajador extraordinario anteriormente citado, contestando á las impugnaciones hechas al mencionado convenio.

»Obtenido por el Gobierno, dijo (3), de parte de la Santa Sede el principio de la desamortizacion de los bienes que poseia la Iglesia, este Gobierno, deseando llevar á sus últimas consecuencias la aplicacion de este principio, siempre en la forma y por los trámites con que lo habia llevado hasta entonces y que constituyen su sistema peculiar, pensó en la desamortizacion de las capellanías.» Porque al cabo, añade mas adelante, «la des-

(1) Documentos relativos al convenio de 25 de agosto de 1859, adicional al concordato celebrado en 16 de marzo de 1851, entre Su Santidad y S. M. Católica, presentados por el Gobierno á las Córtes.

(2) «Los bienes, dice, pertenecientes á capellanías colativas y á otras semejantes fundaciones piadosas familiares, que á causa de su peculiar índole y destino, etc.»

(3) *Diario de las Sesiones de Córtes*, núm. 17, páginas 201 y 202.

amortizacion de las capellanías, hecha por ley de 1841, si mal no recuerdo, suspendida se halla; y si han de desamortizarse las capellanías, preciso es hacer algo para remover ese obstáculo; y ese algo, en las condiciones de los tiempos, en la actualidad, y me atrevo á decir en el porvenir, es negociar en Roma la desamortizacion de las capellanías. ¿Por qué, pues, hace objeciones el señor Aguirre á este artículo? ¿por qué á este sistema? Porque está suspendida la ley de capellanías de las Córtes Constiuyentes.....

Despues, por fin, el mismo Sr. Rios Rosas se espresa de este modo: «Tambien ha censurado S. S. la espresion que se hace en el artículo (2) de *otras semejantes fundaciones piadosas familiares*. Sabe bien el Sr. Aguirre, que además de las conocidas capellanías de sangre, hay otras fundaciones piadosas que *no son patronatos civiles, ni patronatos de legos, que tienen el carácter de instituciones eclesidsticas*, que son muy cuantiosos en algunas provincias de España, que están siendo pasto de administradores infieles, y que es necesario desamortizar en términos hábiles cuando se desamortizen las verdaderas capellanías de sangre, como se deben desamortizar en su caso y lugar las capellanías de *jure devoluto*.»

¿Y á qué capellanías era referente la ley de las Córtes Constiuyentes, por dicho señor diputado indicada, de 13 de junio de 1836? A las colativas, como aclaratoria y adicional que es de la de 19 de agosto de 1841. ¿Qué fundaciones piadosas, pues, serán esas, á que los decretos tantas veces citados se refieren? Las que, valiéndonos de las propias palabras del repetido Sr. Rios y Rosas, *no son patronatos civiles, ni patronatos de legos, que tienen el carácter de instituciones eclesidsticas*: las que, por último, no estén comprendidas en la ley de 11 de octubre de 1820; en la cual, y sin duda alguna lo están, las de que al principio del párrafo que á este artículo sirve de epígrafe se hace mencion.

Domingo Ibañez.

(1) El 10.

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY HIPOTECARIA (1).

(Continuacion.)

IX.

Dignas son de encomio las disposiciones de los artículos 207 at 211, por que si bien por nuestra actual legislacion, la mujer que contrae segundo matrimonio no puede continuar en la tutela y curaduría de sus hijos, si no obtiene previamente la oportuna habilitacion; sin embargo, muchas veces las personas que debian estar interesadas en arrancarla aquella administracion, no se atrevian á verificarlo por no producir disturbios en la familia y ponerse en oposicion con el nuevo cónyuge; y por cuya razon los menores sufrían perjuicios de consideracion en sus intereses por este mal tenido *respeto* de sus defensores. La ley ha querido salvar este inconveniente determinando que «si la madre continúa mezclándose, despues de haber contraido segundo matrimonio en la tutela ó curaduría de sus hijos sin haber obtenido la correspondiente habilitacion y constituido previamente la debida hipoteca, estará el marido obligado á prestarla para responder de las resultas de la administracion *ilegal*.» Mas aunque es acertada esta determinacion, no por eso deja de ser incompleta y hallarse espuesta á los mismos males que la legislacion anterior, por no haber mandado que esta hipoteca se exigiese de *oficio*, y que los jueces de paz estuviesen obligados para este efecto á poner en conocimiento de los jueces de primera instancia todos los segundos matrimonios que se celebrasen en su jurisdiccion.

La esperiencia ha demostrado que el *deber* cede muchas veces ante consideraciones personales, cuando de su infraccion no resulta un determinado mal; y el tutor, curador ó pariente que nada pierden con no pedir hipoteca para la seguridad de los bienes de los menores, no se atreven á ponerse en rivalidad con personas que acaso le son afectas ó con quienes no quieren enemistarse. Por esta razon hemos creido siempre que estas reclamaciones no debian considerarse como un *derecho*, sino como un *deber con sancion penal*, y que la ley debia imponer relativa y sucesivamente el me-

(1) Véase las páginas 359 y 439 de este tomo.

recido castigo al tutor, curador ó pariente que faltase á una de estas obligaciones, y sin perjuicio de que el Juez pudiera pedir de oficio la correspondiente seguridad para los pupilos.

El proyecto está conforme con la ley de Enjuiciamiento civil en todas las demás disposiciones que se refieren á la tutela y curaduría, y solo difiere de ella, como hemos dicho antes, en la menor intervencion que se dá al ministerio fiscal, y que tiene que ocasionar una discordancia en nuestro derecho en perjuicio de los menores.

El artículo 217 deroga, en nuestro sentir, la Real orden de 5^o de marzo de 1846 que exceptuaba de presentar en el registro las escrituras que otorgasen los labradores para estraer los granos de los pósitos, y subrogaba esta formalidad con la obligacion impuesta á los ayuntamientos de pasar anualmente á las oficinas de Hacienda, una nota de las fincas que apareciesen hipotecadas por aquel concepto. Hoy, despues del principio absoluto de la *especialidad* y *publicidad* de la hipoteca, no era conveniente este beneficio, y el artículo citado obliga á las Direcciones generales, Gobernadores y Alcaldes que exijan la necesaria hipoteca á todos los que contraten con el Estado, las provincias y los pueblos.

El artículo 118 establece una escepcion en la ley hipotecaria, que es el derecho de prelación que se dá al Estado para el cobro de una anualidad de los impuestos; lo cual si bien parece injusto en el rigorismo lógico del derecho, no sucedé así, si se atiende á que el impuesto sobre los inmuebles es una deuda pública, cierta y permanente que no necesita de la inscripcion para determinarse.

X.

La hipoteca legal, segun el proyecto, está establecida en favor de las personas que por su debilidad ó falta de capacidad civil no pueden proporcionarse por sí mismas todas las garantías necesarias para sus derechos, y tambien para proteger acciones *ciertas* que no pueden realizarse sino en un porvenir *incierto*. Ahora bien, ¿existen estos requisitos en la concedida por el artículo 219 al asegurador de bienes inmuebles? Nosotros creemos que no, y que haciendo el seguro del contrato solo podia tener lugar la *voluntaria* si en él se estipulaba, puesto que las personas que en él intervienen, no necesitan otra protección de parte del legislador, mas que la concedida á los demás en general. ¿Qué razon hay para que se

dé al asegurador hipoteca legal contra tercero por los premios de los dos años ó de los dos últimos dividendos y no se conceda al vendedor para cobro del precio?

Ya hemos dicho en otro número que el proyecto ha estado de acuerdo en este punto con las doctrinas admitidas por la mayor parte de los códigos que siguen el sistema alemán, y que era una determinación en favor de la firmeza y especialidad de la hipoteca; pero por la misma razón que defendimos la abolición de la hipoteca del vendedor para indemnizarle del precio cuando no la ha pactado en el contrato de venta, creemos ahora también que la establecida en favor del asegurador no es muy conforme á los principios que ha adoptado el proyecto para la institución de la hipoteca legal, y que contrariando el sistema de la *determinación y firmeza* de la hipoteca, vá á dar motivo á que existan algunas que no estén inscritas en perjuicio del crédito en general.

