

Jean-Étienne-Marie Portalis

Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil



Discurso preliminar
sobre el proyecto de Código civil

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil

Jean-Étienne-Marie Portalis

Traducción de Adela Mora

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2014

Historia del derecho, 31

© 2014 Adela Mora, para la traducción

Diseño: TALLERONCE

ISBN: 978-84-89315-74-7

ISSN: 2255-5137

Depósito Legal: M-36296-2014

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/19797>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

NOTA

En el periodo propiamente revolucionario, antes de que Napoleón se hiciera con el poder, se sucedieron en Francia varios proyectos de Código civil. Durante la Convención, Cambacérès, presidente del comité de legislación, presentó el 9 de agosto de 1793 un proyecto de código civil; el 9 de septiembre de 1794 sometió a la Convención un segundo proyecto; todavía en junio de 1796 concluyó un tercer proyecto. En las tres ocasiones Cambacérès fue víctima de una coyuntura política poco favorable. Otros intentos también fracasaron. Justo después del golpe de Estado que acabó con el Directorio e inició el Consulado (9 de noviembre de 1799), Jacqueminot presentó el último proyecto de la Revolución.

Posteriormente, el 12 de agosto de 1800, Napoleón designó una comisión de cuatro miembros encargados de establecer las bases de la legislación civil: Tronchet (1726-1806), Portalis (1746-1807), Bigot de Prémeneu (1747-1825) y Maleville (1741-1824). Tras cinco meses de trabajo, el proyecto de la comisión fue impreso el 21 de enero de 1801 (1º de pluvioso del año IX). Aunque sufrió modificaciones en varios aspectos importantes, el Código civil de 1804 deriva claramente de él.

El proyecto venía precedido por un *Discurso preliminar* –el texto objeto de esta publicación– atribuido a Portalis, su primer firmante, quien lo pronunció en la presentación del mismo. En él se exponían los motivos de los miembros de la comisión: comenzaba por una breve historia sobre la idea de la codificación, exponía a continuación la necesidad de ser moderado en ma-

tería legislativa y justificaba finalmente la estructura del código. Para ello explicaba las opciones elegidas ante el enfrentamiento entre el antiguo y el nuevo derecho, y los principios que habían inspirado la redacción del proyecto.

Para la traducción que aquí se publica se ha tomado como base la edición de Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo 1, París 1836, pp. 463-523. El título del volumen se inspira sin embargo en el que le dio su nieto Frédéric Portalis, que lo incluyó en el volumen Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, París 1844.

La edición se hace con la esperanza de seguir ofreciendo en el futuro otros textos relativos al *Code*.

DISCURSO PRELIMINAR

PRONUNCIADO

CON OCASIÓN DE LA PRESENTACIÓN DEL PROYECTO

DE LA COMISIÓN DEL GOBIERNO

Un decreto de los cónsules del pasado 24 de termidor encargó al ministro de justicia que nos reuniera en su casa para «comparar el orden seguido en la redacción de los proyectos de código civil publicados hasta hoy; determinar el plan que nos pareciera más conveniente adoptar y discutir luego las principales bases de la legislación en materia civil.»

Este decreto es conforme al deseo manifestado por todas nuestras asambleas nacionales y legislativas.

Nuestras reuniones han terminado.

Somos responsables ante la patria y ante el gobierno de la idea que nos hemos hecho de nuestra importante misión, así como de la manera en que creímos que se debería cumplir.

Francia, así como los otros grandes estados de Europa, ha crecido gradualmente por la conquista y por la libre unión de diferentes pueblos.

Los pueblos conquistados y los que han permanecido libres siempre han estipulado en sus acuerdos y en sus tratados la conservación de su legislación civil. La experiencia demuestra que los hombres cambian más fácilmente el poder que las leyes.

De ahí esta prodigiosa variedad de costumbres que se encontraba en un mismo imperio: podría decirse que Francia no era sino una sociedad de sociedades. La patria era común, y particulares y distintos los estados. El territorio era uno, y diversas las naciones.

Algunos magistrados dignos de estima habían concebido, más de una vez, el proyecto de establecer una legislación uniforme. La uniformidad es un género de perfección que, según las palabras de un célebre autor, *atrae algunas veces a los grandes espíritus y alcanza de modo infalible a los pequeños.*

Pero ¿cómo dar las mismas leyes a hombres que, aun sometidos al mismo gobierno, no vivían bajo el mismo clima y tenían costumbres tan diferentes? ¿Cómo extirpar costumbres a las que estaban apegados como si fueran privilegios y se consideraban como otras tantas barreras contra la voluntad

voluble de un poder arbitrario? Se temía debilitar o incluso destruir con medidas violentas los vínculos comunes de la autoridad y de la obediencia.