El seguro nace del contrato y no de la ley como la dote, bienes reservables, peculio, tutela y curaduría, y por lo tanto la hipoteca para el asegurador debe nacer de aquel y no de esta. Si el asegurador tiene perjuicios por no haber estipulado la correspondiente hipoteca para la seguridad de sus derechos, culpe á su imprevisión y no exija de la ley una protección que no dispensa á *otros* por igual género de contrataciones.

El premio de dos años, y mas aun el de los dos últimos dividendos, es una cantidad incierta que tiene que perjudicar la propiedad del deudor por dificultar la exacta liquidación de su haber, y esto, como ya manifestamos al tratar de la hipoteca voluntaria, tiene que ocasionarle el perjuicio consiguiente á este gravamen *tácito é indeterminado*.

Desechada, pues, la hipoteca del vendedor sobre los bienes vendidos para el pago del precio de la venta, la del permutante en la cosa permutada para asegurar los efectos de la permuta como habia dispuesto el artículo 1787 del proyecto de Código civil, la del poseedor en la finca poseída para indemnizarse de las mejoras hechas en ella, y la del legatario en los bienes del testador para hacer efectivos sus derechos; que tienen un fundamento mas conforme con los principios que ha aceptado el proyecto para el establecimiento de la hipoteca legal, no nos parece muy legítima la excepción establecida por el asegurador.

La hipoteca por legado ha debido comprenderse entre las lega-

Es, como han hecho varios códigos extranjeros, y entre ellos la ley hipotecaria de Wurtemberg, de 15 de abril de 1823, mucho mas cuando se concede por el proyecto al legatario los mas de los derechos cualificativos de aquella. Una de las facultades que tiene la hipoteca legal es la de poder pedirse *en cualquier tiempo* su constitucion; y esto se concede al legatario por el artículo 45, cuando la cosa legada es cierta y determinada. El que tiene hipoteca legal, puede reclamar en los mas de los casos *ampliacion* de la constituida á su favor cuando la creyese insuficiente para garantizarle, y lo cual se concede tambien al legatario por el artículo 87, cuando no se ha estinguido aun la anotacion preventiva; y por último, la hipoteca legal puede constituirse algunas veces *de oficio*, y el artículo 49 determina que se haga lo mismo con el legado cuando el interesado no fuese persona cierta. No habiendo casi ninguna diferencia entre las hipotecas legales y las por legado, ha debido incluirse entre aquellas.

XI.

Hemos hablado en los números 6, 7, 8, 9 y 10 de las distintas clases de hipotecas legales, del modo de constituirse y de las personas que pueden verificarlo, y ahora solo nos resta para terminar el exámen de esta segunda parte de la ley, el tratar de la manera de estinguirse.

El artículo 164 dice, que las hipotecas legales incriptas subsistirán hasta que se estingan los derechos, para cuya seguridad se hubieran constituido; lo cual está conforme con lo determinado en la ley de Austria, Génova, Holanda y aun Wurtemberg, que determinan que la hipoteca subsiste mientras dura el crédito, y mas racional que lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la ley de 19 de junio de 1826 de Milán, y el 2207 del Código de Parma, que imponen la obligacion de renovar las hipotecas legales cada diez años.

Pero aunque es justísimo que la hipoteca legal exista mientras no se realice el crédito, hubiéramos querido que hubiera sido mas explícita en el modo de *cancelarse*, y que hubiera dicho si la hipoteca dotal y por peculio, cuando los interesados son menores podian ó no solo cancelarse judicialmente. Si el proyecto hubiese dicho al hablar de estas hipotecas, como hace con la de bienes reservables y curaduría, que cuando la muger ó el hijo es menor,

la hipoteca se habia de constituir necesariamente por aprobacion judicial, no era necesario que hiciese esta advertencia, porque habiendo dicho que se cancelarian como las voluntarias, y disponiéndose para estas que las establecidas judicialmente solo por sentencia del tribunal podian cancelarse, era indudable que la dotal ó de peculio correspondiente á menores solo por el Juzgado podian destruirse.

Disponiendo el artículo 162, que solo podrán *calificar* la suficiencia de la hipoteca dotal cuando la muger fuere menor, el *padre*, la *madre* ó *el que dió la dote*, es terminante que si aquella se inscribe *de acuerdo* con estas personas, no es necesario hacerlo por mandato judicial; y no habiéndolo de este modo, podrá cancelarse segun el artículo 82 por solo la *voluntad* de la persona, en cuyo favor se ha constituido; lo cual, en nuestro sentir y como ya hemos indicado en el número 6.º, es sumamente perjudicial para los derechos de la muger.

Nosotros hubiéramos dicho que la hipoteca dotal ó de peculio no podrian cancelarse mientras los interesados fueran menores, sino por mandato judicial y despues de una informacion prévia de utilidad y necesidad.—(Se continuará.)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Inconvenientes en la aplicacion práctica de algunas de sus disposiciones.—
Cuestiones á que ésta dá origen (1).

(Continuacion.)

III.

Vigente la antigua legislacion en materia de procedimientos, autorizaban los Relatores en los Tribunales Superiores con firma entera las sentencias definitivas, y con media firma las interlocutorias y de sustanciacion, firmadas las primeras por los ministros, quienes rubricaban las segundas, haciéndolo solo de las terceras el que presidia la Sala. El art. 20 de la nueva ley ha dispuesto que todos los ministros firmen con firma entera las providencias defini-

(1) Véase la pág. 28 de este tomo.

tivas y las interlocutorias que causen estado, y las demás las rubrique el Presidente: no se espresa si unas ú otras deben autorizarse por el funcionario ante quien se dicten; y de este silencio de la ley ha surgido práctica diversa. Se observa en algun Tribunal que los Relatores no autorizan las providencias definitivas ni las interlocutorias que causan estado y se estienden en el libro-registro de que antes nos hemos ocupado; al paso que lo hacen con firma entera en cuantas se escriben en los mismos autos, ya sean de las que deben firmar y firman los ministros, ya de las que solo rubrica el Presidente: en algun otro, al parecer, las suscriben todas; esto parece lo mas lógico, pues á la verdad no alcanzamos la razon de la diferencia. Si la razon de no firmar estos funcionarios las primeras, nace de no establecerlo el precepto legal, la misma razon concurre para que dejen de autorizar las segundas. Si proviene de que las unas las deben redactar los ministros ponentes y las otras se pronuncian en voz, contestarémos que para el efecto de la firma nada en lo legal influye que se dé al Relator una minuta de la providencia, ó en voz esa misma providencia. Si reconociera por causa la circunstancia de redactarse las sentencias en primera persona del plural presente, y en las demás en tercera del pasado; ó como si dijéramos que en aquellas hablan los ministros y en las segundas se relata el acuerdo, y por eso las unas las firman solamente los que hablan y las otras quien las refiere; en tal caso llevaríamos la cuestion al terreno legal estableciendo un dilema para su resolucion: ó los acuerdos de las Salas de justicia deben ó no autorizarse por el funcionario ante quien se dictan; la concurrencia de los Relatores al pronunciarse el fallo es necesaria para la legalidad del acto ó no lo es. Si lo primero, deben firmarlas todos, como se practicaba antes, prescindiendo de la fórmula en la redaccion: si lo segundo, ninguna de ellas; empero cualquiera que sea la práctica que se juzgue mas legal, parécenos debe ser uniforme en todos los Tribunales.

Para determinarla no debe perderse de vista la esencia del cargo de Relator; las leyes de la Novisima Recopilacion y las Ordenanzas de las Audiencias, si bien enumeran prolijamente sus atribuciones y deberes, nada espresan relativamente á su intervencion en los actos judiciales, aun cuando de aquellas se infiera, que puede considerarse como el secretario de la Sala; ó que sus funciones ante estas equivalen á las que ejercen los escribanos en los Juzgados; en

este concepto carece de duda que los Relatores tienen carácter oficial en los acuerdos judiciales, y admitida esta hipótesis, se deduce como consecuencia indeclinable que han de autorizarlos tal cual autorizan los secretarios ó escribanos los que ante ellos pasan; y no de otra forma podría concebirse su necesaria concurrencia á la confección de las sentencias definitivas é interlocutorias que causen estado, puesto que despojado de carácter oficial, quedaria limitado su cargo al de simple amanuense; cargo á la verdad poco digno para un letrado que ocupa su puesto despues de haber probado su aptitud en pública oposicion. Si con la creacion de los Ministros ponentes fuera la mente de la ley separar á los Relatores de toda intervencion en las espresadas sentencias, parece consecuencia lógica que debieran estenderse en el registro por los mismos ponentes, ó por un amanuense de su órden, toda vez que terminada la *vista* del pleito, ha debido, segun la jurisprudencia admitida, terminar aquellos su mision. Nosotros, si hemos de manifestar leal y francamente la opinion que sustentamos, habrémos de convenir en que los ponentes ejercen hoy muchas de las obligaciones peculiares antes al cargo de Relator, y necesariamente han debido cercenarse las atribuciones del mismo; mas no por eso asentirémos á menoscabar su importancia hasta el punto de establecer que ha quedado su mision reducida á la de mero lector sin representacion oficial en los autos mas que para suscribir los extractos. Creemos mas: creemos necesaria su concurrencia para la legalidad de los acuerdos colectivos de las Salas como funcionario creado por la ley á fin de recibirlos, y dar fé, digámoslo así, de la unidad y legitimidad del acto, y en tal concepto deben autorizarlo con su firma. Desaparezca en buen hora esa clase de los Tribunales de Justicia, sustitúyase por los Ministros ponentes en cuanto requiera conocimientos de derecho, quedando solo la ejecucion de los acuerdos á Secretarios no letrados, é indudablemente se economizará tiempo y gastos á los litigantes, reportando á la vez beneficios la administracion de justicia.

IV.

Tanto el órden que nos hemos propuesto seguir en el curso de estas observaciones, como la circunstancia de haber indicado algo acerca de los Ponentes, nos precisa á ocuparnos en este lugar de lo peculiar á su cargo en lo concerniente á nuestro objeto; una idea no obstante emitirémos ajena á él. Aceptamos como provechosa á

la mejor administracion de justicia la creacion de estos cargos; pero nos complaciera mas su institucion concediendo mayor ensanche á la esfera de lo que no vacilamos en llamar deberes de aquellos funcionarios. Nosotros hubiéramos deseado, como ligeramente antes se ha indicado, que á los Ministros ponentes se impusieran las obligaciones todas propias de los Relatores, desapareciendo estos funcionarios de los Tribunales de Justicia, siendo sustituidos por Secretarios no letrados, con solo las funciones que ejercen los Escribanos de Cámara, con mas la lectura del extracto. Las bases de este sistema y sus ventajas nos precisarian á desviarnos del plan propuesto; y por lo tanto, apuntada la idea, continuaremos esplanando las observaciones.

Enumera el artículo 37 de la ley los deberes del Ministro Ponente, y entre ellos se comprende el de «Informar á la Sala sobre la reforma ó adiciones del apuntamiento solicitada por los litigantes.» De esta prescripcion y de otras sucesivas, se infiere que corresponde á aquel funcionario convencerse de la conformidad del extracto con los autos; solo él coteja la resultancia. Sabido es que los artículos 86 y 109 de las Ordenanzas de las Audiencias que rigen desde 19 de diciembre de 1833, imponen la obligacion al Semanero de rubricarlo, y al Relator el de presentarlo á este efecto cuando lo lleve para que se tome providencia en algun negocio. Creados los Presidentes de Sala por Real decreto de 9 de diciembre de 1843 pasaron á estos las atribuciones y deberes otorgados á los Semaneros, segun esplicitamente lo dispuso el art. 5.º de otro Real decreto promulgado en 5 de enero de 1844, y desde aquella época corrió á cargo de los Presidentes de Sala la rúbrica de los extractos: dos objetos puede tener la adopcion de esta formalidad; la una manifestar la conformidad del apuntamiento con los autos; la segunda evitar la sustitucion de uno con otro. En el actual enjuiciamiento, ¿quién con mas razon debe cumplir con aquel precepto, el Presidente de Sala, ó el Ministro Ponente? Indudablemente parece atribucion del último, pues siendo de su incumbencia examinar la exactitud y conformidad de la relacion con el original; si solo á él le impone la ley la obligacion de estudiar los autos ¿quién mejor que él puede certificar su legitimidad y poner la nota de conforme? Pues ello no obstante existen dos prácticas diversas en los Tribunales de Justicia; en alguna Audiencia continúan los primeros prestando este servicio, en otras se trasmitió á los Ponentes desde que

la nueva ley de Enjuiciamiento civil principió á regir ; y parece que tambien debia uniformarse la práctica en este punto, bien por medio de una disposicion particular, toda vez que se trata de formalidad reglamentaria, bien estableciendo en la ley cuando en ella se introduzcan las reformas que la esperiencia aconseje, la oportuna aclaracion en el sentido de corresponder al Ministro Ponente, como parece lógico.

La segunda de las obligaciones asignadas al referido cargo, consiste en « examinar los interrogatorios y posiciones presentadas por los litigantes, y *calificar su pertinencia*; » y añade la ley: « Si se reclamare contra la calificacion que hiciere decidirá la Sala. » Forma distinta se ha introducido al ponerse en práctica esta disposicion en los Tribunales de Justicia. Si se medita bien acerca de la importancia de ella, se comprenderá distintamente la razon de la diferencia al ejecutarse la primera parte del precepto legal. O el Ministro Ponente tiene en el exámen y calificacion de los interrogatorios y posiciones, jurisdiccion propia y esclusiva, ó no la tiene sino colectivamente con los demás Ministros de la Sala: si lo primero será mas aceptable la forma de consignar por sí mismo su opinion en los autos, y no mediando sobre ella reclamacion de parte se lleva á efecto cual si fuera un acuerdo de la Sala, que es una de las prácticas adoptadas. Si carece de jurisdiccion esclusiva, entonces convendremos en que ha sido mejor interpretada la disposicion legal por la otra práctica establecida, segun la cual, hecha la calificacion de pertinencia ó impertinencia por el Ponente, la Sala admite ó deshecha la pretension mandando ejecutar lo acordado.

Antes de apreciar los diversos efectos prácticos de una y otra fórmula, preciso será que sentemos algunos principios de la ley relativamente á la prueba en segunda instancia. Concisa aquella en demasía se ha limitado á consignar en su art. 868 la facultad de las partes para exigirse confesiones, estado en que deben hacerlo, y condiciones que han de reunir; en el 867 estiende aquella facultad á la presentacion de documentos; en el 868 autoriza el recibimiento á prueba para utilizar cualquiera de los medios de hacerlo; en el 869 espresa los requisitos que deben concurrir para otorgarse aquel; y en el 870 dispone que para concederlo se ha de oír á la parte contraria y ha de informar á la Sala el Ministro Ponente. Guarda silencio la ley acerca de la sustanciacion que ha de darse al incidente de prueba, cuando la impugna el litigante contrario, co-

mo generalmente sucede; y tambien si al solicitarse el recibimiento deben proponerse los extremos, respecto de los cuales se desea suministrar. Desde luego la práctica actual de acuerdo con la antigua ha aceptado la de prévia citacion de las partes para resolver el incidente en vista pública. No existe igual conformidad en cuanto al segundo extremo; se observá unas veces que en la pretension de prueba se añaden los extremos sobre que ha de versar, y otras omite esta designacion. De no escasa importancia es determinar este punto en la ley; pues si los extremos deben espresarse precisamente al solicitarse el recibimiento á prueba, la mision del Ponente mas bien que la *de calificar* la pertinencia de los interrogatorios y posiciones consistirá en examinar si los formulados se hallan conformes con lo acordado por la Sala; por cuanto esta verdaderamente es quien ha hecho la calificacion de pertinencia al recibir los autos á prueba; empero si no es de esencia aquella espresion, entonces se está de lleno en la disposicion de la ley relativamente á los deberes de los Ministros Ponentes, y en tal concepto basamos nuestras observaciones, puesto que de él se deriva la razon de las dos prácticas adoptadas.