De repente se produce una gran revolución. Se lucha contra los abusos; se examinan todas las instituciones. Solo con la palabra de un orador, los establecimientos en apariencia más inquebrantables se derrumban; ya no tenían sus raíces ni en las costumbres ni en la opinión. Estos triunfos animan y, pronto, la prudencia que todo lo toleraba, deja su lugar al deseo de destruirlo todo.

Se vuelve entonces a las ideas de uniformidad en la legislación porque se entrevé la posibilidad de realizarlas.

Pero ¿podía nacer un buen código civil en medio de las crisis políticas que agitaban Francia?

Toda revolución es una conquista. ¿Se hacen leyes al pasar del viejo gobierno al nuevo? Por la propia fuerza de las cosas, esas leyes son necesariamente hostiles, parciales, subversivas. Uno se siente impelido por la necesidad de romper todos los hábitos, de debilitar todos los vínculos, de apartar a todos los descontentos. Ya no se atiende a las relaciones privadas de los hombres entre sí: no se ve sino el fin político y general; se busca más a los confederados que a los conciudadanos. Todo se transforma en derecho público.

Si se repara en las leyes civiles no es tanto por hacerlas más sabias o más justas, sino por hacerlas más favorables para quienes interesa que aprecien el régimen que se trata de establecer. Se derriba el poder paterno porque los hijos se avienen mejor con las novedades. No se respeta la autoridad marital porque dando mayor libertad a las mujeres se logra introducir nuevas formas y nueva fuerza en las relaciones humanas. Es necesario alterar todo el sistema de sucesiones porque conviene para preparar un nuevo orden de ciudadanos mediante un nuevo orden de propietarios. Nacen constantemente cambios a partir de los cambios; y circunstancias, de las circunstancias. Las instituciones se remplazan con rapidez, sin que uno pueda detenerse en ninguna; y el espíritu revolucionario se introduce en todas ellas. Llamamos *espíritu revolucionario* al deseo exaltado de sacrificar violentamente todos los derechos en aras de un fin político y de no admitir más razón que la de un misterioso y mudable interés de Estado.

No es en tales momentos cuando puede uno comprometerse a organizar las cosas y a los hombres con esa prudencia que atiende a las instituciones duraderas y según los principios de esa equidad natural de la que los legisladores humanos no deben ser sino sus respetuosos intérpretes.

Hoy Francia respira; y la constitución, que garantiza su sosiego, le permite pensar en su prosperidad.

Unas buenas leyes civiles son el más preciado bien que los hombres puedan dar y recibir; son la fuente de las costumbres; el *palladium* de la propiedad y la garantía de toda paz pública y privada. Aun sin basarse en el gobierno, lo sustentan; moderan el poder y contribuyen a que sea respetado como si fuera la justicia misma. Conciernen a todos los individuos, se mezclan con las principales acciones de sus vidas, los siguen a todas partes; son a menudo la única moral del pueblo y forman siempre parte de su libertad; finalmente, consuelan al ciudadano por los sacrificios que la ley política le ordena en favor de la ciudad, protegiendo, cuando hace falta, su persona y sus bienes como si él solo fuera la ciudad entera. Por eso, la redacción del código civil ha atendido en primer lugar al empeño del héroe que la nación ha establecido como su primer magistrado, que todo lo alienta con su genio, de que ha de trabajar siempre por su gloria mientras aún le quede algo que hacer por nuestra felicidad.

Pero ¡qué tarea, la de redactar una legislación civil para un gran pueblo! La obra superaría las fuerzas humanas si se tratara de dar a este pueblo una institución totalmente nueva y si, olvidando que ocupa el primer lugar entre las naciones civilizadas, se desdeñara aprovechar la experiencia del pasado y esa tradición de sentido común, de reglas y de máximas que han llegado hasta hoy y que conforman el espíritu de los siglos.