Ya se ha indicado antes en qué consiste cada una de estas, y para determinarlas bien distintamente, las enunciaremos con las mismas fórmulas adoptadas. La primera solo consigna en el procedimiento la opinion del Ponente en estos ó parecidos términos: *«Califico de pertinentes, ó impertinentes, los extremos contenidos en el interrogatorio presentado por tal parte, ó tales posiciones»*; cuya calificacion, autorizada únicamente con la firma del Ponente, se notifica á los procuradores de los litigantes, y si de ello no se produce por alguno de estos reclamacion, acuerda por sí su ejecucion, y ante él se cumple, ó por el juez inferior á quien delega; la Sala no tiene conocimiento alguno de semejante acuerdo, y ningun funcionario de los que intervienen en el juicio le autoriza; carece, pues, de forma y solemnidad. La otra práctica admite dos diversas fórmulas: la una consigna la opinion del Ponente en los términos espresados, y si de ella no se interpone reclamacion, la Sala, despues de establecer los fundamentos de hecho y de derecho, dicta providencia, admitiendo el interrogatorio ó posiciones presentadas, mandando procederse á la ejecucion en el modo que se pretende; y añade: *«a cuyo fin pasen los autos al señor Ministro Ponente.»* La segunda jurisprudencia omite estender en el proceso la

calificacion de este funcionario, y solo aparece en él la providencia de la Sala concebida en iguales términos; pero anteponiendo á la parte preceptiva esta cláusula *«oido in voce, el señor Ministro Ponente»*.Cuál de las fórmulas enunciadas sea mas conforme á ley, mas en armonía con la constitucion y costumbre de los Tribunales, y de menos inconvenientes en su ejecucion, es lo que debemos investigar.

La primera, con efecto, se acomoda perfectamente al testo literal de la ley vigente; empero aceptada en el foro, se destruye el principio de la autoridad colectiva en los Tribunales Superiores, otorgándola propia y esclusiva á los Ministros Ponentes, jueces únicos en esta materia; y á la verdad no será supérfluo preguntar: ¿De quién reciben estos esa potestad esclusiva? Alcanzamos la contestacion: de la misma ley. A pesar de tan categórica y verdadera contestacion, todavia objetaremos: pues si de su calificacion cabe reclamacion á la Sala, será su autoridad limitada, incompleta; no será propiamente potestad; así parece: luego será verdadero decir que su jurisdiccion se perfecciona, ó toma su esencia, del consentimiento de las partes, aquietándose con el dictámen que ha emitido; luego tampoco será mucho sentar, que se antepone al criterio de la Sala el criterio de uno de sus ministros garantido por la voluntad de los litigantes; y cuántos y cuáles inconvenientes de ello pueden sobrevenir, no hay para qué espresarlos; sin embargo, no nace de esta consideracion el principal, al prohibir la potestad exclusiva de los Ponentes en cuanto á la calificacion de pruebas, cuando aquella no es reclamada y constituye una verdadera decision firme; nosotros la encontramos en el modo y forma de practicarse; desde luego ella carece de toda solemnidad; no se halla revestida de las formalidades de todo precepto judicial: no obstante produce iguales efectos; y á pesar de no haber intervenido para acordarla ningun otro funcionario, se vé despues un Escribano de Cámara ejecutándola, sin constar en los autos debidamente autorizado para ello; y no sé tache de innecesaria esta autorizacion, puesto que tanto estos funcionarios, como los Relatores, fueron creados para las Salas de justicia, y en ninguna disposicion se ha prevenido que asistan á los Ministros Ponentes, y por consiguiente, fuera de la Sala respectiva ninguna facultad les compete, ningun servicio pueden legalmente desempeñar, sino los relativos al cumplimiento de lo acordado por aquella.

Si el objeto de estas observaciones se extendiera á comentar y analizar las disposiciones de la ley, combatiríamos ciertamente la autoridad esclusiva de los Ponentes en el exámen y calificación de las pruebas, no tanto por iinvertirse con ello el principio de la autoridad colectiva, concedida de antiguo á las Salas de justicia, como por otras consideraciones de alta importancia. La opinion de aquellos obtiene fuerza de ejecutoria por el asentimiento de las partes; queda, pues, á la voluntad de estos la admision de una prueba que pudiera considerarse impertinente por los restantes Magistrados, obligándoles á demorar el curso del procedimiento á consecuencia de una dilacion imprecendente. Las leyes que arreglan la tramitacion de aquellos pertenecen al derecho público; sus disposiciones tienen determinados los casos en que procede la prueba y los en que no debe admitirse; podria suceder que un Ponente calificara de pertinente alguna que no procediera, y por consiguiente no debiera, ni podia admitirse, y á su dictámen se sometieran los interesados; la voluntad privada en este caso alteraria las prescripciones de las leyes, que constituyen parte del derecho público, y los Magistrados se verian precisados á consentir impasibles una sustanciacion viciosa para utilizar medios probatorios inconducentes. Ciertamente en negocios civiles cede toda consideracion en beneficio del interés de las partes; estas instan, y ellas deben mostrarse guardadoras de sus propios derechos, pero entiéndese en nuestro concepto en lo relativo al interés privado; no así cuando se trata de disposiciones concernientes á la pública utilidad; así, pues, no se accederia á la próroga de un término improrogable, aun cuando ambas partes de comun acuerdo se interesaran en ello, ni tampoco á prolongar el probatorio á mas del legal, ni á variar la sustanciacion determinada para cada clase de juicio: al menos tal es nuestra opinion: en resumen, el sistema adoptado para el exámen y calificación de interrogatorios y posiciones impone á las Salas de justicia, la opinion de uno de sus individuos elevada á la categoria de decision judicial por el asentimiento de las partes, y ta sistema no parece el mas acertado.

En el terreno práctico, no son estos los únicos inconvenientes que ofrece la jurisprudencia que analizamos. El caso contrario, esto es, cuando los litigantes, ó alguno de ellos no se conforma con la opinion del Ponente consignada en el proceso, y reclama contra ella, y ha de decidir la Sala, los presenta dignos por cier-

to de atencion. Desde luego ocurre uno muy grave, y es, en determinar si aquel Ministro formará parte de la Sala que debe decidir, pues la verdad es que su opinion se conoce de antemano, y parece, si no ilegal, al menos reparable que constituya parte de ella, con mayoría de razon cuando sean solos tres los Ministros asistentes; en cuyo caso solo á dos puede racionalmente suponerse adornados de todos los requisitos necesarios para ver el incidente. Prohibicion absoluta imponia la antigua legislacion al Juez de revelar su opinion en el negocio sometido á su fallo; en este precepto la nueva ley de Enjuiciamiento precisa al Juez á declarar terminantemente; y como nada dice de su compatibilidad ó incompatibilidad, podria dudarse sobre circunstancia tan importante. La práctica acepta su asistencia á la vista de aquellos incidentes; pero siempre con la contingencia de discordar, causando con ello retrasos á la administracion de justicia y mayores gastos á las partes. Igual inconveniente se nos argüirá ocurre en todos los casos de pedirse reposicion de providencias de un Juez de primera instancia y en todos los en que se suplica de alguna para ante la misma Sala que la dictó; no deja de ser razonable la observacion, si bien existen algunas diferencias de las cuales nos ocuparemos en lugar oportuno; concretándonos ahora á indicar otra duda, que induce el silencio de la ley acerca del modo, forma y término en que debe producirse la reclamacion. ¿Podrá hacerse en el acto de notificar á las partes la calificación? ¿Deberá deducirse precisamente en escrito formal? ¿Se interpondrá ante el mismo Ministro Ponente ó ante la Sala? ¿Dentro de qué término se habrá de utilizar el recurso? Estas cuestiones, no obstante de un interés secundario, crean entorpecimientos prácticos, que unidos á los espuestos anteriormente, nos inclinan á considerar mas aceptable la otra jurisprudencia adoptada.

Segun esta, hecha la calificación por el Ministro Ponente, y no producida reclamacion de ella, la Sala llama los autos por Relator, y en su vista admite ó desecha la prueba articulada, mandándola en su caso recibir; ó conforme á la otra, y para nosotros menos inconveniente, propuesta la prueba y examinada por aquel funcionario, la Sala, oida *in voce* su calificación, dicta la providencia mas procedente. Estas prácticas á la verdad no contarán en su apoyo la literal disposicion de la ley; mas ellas salvan cuantos obstáculos presenta la primera; califica á no dudar el Ponente la pertinencia ó impertinencia de la articulada; aparece en los autos un decreto

revestido de las formalidades de derecho acordado por quien tiene jurisdiccion propia, y por consecuencia facultad para mandarlo ejecutar á sus subalternos en cuanto á estos concierna; evitase á los demás individuos de la Sala la presion de estar y pasar por una prueba que juzgaran improcedente; y sobre todo no se falta á la unidad en la administracion de justicia confiada á Tribunales colegiados, ni se antepone el interés privado á la pública utilidad; y de estas consideraciones deducimos tambien que se halla mas en armonía con la base sobre que descansa la constitucion de aquellos, y con la antigua práctica en cuanto pueda acomodarse á las prescripciones de la ley vigente.

«Si se reclamare contra la calificacion que hicieren, decidirá la Sala;» así lo establece la segunda parte del núm. 2.º del art. 37. Ya se ha indicado que nada espresa el testo legal acerca del modo, forma y término para producirse esta reclamacion, ni tampoco acerca de la sustanciacion que esta deba seguir, y tal vacío ha originado diversa jurisprudencia. Segun una, interpuesta la reclamacion, la Sala llama los autos por Relator, y sin más trámites acuerda la resolucion que considera justa; segun otra, se oye previamente á la parte que reclama con entrega de los autos para instruccion, y devueltos, citada, resuelve en justicia; y segun otra dando mayor solemnidad al incidente, manda la entrega de los autos á ambas partes para instruccion, y previa citacion de las mismas y vista pública, pronuncia su fallo. La adopcion de una ú otra de estas prácticas es consecuencia de la que se haya establecido para la calificacion del Ponente; si esta se estiende en el procedimiento de la manera espresada, no vacilamos en optar por la última, tanto por ser reproduccion de la práctica antigua, cuanto por otorgar la debida solemnidad á una solicitud de reconocida importancia en el proceso, mayormente cuando la prueba articulada por una parte sea impugnada por la contraria; y cuando la falta de citacion competente podria ser causa de nulidad; empero si dicha calificacion no figura en los autos, sino solamente la providencia acordada por la Sala, despues de oír *in voce* aquella, en este caso no concebimos ulterior reclamacion, puesto que equivaldria á una *súplica ante la misma Sala*, cuyo recurso no se concede contra los acuerdos de esta especie, conforme á lo dispuesto en los arts. 871 y 872. Además, jurisprudencia tan conforme en nuestro sentir al tratarse de interrogatorios y cualquiera otra prueba instrumental, no la reputamos conveniente ni conforme á los buenos principios de dere-

cho, si la producida consiste en posiciones propuestas por uno á otro litigante, pues estas tienen el carácter de reservadas hasta el momento de prestar la declaracion aquel á quien se piden; cuyo carácter pierden luego que calificadas de pertinentes ó impertinentes por el Ponente, reclama la parte ante la Sala, promoviéndose el incidente que antes hemos apuntado. Como la ley no distingue entre interrogatorios y posiciones, la jurisprudencia adoptada para llevar á efecto en la forma mas equitativa su precepto, tampoco distingue, si bien en algun caso, con objeto de salvar este inconveniente, se manda la entrega de autos para instruccion, quedando reservadas las posiciones en la Escribanía durante la sustanciacion del incidente, y por consecuencia la discusion se limita al modo y tiempo en que aparecen propuestas.

De las observaciones enunciadas venimos á deducir la necesidad de establecer reglas precisas y terminantes para uniformar la práctica en orden al modo y forma de ejercer su cargo los Ministros Ponentes, principalmente en lo relativo á la materia de que se trata. Opinamos por que sus dictámenes, ó llámense informes, sean verbales y privados á la Sala, con cuyo método se evita la publicidad de su opinion, y que aparezca esta alguna vez desairada por acuerdo contrario de aquella, limitándose en consecuencia su mision á examinar los interrogatorios y posiciones presentadas por los litigantes é *informar* á la Sala sobre su conformidad ó no conformidad con lo acordado por ella; la misma en su virtud resolverá en justicia. Como precedente á esta disposicion debíase prevenir que antes de notificarse la providencia mandando pasar los autos al Relator para la conclusion, pueden las partes proponer prueba, expresando los extremos sobre que ha de recaer; de la solicitud de una conferirse necesariamente traslado á la contraria, y despues de pasar el pleito al Ministro Ponente, la Sala, prévia citacion, y en vista pública caso de mediar impugnacion, resuelva lo que crea justo. Si la propuesta consistiera en confesion judicial, la Sala, con solo el dictámen verbal de aquel, prévia entrega del pleito, proveerá lo procedente. Parece que la designacion de estos sencillos trámites, á la vez que espresamente marcados en la ley uniformarian la jurisprudencia de los Tribunales, se conseguiria tambien economia de tiempo y gastos, además de las ventajas antes mencionadas.—(Se continuará.)

Cárlos María Brú.

¿Procede pedir ejecutivamente y por escrito cuando el acreedor no reclama mas de treinta duros, pero teniendo en su favor un título de los que traen preparada ejecución?

Jamás se nos habia ofrecido duda alguna que nos pusiera en el caso de hacer esta pregunta, persuadidos firmemente de no proceder otro juicio que el verbal en el consultado. Pero habiendo visto pensar de otro modo á mas de un juez, y lo que mas nos ha llamado la atencion, habiendo oido que en un Tribunal Superior se habia revocado cierta providencia denegando la ejecución en caso parecido, por mas que ni tengamos certeza de si existe ese Real auto, ni menos le creamos, nos tomamos la libertad de molestar la atencion de VV., rogándoles que emitan su opinion por tantos títulos respetable.

Toda cuestion entre partes, dice el art. 1162 de la Ley de Enjuiciamiento civil cuyo interés no esceda de seiscientos rs., se decidirá en juicio verbal, y su letra parece no dejar duda de no poderse pedir por escrito cuando se reclama una cantidad no mayor que aquella.

Sabemos (y son las en que se fundan quienes piensan de otro modo) las palabras del 1134 *«cualquiera que sea la cantidad de que se trate»* pero sobre poderlas decir aclaradas por las siguientes *«en los casos en que proceda con arreglo á derecho»*; para nosotros no han tenido jamás otro objeto (si así podemos esplicarnos), que el de evitar el que se diese al precedente la interpretacion dada en su tiempo por algunos á la ley de 1838 para los negocios de menor cuantía, pero entre eso y no admitir un juicio escrito por cien reales hay una distancia inmensa. ¡Bellísimo modo habria sido ese de *«procurar la mayor economía posible»* en la tramitacion!

Comprendemos la necesidad de no confundir el juicio ejecutivo con el declarativo; sabemos que ni aun el nombre de juicio quisieran dar algunos al primero, pero aun prescindiendo de que la ley así lo llama y de esa cuestion de nombres de ningun interés para los litigantes, no encontramos fundamento por ello para la opinion contraria, buena solo, á nuestro juicio, para multiplicar los pleitos y causar la ruina de los pequeños deudores.—UN ANTIGUO SUSCRITOR.

Contestacion.

Opinamos del mismo modo que nuestro ilustrado suscriptor. A

las razones que dá añadiremos dos que tienen importancia á nuestro modo de ver.

Es la primera la diferencia notable que hay en la Ley de Enjuiciamiento civil en la redaccion de lo que al particular se refiere entre los juicios de menor cuantía y los verbales. Los primeros artículos de uno y otro juicio son exactamente iguales, sin mas diferencia que la que era indispensable respecto á su denominacion y á la cuota, acerca de que pueden versar, pues que el art. 1133 dice: *Toda contestacion entre partes cuyo interés no exceda de 5,000 reales, se decidirá en juicio de menor cuantía;* y el 1162, *toda cuestion entre partes, cuyo interés no exceda de 600 rs., se decidirá en juicio verbal.* Pero despues de esta enunciacion se diferencian los títulos referentes á estos dos juicios, en que al paso que en el verbal nada se añade, en el de menor cuantía se lee este otro artículo que es el 1134: *Lo dispuesto en el artículo anterior; se entiende sin perjuicio de la accion ejecutiva, de la cual podrá usarse, cualquiera que sea la cantidad de que se trate, en los casos en que proceda con arreglo á derecho.* ¿Y por qué esta diferencia? ¿Es de presumir que si la intencion del legislador hubiera sido que se reservase la accion ejecutiva en los juicios verbales como en los de menor cuantía hubiera dejado de escribirlo en aquellos como en estos? ¿Y hay acaso motivos para interpretar estensivamente lo dispuesto en el artículo 1134 de unos á otros juicios? Al hacernos cargo de la segunda razon en que nos fundamos, demostraremos á nuestro modo de entender, que nada hay que pueda aconsejar esta interpretacion.