Las leyes no son puros actos de poder, sino de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador no ejerce la autoridad, sino un sacerdocio. No debe perder de vista que las leyes se hacen para los hombres y no los hombres para las leyes; que deben adaptarse estas al carácter, a los hábitos y a la situación del pueblo para el que se hacen; que hay que ser sobrio en cuanto a las novedades en materia de legislación, pues si es posible calcular en una nueva institución las ventajas que la teoría nos ofrece, no lo es conocer todos los inconvenientes que solo la práctica puede descubrir; que hay que conservar lo bueno si se duda acerca de lo mejor; que al corregir un abuso hay que ver también los peligros de la propia rectificación; que sería absurdo entregarse a ideas absolutas de perfección en cosas que no son susceptibles sino de una bondad relativa; que en lugar de cambiar las leyes es casi siempre más útil presentar a los ciudadanos nuevos motivos para apreciarlas; que la historia apenas nos ofrece la promulgación de dos o tres buenas leyes a lo largo de varios siglos; que, finalmente, *no pueden proponer cambios sino aquellos que han nacido*

con tanta fortuna como para comprender, por un toque de genialidad y por una especie de iluminación repentina, toda la constitución de un estado.

El cónsul Cambacérès publicó hace unos años un proyecto de código en el que las materias están clasificadas con tanta precisión como método. Este magistrado, tan sabio como ilustrado, no nos hubiera dejado hacer nada si hubiera podido dar libre vuelo a su ilustración y a sus principios, y si circunstancias imperiosas y pasajeras no hubieran convertido en axiomas de derecho errores que no compartía.

Tras el 18 de brumario se creó una comisión, compuesta por hombres que la voluntad nacional ha puesto como diferentes autoridades constituidas, para dar fin a una obra retomada y abandonada ya muchas veces. Los útiles trabajos de esta comisión han guiado y acertado el nuestro.

Al comenzar nuestras reuniones nos sorprendió la opinión, tan extendida, de que para redactar un código civil basta con algunos textos muy concretos sobre cada materia y que la mayor de las artes estriba en simplificar todo al preverlo todo.

Simplificar todo es una operación sobre la que es necesario ponerse de acuerdo. *Prever todo* es una meta imposible de alcanzar.

No hacen falta leyes inútiles; debilitarían las leyes necesarias; comprometerían la certeza y la majestad de la legislación. Pero un gran Estado como Francia, a la vez agrícola y mercantil, que comprende tantas profesiones diferentes y que ofrece tantos tipos distintos de industria no podría admitir leyes tan simples como las de una sociedad pobre o más reducida.

Se proponen sin cesar las Leyes de las XII Tablas como modelo. Pero ¿pueden compararse las leyes de un pueblo que nace, con las de un pueblo que ha llegado al más alto nivel de riqueza y de civilización? Roma, *nacida para la grandeza* y destinada, por decirlo así, *a ser la ciudad eterna*, ¿tardó en reconocer la insuficiencia de sus primeras leyes? Los cambios insensiblemente observados en sus costumbres, ¿no se produjeron en la legislación? ¿No se empezó pronto a distinguir el derecho escrito del derecho no escrito? ¿No se vieron nacer sucesivamente los senadoconsultos, los plebiscitos, los edictos de los pretores, las ordenanzas de los cónsules, los reglamentos de los ediles, las respuestas o las decisiones de los jurisconsultos, las pragmáticas sanciones, los rescriptos, los edictos, las novelas de los emperadores? La historia de la legislación de Roma es, más o menos, la de la legislación de todos los pueblos.

Hay más jueces y verdugos que leyes en los Estados despóticos, en los que el príncipe es propietario de todo el territorio, en los que todo el comercio se hace en nombre del jefe del Estado y en su beneficio y en los que los particulares no tienen ni libertad ni voluntad ni propiedad. Pero allí donde los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, allí donde tienen derechos políticos y civiles, allí donde el honor tiene valor es necesario un cierto número de leyes para hacer frente a todo. Las diversas categorías de bienes, los diversos géneros de industria y las diversas situaciones de la vida humana requieren leyes diferentes. La preocupación del legislador debe ser proporcionada a la multiplicidad y a la importancia de los asuntos sobre los que se ha de decidir. De ahí, en los códigos de las naciones civilizadas, esa previsión escrupulosa *que multiplica los casos particulares y parece hacer un arte de la propia razón*.

Así pues, no hemos creído tener que simplificar las leyes hasta el punto de dejar a los ciudadanos sin reglas ni garantías respecto a sus mayores intereses.

Hemos evitado, igualmente, la peligrosa ambición de querer regular todo y prever todo. ¿Quién podría creer que los mismos a los que el código les parece siempre demasiado voluminoso son quienes osan ordenar imperiosamente al legislador la terrible tarea de no dejar nada a la decisión del juez?