Por esto nos parece extraño que se quiera ampliar el art. 1134 que solo es una esplicacion de lo que el anterior establece, respecto á los juicios de menor cuantía, á lo que en otro título y acerca de otro juicio se dice mas adelante. Las palabras del citado artículo 1134 «cualquiera que sea la cantidad de que se trate» no se refieren, no pueden referirse mas que al artículo á que espresamente aluden y por lo tanto á los juicios en que se trate de cantidades que excediendo de seiscientos reales no pasen de tres mil. El artículo que modifica no puede llevarse mas allá del modificado.

Mas fuerte que esta razon es la segunda que pasamos á esponer en apoyo de nuestro dictámen. En los juicios de menor cuantía, el juez del partido es el competente en la primera instancia y la Audiencia territorial entiende en la segunda: en los verbales conoce en la primera instancia el juez de paz y en la alzada el de par-

uido. Esto supuesto ¿puede creerse que quepa en la ley que se cambie el orden de las jurisdicciones que tiene establecido en consideracion á la diferente cuantía de los negocios que se ventilan y que segun la diversa manera de entablar las pretensiones, sean ya unos ya otros los juzgadores? ¿Puede presumirse que se haya querido llevar á las Audiencias la decision de una demanda que tenga por objeto muy pocos reales? ¿Puede creerse que al que se le confia la decision de los juicios declarativos de apreciacion mas dificil, se le quisiera negar el conocimiento de los que por fundarse en un derecho mas claro, como suelen ser los negocios, que cuando se trate de cantidades de mas monta, se ventilan en el juicio ejecutivo, son de resolucion mas fácil? No lo creemos: por esto opinamos con nuestro suscriptor y hacemos nuestro su dictámen.

Los Directores de la Revista.

DE LOS EMBARGOS PREVENTIVOS.

¿Podrá un Juez de paz decretar un embargo preventivo cuando la cuantía sobre que verse no esceda de 600 rs., ó deberá acudirse para que tenga efecto, al Juez de primera instancia, sin perjuicio de que se celebre ante el Juez de paz el juicio verbal que corresponda, para tratar del pago de la cantidad?

Fundándose en lo absoluto y terminante que es el artículo 930 de la Ley de Enjuiciamiento civil, opinan algunos que para que tenga efecto un embargo preventivo sobre cantidad que no esceda de 600 rs., debe acudirse al Juez de primera instancia, porque al establecer la ley su competencia en este punto, no hace distincion; de lo cual deducen que, sea cual fuere la cuantía del negocio, es esclusiva la facultad de dicho Juez. Pero yo, aunque incompetente en la materia, entiendo lo contrario, y me fundo para ello en las consideraciones siguientes: 1.ª que no pudiendo los jueces de primera instancia conocer mas que en segunda de las cuestiones cuyo interés no esceda de 600 rs., seria un contrasentido el acudir á ellos para embargar bienes preventivamente á las resultas de un juicio verbal, en que acaso no se reclamasen mas que 20, 40 ó 100 reales, para lo cual tendria el acreedor que presentar escrito, y deberia instruirse espedito en toda regla, causándose costas esec-

sivamente mayores que el débito, para cuyo pago tal vez no alcanzaran los bienes embargados ni aun los recursos del que solicitare la diligencia: 2.^a que en los juicios verbales no pueden admitirse escritos, indispensables para decretar dichos embargos; y 3.^a que no tendria objeto el que un Juez de paz, despues de haber efectuado el embargo con dictámen de asesor, remitiese al de primera instancia las diligencias relativas á un juicio de que solo podia conocer en segunda, y esto en el único caso de no consentirse la sentencia por las partes.—JUAN DE ORTEGA.

Contestacion.

No son nuevas las medidas de garantía establecidas en beneficio de los acreedores para asegurar las resultas del juicio que promuevan contra sus deudores: además de los privilegios que disfrutaban en la sustanciacion de los juicios ejecutivos, siempre han podido disponer de otros medios contra la mala fé de los que ocultan sus bienes y se declaran insolventes por no pagar sus deudas. La ley 41, tít. 2.^o, Part. 3.^a, estableció la fianza de estar á derecho que el demandante podia exigir á su demandado; otra del mismo Código dispuso el secuestro preventivo de la cosa mueble, objeto de la demanda; y despues, el Reglamento provisional para la administracion de justicia, aceptando esta misma doctrina, autorizó á los alcaldes, como jueces de paz, para que, á peticion del demandante, decretasen la retencion de efectos de un deudor, que intentara sustraerlos, procediendo inmediatamente á la celebracion del juicio de conciliacion.

Mas como de esta facultad podia abusarse, y de hecho se abusaba por los acreedores demasiado suspicaces, causando vejaciones injustas á sus deudores, se ha reconocido la necesidad de restringirla, y asi lo ha hecho la ley de Enjuiciamiento civil, exigiendo ciertos requisitos para que pueda decretarse dicha retencion, á que ha dado el nombre de embargo preventivo, y limitando las atribuciones de los Jueces de paz respecto de este punto. Nos concretaremos á hablar de estas atribuciones al contestar la consulta que antecede, toda vez que versa solamente sobre ellas.

«En los pueblos cabezas de partido, dice la ley (art. 930), solo los Jueces de primera instancia pueden decretar el embargo preventivo.» Estas palabras de sentido claro y terminante no admiten interpretacion: solo los Jueces de primera instancia tienen hoy

competencia para decretar embargos preventivos; ninguna otra autoridad puede acordar esta medida de garantía, que asegura el resultado á que aspira un demandante al entablar su accion. Pero esto se entiende, como la misma ley lo espresa, cuando el embargo se pide en los pueblos cabezas de partido, pues si se pidiere esta diligencia en cualquier otro donde no resida el Juez de primera instancia, podrán decretarla los Jueces de paz, segun lo establece el artículo citado, aunque con ciertas condiciones que impone para asegurar el acierto; á saber, que lo hagan con dictámen de Asesor, si no fueren Letrados, y que, practicado el embargo, remitan las diligencias al Juez de primera instancia.

Desde luego se vé que la ley habla en términos generales sin hacer distincion entre los negocios de mayor y de menor cuantía, ni entre los que competen á los Jueces de primera instancia y los que deben ventilarse en juicio verbal ante los Jueces de paz. Todos están comprendidos en su prescripcion, sea cual fuere la importancia de la cosa ó cantidad por que se haya de litigar. En todos se han de observar las mismas formalidades. Todos se hallan sujetos á la misma tramitacion.

Al espresarnos de este modo, dejamos ya indicada la opinion que sobre este punto profesamos. Creemos, fundados en las palabras terminantes de la ley, que si un acreedor trata de asegurar, por medio del embargo preventivo, las resultas de un juicio cualquiera, debe acudir al Juez de primera instancia solicitando esta diligencia, cuando los bienes que hayan de embargarse existan en la cabeza del partido; y si se hallan en cualquier otro de los pueblos que lo componen, pueden acudir al Juez de paz respectivo, quien lo habrá de decretar con dictámen de Asesor, si no fuere Letrado, y en todo caso, remitir á aquella autoridad las diligencias, luego que se hubiere practicado; entendiéndose todo ello sin perjuicio de la competencia del Juez que deba conocer de la cuestion principal, que es independiente.