Hágase lo que se haga, las leyes positivas no podrían reemplazar jamás la razón natural en las cuestiones de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan abundantes y sus relaciones tan amplias que es imposible que el legislador atienda a todo.

En las materias que atraen especialmente su atención hay multitud de detalles que se le escapan o que son demasiado conflictivos y variables para convertirse en objeto de un texto legal.

Además, ¿cómo detener la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos o a la insensible tendencia de las costumbres? ¿Cómo conocer y calcular por adelantado lo que solo la experiencia puede descubrirnos? ¿Puede la previsión llegar a cuestiones que el pensamiento no puede alcanzar?

Un código, por muy completo que parezca, aún no está terminado cuando se presentan ya mil asuntos inesperados ante el magistrado; pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas. Los hombres, por el contrario, no descansan jamás; siempre están actuando, y este movimien-

to, que no se detiene y cuyos efectos son modificados de diversas formas por las circunstancias, produce a cada instante una nueva combinación, un nuevo hecho, un nuevo resultado.

Así pues, es necesario dejar una multitud de cosas al imperio de la costumbre, a la discusión de los hombres instruidos y a la mediación de los jueces.

Es oficio de la ley afianzar con amplitud de miras las máximas generales del derecho y establecer principios fértiles en consecuencias, sin descender al detalle de las cuestiones que pueden surgir sobre cada materia.

Son el magistrado y el jurisconsulto, conocedores del espíritu general de las leyes, quienes han de guiar su aplicación.

De ahí que en todas las naciones civilizadas se vea siempre formarse, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de máximas, de decisiones y de doctrina, depurado diariamente por la práctica y por el choque de los debates judiciales, que crece sin cesar gracias al conocimiento adquirido y que siempre se ha considerado como el auténtico complemento de la legislación.

Se reprocha a quienes profesan la jurisprudencia haber multiplicado las sutilezas, las compilaciones y los comentarios. Este reproche puede tener fundamento. Pero ¿en qué arte, en qué ciencia no se está expuesto a merecerlo? ¿Hay que acusar a una clase particular de hombres de lo que no es sino una enfermedad general del espíritu humano? Hay épocas en las que se está condenado a la ignorancia por la falta de libros; hay otras en las que es difícil instruirse porque hay demasiados.

Si se puede perdonar la intemperancia al comentar, al discutir y al escribir es sobre todo en la jurisprudencia. No se dudará en aceptarlo si se consideran los innumerables hilos que ligan a los ciudadanos, el desarrollo y la progresión gradual de las cuestiones de las que el magistrado y el jurisconsulto se ven obligados a ocuparse, el curso de los acontecimientos y las circunstancias que modifican de tantas maneras las relaciones sociales y, finalmente, la acción y la reacción constantes de las pasiones y de los distintos intereses. Quien condena las sutilezas y los comentarios se convierte, cuando la causa es personal, en el comentarista más sutil y más tedioso.

Sería deseable, sin duda, que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes.

Pero a falta de un texto preciso sobre cada materia, un uso antiguo, constante y bien establecido, una serie ininterrumpida de decisiones semejantes,

una opinión o una máxima recibida hacen las veces de ley. Cuando nada de lo establecido o conocido nos sirve de guía, cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo, uno se remonta a los principios del derecho natural, pues si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita, y se aplica a todo lo que pueda interesar a los hombres.

Todo ello supone compilaciones, colecciones, tratados, numerosos volúmenes de investigaciones y de ensayos.

El pueblo, dicen, no puede deslindar en este laberinto lo que debe evitar o lo que debe hacer para asegurar sus posesiones y sus derechos.

Pero el código, incluso el más simple, ¿estará al alcance de todas las clases sociales? ¿No estarán las pasiones perpetuamente ocupadas en desviar su verdadero sentido? ¿No se necesita cierta experiencia para aplicar sabiamente las leyes? ¿Cuál es además la nación a la que le han bastado durante mucho tiempo unas pocas y sencillas leyes?

Sería, pues, un error pensar que pudiera existir un cuerpo de leyes que hubiera previsto de antemano todos los posibles casos y que, sin embargo, estuviera al alcance del último de los ciudadanos.

En el estado de nuestras sociedades, hay que congratularse de que la jurisprudencia conforme una ciencia que pueda captar el talento, satisfacer el amor propio y excitar la emulación. Una clase entera de hombres se dedica a partir de ese momento a esta ciencia, y esa clase, entregada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos, que no podrían guiarse y defenderse por sí mismos, y se asemeja a un seminario de la magistratura.