Pero la disposicion de que nos ocupamos, no ofrece los inconvenientes que se manifiestan por el autor de esta consulta. La competencia de los Juzgados de primera instancia para decretar embargos preventivos, no causa costas escesivamente mayores que las que se ocasionan en los Juzgados de paz, porque en unos y otros Juzgados es igual la tramitacion del embargo, aunque sea diferente la de los juicios de que respectivamente conozcan. No de-

be confundirse el embargo preventivo con el juicio que le sigue; este se sustancia con mas economía en los Juzgados de paz, porque su tramitacion es sencilla y breve; pero aquel está sujeto á las mismas reglas en unos y en otros Juzgados; de modo que si un juicio verbal, celebrado ante un Juez de paz, es rápido y poco costoso, un embargo preventivo para asegurar sus resultados seria pesado y dispendioso en el mismo Juzgado, puesto que habia de pedirse y decretarse con las mismas formalidades que si se pidiera y decretara para asegurar el resultado de un pleito de gran cuantía. Las diligencias de embargo son siempre iguales: es, pues, indiferente, si se atiende á las costas, que se instruyan ante los jueces de primera instancia ó ante los Jueces de paz. Solo puede haber alguna diferencia entre las que devenga el escribano en aquellos y el secretario en estos; pero tal inconveniente merece despreciarse, cuando se compensa con la ventaja que produce el conocer de estos negocios una autoridad que, por sus circunstancias y su posición, ofrece mayores garantías.

Hermenegildo María Ruiz.

DE LOS JUICIOS VERBALES.

¿Puede, en los juicios verbales, hacerse por cédula la citacion del demandado, hallándose este fuera de la poblacion, pero en su término jurisdiccional?

En este caso, ¿puede celebrarse el juicio en rebeldía?

Aunque la consulta que antecede está concebida en términos demasiado concisos, nos parece que consiste la duda en si, hallándose un demandado fuera de su casa cuando se le vá á citar para celebrar un juicio verbal, habrá necesidad de notificarle á él mismo, por hallarse dentro del término jurisdiccional, ó si bastará entregar á otra persona la papeleta que dió el demandante, para que se entienda bien hecha la citacion. Es posible que haya sido esta la duda cuya resolucion se nos pide, y en tal sentido vamos á contestar.

El artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece terminantemente que, si á la primera diligencia que se practique en busca de la persona á quien se trata de notificar, no fuere habida, se haga la notificación por cédula sin necesidad de mandato judicial.

Esta disposición se entiende para el caso en que dicha persona se halle accidentalmente ausente de su casa; y prescindiendo del punto en que se encuentre en aquel instante, manda que no se la busque mas (1). De consiguiente, es igual que el demandado á quien se ha de citar se halle en el término del pueblo ó fuera de él: su paradero nada importa en este caso: sea cual fuere, quedará bien hecha la citación, entregando la papelota á su mujer, hijos, parientes que vivan en su compañía, criados ó vecinos, como lo dispone el art. 228 de la misma ley que, aunque no habla de los juicios verbales, tiene natural aplicación á ellos. La citación hecha de este modo produce sus efectos, como los produciría, si se hiciera en la persona misma del demandado, aunque se encuentre, no ya en el término jurisdiccional, según supone la consulta, sino aun dentro del pueblo mismo.

Y la razón que la ley ha tenido para establecerlo así es muy obvia: la actividad en la administración de justicia. Si para que la citación del demandado pudiera causar estorbo, fuese necesario hacerla en su persona, se dilataría la celebración de un juicio todo cuanto el mismo demandado quisiera, porque, una vez apercibido de las gestiones del actor, eludiría muy fácilmente la notificación de la demanda por el medio sencillo de salirse de la población en aquel instante, ó trasladarse á la casa del vecino, ú ocultarse en alguna habitación de su misma casa, sustrayéndose así al escribano ó secretario que fuese á notificarlo.

Para precaver este mal, y á falta de una disposición legal que proveyese el remedio; estableció la práctica que si á las tres diligencias en busca no pudiese ser habida la persona á quien se hubiese de notificar, se dejase á su familia una cédula que contuviera la providencia, y así se observaba. Mas después, perfeccionó este mismo pensamiento la ley de 4 de junio de 1837, disponiendo que á la primera diligencia en busca, se dejase ya la cédula citatoria, si no fuese habido el que se había de notificar; y aunque los autores prácticos han suscitado la duda de si en esta disposición se comprendería ó no el emplazamiento de la demanda, no puede ha-

(1) Exceptúanse solamente los tres casos especiales que determina la ley, de citación para el juicio verbal en los de desahucio, y requerimiento de pago y citación de remate en los juicios ejecutivos, en los cuales deberá buscarse dos veces al que ha de ser citado ó requerido, para que la diligencia pueda practicarse por cédula. Arts. 640, 955 y 959. ; ;

ber ya en el día motivo de cuestion sobre este punto, porque la ley de Enjuiciamiento civil ha ordenado de un modo terminante lo que acabamos de esponer. Es, por consiguiente, indudable, que el demandado que no sea habido á la primera diligencia que se practique en su busca, puede y debe ser citado y emplazado en la persona de su mujer, hijo, pariente, criado ó vecino.

Otra cosa sería si la ausencia de su casa no fuese accidental, como venimos suponiendo, sino que tuviese su residencia fuera del territorio del Juzgado que le mande citar. Entonces debería dirigirse oficio al del punto en que se hallase, para que la citacion tuviera efecto, segun lo establece el art. 1169.

Respecto de la segunda parte de la consulta, contestaremos repitiendo las palabras de la ley en el art. 1173. «No compareciendo el demandado, continuará el juicio en su rebeldía sin volver á citarlo.»

Hermenegildo María Ruiz.

DERECHO CIVIL Y MERCANTIL.

Cuando uno de los socios de una compañía formada con arreglo al derecho civil ó mercantil hace concurso de acreedores ó quiebra, podrán sus consocios exigir que la sociedad continúe, si esto es conveniente á sus intereses?

Que la cesion de bienes y la quiebra son causas en virtud de las cuales queda disuelta la sociedad, tanto con arreglo á los principios del derecho civil, como á los del mercantil, está fuera de duda. Pero conviniendo con la regla en general, hemos visto sostener que no debia entenderse del caso en que los socios que no habian hecho concurso de acreedores, ó quiebra, creyeran conveniente que continuara la sociedad; y esta opinion es la que examinamos.

Que la disolucion de la sociedad en el caso de concurso ó quiebra de uno de los socios está introducida sola y esclusivamente en favor de los otros asociados, no puede ponerse en duda á nuestro modo de entender. El concurso ó quiebra, como dice oportunamente M. Troplong, destruye la igualdad entre los miembros de la asociacion, hace recaer sobre los que son solventes el peso de las obligaciones á cuya satisfaccion el insolvente no puede contribuir y perturba la sociedad por la intervencion que en ella deberian tener los acreedores del fallido si el contrato continuase en observancia.

Para evitar estos inconvenientes á los s3cios es por lo que la ley en su prevision ha establecido que la sociedad sea disuelta.

Como consecuencia de lo dicho parece deducirse que cuando los s3cios creen conveniente á sus intereses que continúe la sociedad, tengan el derecho de obligar al concursado 3 quebrado, 3 á los que tengan su representacion, á que siga en ella; determinacion á que tampoco pueden oponerse los acreedores que al suceder en sus derechos al fallido le reemplazan tambien en sus obligaciones. Por esto dice M. Pardessus, que la quiebra no es como la muerte un acontecimiento necesario y natural, que á la vez disuelva todas las obligaciones del quebrado. En una palabra, la cesion 3 la quiebra dá lugar á que sean exigibles todas las deudas del fallido, pero no á compeler á los deudores á pagar antes del término de sus respectivas obligaciones, y los acreedores deben contentarse con poder obtener la liquidacion y la division al tiempo en que correspondia hacerlo segun las bases del contrato.

Estas razones nos parecan tan fuertes en el terreno del derecho constituyente, tan conformes con los principios en que se funda la disolucion de la sociedad por razon de concurso 3 quiebra, que suscribiriámos á ellas por parecernos concluyentes, si conceptuásemos que cabia dentro de nuestro derecho escrito: no podemos, sin embargo, hacerlo, visto el tenor de las leyes de Partida y del Código de Comercio. La ley 10, tít. 10 de la Part. 3.^a dice á este propósito: «E aun decimos que se desfaze la compañía si alguno de los compañeros es encargado de muchos débdos, que ha á desamparar por ende todos sus bienes (é) á aquellos á quien son obligados, por razon de las débdas.» Esta disposicion parte de la equiparacion para los efectos de la sociedad del fallido con el muerto, y aplica rigorosamente la misma disposicion al uno y al otro. Mas terminante está si cabe el art. 929 del Código de Comercio, que entre las causas en virtud de las cuales se disuelven totalmente las compañías mercantiles, pone como quinta: *Por la quiebra de la sociedad 3 de cualquiera de sus individuos.* Palabras tan concluyentes de las leyes no permiten que á título de penetrar en su espíritu, les demos un sentido que estamos convencidos estuvo lejos del ánimo del legislador.

Pedro Gomez de la Serna.

ÍNDICE CLASIFICADO

DE LOS

ARTÍCULOS Y MATERIAS DEL TOMO DIEZ Y SIETE.

SECCION DOCTRINAL

PÁGINAS.

Estudios históricos y filosófico-jurídicos. —De las exposiciones razonadas sobre los proyectos de ley; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.	90
Origen y progresos del Estado y del Derecho en España; por D. EDUARDO PEREZ PUJOL.	305
Sobre las Colecciones legislativas; por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.	465
Derecho civil. —De la legitimación (Art. 2.º); por D. CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ.	343
De las condiciones.—¿Cuándo son posibles, en sentido legal, las condiciones de no casarse ó de casarse? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.	351
De la sucesion intestada.—Cuál debe ser el limite de la sucesion intestada; por D. SALUSTIANO OLÓZAGA.	425
De las ganancias y mejoras en una sociedad industrial.—Contestacion á varias consultas; por D. ALEJANDRO GROIZARD.	452
Del feudalismo y de los señorios territoriales en Aragon; por D. MANUEL LASALA.	482
Del contrato de sociedad.—¿Cuando en un contrato de sociedad se pone una cláusula de carácter leonino, la nulidad de esta cláusula queda limitada solamente á ella ó anula todo el contrato? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.	495
Las cartas de gracia como son y como deben considerarse; por D. JOSÉ MARIA ROYO Y MURCIANO.	498
De la opcion dotal; por D. FRANCISCO DE POU.	505
De las capellanias laicales.—¿Las capellanias laicales de patronato activo ó pasivo de sangre y demás fundaciones de su	

- clase, están comprendidas en la denominacion de piadosas familiares, á que se refirieron, primero el Real decreto de 30 de abril de 1852, derogando las disposiciones á las últimas respectivas, y despues el de 28 de noviembre de 1856; siendo aplicable por lo tanto á las primeras lo ordenado en los citados decretos, y referente á las mismas el art. 10 del Convenio formado con la Santa Sede en 25 de agosto de 1859? Por D. DOMINGO IBAÑEZ. 510
- Derecho civil y mercantil.**—Cuando uno de los socios de una compañía formada con arreglo al derecho civil ó mercantil hace concurso de acreedores ó quiebra, ¿podrán sus consocios exigir que la sociedad continúe, si esto es conveniente á sus intereses? Por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA. 539
- Derecho penal.**—Sobre el dolo; por D. JOSÉ VICENTE Y CARABANTES. 49
- Análisis de la prescripcion del derecho de acusar y de la prescripcion de las penas.—¿Son filosóficos los principios que rigen en estas materias? Por D. CAYETANO POBLACION Y FERNANDEZ. 409
- Derecho administrativo.**—De los establecimientos penitenciarios.—Dictámen emitido por D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA, como Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, en el expediente sobre una proposicion para levantar cuatro grandes establecimientos penales. 373
- Derecho mercantil.**—De las compañías mercantiles.—Establecida una sociedad mercantil sin ninguno de los requisitos previos que la ley exige, ¿podrá el Tribunal de comercio del distrito obligar de oficio á los que resulten socios al otorgamiento de la escritura prevenida en el art. 284 del Código, y hasta imponerles la multa de diez mil reales señalada en el 285? Por D. FRANCISCO FORNER. 366
- Derecho marítimo.**—Sobre las presas y el derecho de investigacion y visita; por D. FRANCISCO DE POU. 72
- Derecho internacional privado.**—¿Será válido y producirá efectos legales en España el matrimonio civil contraido por dos españoles residentes en Francia, observando las formalidades que allí se prescriben para la legitimidad del matrimonio? Por D. JOAQUIN MANUEL DE MONER. 42
- Legislacion hipotecaria.**—Proyecto de ley hipotecaria, presentado á las Córtes. 102
- Exposicion de los motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria elevado al Gobierno por la Comision de Codificacion. 103
- Proyecto de ley hipotecaria redactado por la misma Comision. 225
- Arancel de los honorarios que devengarán los Registradores, segun este Proyecto. 303

Observaciones al Proyecto de ley hipotecaria; por D. TELESFORO GOMEZ RODRIGUEZ.	359
Id. al id. (Art. 2.º); por el mismo.	439
Id. al id. (Art. 3.º); por el mismo.	517
Legislacion ultramarina. —De las leyes de procedimientos en las Islas Filipinas.—Procedimiento civil.—Procedimiento penal. Por X.	5
Enjuiciamiento civil. —Inconvenientes en la aplicacion práctica de algunas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil.—Cuestiones á que dá origen. Por D. CÁRLOS M. BRÚ.	28 y 521
De la acumulacion de recursos de casacion.—Dictámen emitido por el Abogado fiscal de Hacienda del Tribunal Supremo de Justicia D. ALEJANDRO GROIZARD, en el recurso de casacion interpuesto de una sentencia de la Real Audiencia de Madrid, á nombre de los condes de Chinchon.	35
De la manera de advenir los testamentos en Aragon; por D. DOMINGO IBÁÑEZ.	38
De la citacion á instancia de parte.—Cuando un juzgado, á instancia de parte, cita á alguno para que reconozca su firma ó deuda, y prepara así la accion ejecutiva, ¿es obligatorio que el citado asista y declare? Por D. EDUARDO GOMEZ SANTA MARÍA.	83
<i>Del recurso de casacion.</i> —1.º Idea general acerca de este recurso.—2.º Cuándo es admisible.—3.º De los incidentes sobre su admission ó denegacion.—4.º De los trámites hasta su decision.—5.º De los recursos de casacion que, aunque admisibles, no deben prevalecer.—Y 6.º Del recurso de casacion á instancia del Ministerio fiscal. Por D. MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA.	385
Consultas. —111.—La sentencia de remate dictada sin haberse opuesto el deudor citado personalmente ó por medio de cédula, ¿es preciso que se publique en el <i>Boletín oficial</i> de la provincia? Consulta de D. CÁRLOS MONTESORO, contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	388
112.—La exclusion prescrita por el art. 56 de la ley de Enjuiciamiento civil para que los Presidentes de Sala no diriman discordias, ¿es tan general, tan absoluta, que en ningun caso puedan ni deban ser dirimientes? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	462
113.—¿Procede pedir ejecutivamente y por escrito cuando el acreedor no reclama mas de treinta duros, pero teniendo en su favor un título de los que traen preparada ejecucion? Consulta contestada por los DIRECTORES DE LA REVISTA.	532
114.—De los embargos preventivos.—¿Podrá un Juez de paz decretar un embargo preventivo cuando la cuantía sobre que verse no esceda de 600 rs., ó deberá acudirse, para que tenga efecto, al Juez de primera instancia, sin perjuicio de que se celebre ante el Juez de paz el juicio verbal que corresponda,	

para tratar del pago de la cantidad? Consulta de D. Juan de ORTEGA; contestada por D. HERMENEGILDO MARÍA RUIZ.

534

115.—De los juicios verbales.—¿Puede, en los juicios verbales, hacerse por cédula la citación del demandado hallándose éste fuera de la población, pero en su término jurisdiccional? En este caso, ¿puede celebrarse el juicio en rebeldía? Por Don HERMENEGILDO MARÍA RUIZ.

537

Ex. 92/04

FIN DEL ÍNDICE.