Hay que congratularse de que existan colecciones de textos jurídicos junto a una tradición ininterrumpida de usos, de máximas y de reglas para que, de alguna manera, se tenga hoy necesidad de juzgar como se juzgaba ayer y no se den más cambios en los juicios públicos que los que han traído la ilustración y la fuerza de las circunstancias.

Hay que congratularse de que la necesidad en la que se halla el juez de instruirse, de investigar y de profundizar en las cuestiones que se le ofrecen no le haga olvidar jamás que si hay cosas que pertenecen al arbitrio de su razón, ninguna depende meramente de su capricho o de su voluntad.

En Turquía, donde la jurisprudencia no es un arte, donde el bajá puede decidir como quiera cuando órdenes superiores no se lo impiden, se observa que los justiciables no piden y reciben justicia sino con temor. ¿Por qué no se siente la misma inquietud ante nuestros jueces? Porque son diestros en los asuntos, tienen luces y conocimientos y se sienten siempre obligados a

consultar los de los otros. Sería imposible comprender hasta qué punto este hábito de ciencia y de razón modera y regula el poder.

Para combatir la autoridad que se reconoce a los jueces de decidir sobre las cosas que no están determinadas en las leyes, se invoca el derecho de todo ciudadano a no ser juzgado sino por una ley anterior y firme.

No se puede ignorar este derecho. Pero para aplicarlo hay que distinguir las materias criminales de las civiles.

Las materias criminales, que solo giran en torno a ciertas acciones, están circunscritas; las materias civiles no lo están. Abarcan sin límites todas las acciones y todos los complicados y mudables intereses que puedan convertirse en objeto de litigio entre hombres que viven en sociedad. Por consiguiente, las materias criminales pueden ser objeto de una previsión de la que no son susceptibles las materias civiles.

En segundo lugar, en las materias civiles el debate se da siempre entre dos o varios ciudadanos. No puede quedar sin decidir entre ellos una cuestión de propiedad o cualquier otra similar. Es obligatorio pronunciarse; sea como fuere, hay que terminar el litigio. Si las partes no pueden llegar a un acuerdo por sí mismas, ¿qué hace entonces el Estado? Ante la imposibilidad de darles leyes para todas las cuestiones, les ofrece, con el magistrado público, un árbitro ilustrado e imparcial cuya decisión les impide llegar a las manos y les resulta sin duda más beneficiosa que un litigio prolongado del que no podrían prever ni las consecuencias ni el término. Lo aparentemente arbitrario de la equidad vale más que el tumulto de las pasiones.

Pero en las materias criminales el debate se da entre el ciudadano y lo público. La voluntad de lo público no puede ser representada sino por la de la ley. El ciudadano cuyas acciones no la violan no puede sentirse inquieto ni acusado en nombre de lo público. No solo no existe entonces obligación de juzgar, sino que ni siquiera hay materia de juicio.

La ley que sirve de título para la acusación debe ser anterior a la acción por la que se acusa. El legislador no puede corregir sin advertir; si fuera de otro modo, la ley, contrariando su objeto fundamental, no tendría el propósito de mejorar a los hombres, sino el de hacerlos más desgraciados, lo que iría en contra de la esencia misma de las cosas.

Así pues, en materia criminal, donde solo hay un texto formal y previo en el que poder basar la acción del juez, se necesitan leyes precisas y nada de jurisprudencia. Es distinto en materia civil; aquí es necesaria la jurisprudencia porque resulta imposible regular todas las cuestiones civiles mediante leyes

y es necesario acabar con conflictos entre particulares que no pueden dejarse sin decidir, salvo que se obligue a los ciudadanos a ser jueces de sus propias causas olvidando que la justicia es la primera obligación de la soberanía.

Basándose en la máxima de que los jueces han de obedecer las leyes y de la prohibición de interpretarlas, durante estos últimos años, los tribunales remitían a los justiciables al poder legislativo mediante un procedimiento de urgencia siempre que faltaba una ley o cuando la ley existente les parecía oscura. El tribunal de casación no ha dejado de reprimir este abuso como denegación de justicia.

Hay dos clases de interpretación: una por vía de doctrina y otra por vía de autoridad.

La interpretación por vía de doctrina consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, en aplicarlas con discernimiento y en suplirlas en los casos que no se han regulado. ¿Podría concebirse la posibilidad de desempeñar el oficio de juez sin esta clase de interpretación?

La interpretación por vía de autoridad consiste en resolver las cuestiones y las dudas por vía de reglamento o de disposición general. Este modo de interpretación es el único que le está prohibido al juez.

Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, se han que examinar detalladamente sus disposiciones. A falta de ley, hay que tener en cuenta la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas.

Forzar al magistrado a recurrir al legislador sería el más funesto de los principios. Supondría renovar en la actualidad la desastrosa legislación de los rescriptos, pues cuando el legislador interviene para pronunciarse acerca de asuntos nacidos y discutidos con vehemencia entre particulares, no se encuentra más al abrigo de sorpresas que los tribunales. Es menos temible el arbitrio reglado, modesto y circunspecto de un magistrado, que puede ser rectificado y está sujeto a la acción por prevaricación, que el arbitrio absoluto de un poder independiente que jamás es responsable.

Las partes que tratan entre ellas de una materia que la ley positiva no ha definido se someten a los usos admitidos o, a falta de usos, a la equidad universal. Ahora bien, establecer un elemento consuetudinario y aplicarlo a un conflicto privado es un acto judicial y no un acto legislativo. La propia aplicación de esta equidad o de esta justicia distributiva, que sigue y debe seguir en cada caso particular todos los delicados hilos por los cuales una de las partes litigantes está ligada a la otra, no puede depender jamás del legislador, sino solo del

ministro de esta justicia o de esta equidad general, quien, sin tener en cuenta circunstancia particular alguna, abarca en general todas las cosas y a todas las personas. Así pues, las leyes que intervinieran en los asuntos privados serían a menudo sospechosas de parcialidad y serían siempre retroactivas e injustas para aquellos cuyo litigio fuera anterior a la intervención de dichas leyes.

Además, el recurso al legislador entrañaría dilataciones fatales para el justiciable; y, lo que es peor, comprometería la prudencia y la santidad de las leyes.

En efecto, la ley decide para todos: considera a los hombres en conjunto, jamás como particulares; no debe mezclarse en los hechos individuales ni en los litigios que dividen a los ciudadanos. De otro modo, habría que hacer nuevas leyes todos los días y su abundancia asfixiaría su dignidad y perjudicaría su cumplimiento. El jurisconsulto no tendría función alguna y el legislador, arrastrado por los detalles, no sería en poco tiempo sino un jurisconsulto. Los intereses particulares acosarían a la potestad legislativa y la apartarían en todo momento del interés general de la sociedad.

Hay una ciencia para los legisladores, como la hay para los magistrados, y no se parecen la una a la otra. La ciencia del legislador consiste en hallar en cada materia los principios más favorables al bien común. La ciencia del magistrado es poner esos principios en acción, ramificarlos, extenderlos mediante una aplicación prudente y razonable a las hipótesis privadas; estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata; y no exponerse al riesgo de ser, alternativamente, esclavo y rebelde y de desobedecer por espíritu servil.

El legislador debe velar por la jurisprudencia; puede ser instruido por ella y puede, por su parte, corregirla, pero es necesario que exista. En esta inmensidad de cuestiones diferentes que componen las materias civiles y cuyo juicio, en la mayoría de los casos, no consiste tanto en la aplicación de un texto preciso como en la combinación de varios textos que más bien conducen a la decisión en lugar de contenerla, tan imprescindible es ya la jurisprudencia como las leyes. Pues bien, encomendamos a la jurisprudencia los casos raros y extraordinarios que no entrarían en el proyecto de una legislación razonable, los detalles demasiado variables y demasiado controvertidos que no deben distraer al legislador y todas las cuestiones que uno se esforzaría inútilmente en prever o que una previsión precipitada no podría definir sin correr riesgos. Es la experiencia la que debe colmar los vacíos que dejamos. Los códigos de los pueblos *se hacen con el tiempo*. Pero, hablando con propiedad, *no se hacen*.

Nos ha parecido útil comenzar nuestros trabajos por un libro preliminar, *Del derecho y de las leyes en general*.

El derecho es la razón universal, la razón suprema basada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son, o solo deben ser, el derecho convertido en reglas positivas, en preceptos particulares.

El derecho es moralmente obligatorio, pero por sí mismo no conlleva coacción; dirige; las leyes ordenan; sirve de *brújula* y las leyes de *compás*.

Los diferentes pueblos no viven entre ellos sino bajo el imperio del derecho. Los miembros de cada ciudad se rigen, como hombres, por el derecho y, como ciudadanos, por las leyes.

El derecho natural y el derecho de gentes no difieren en esencia, sino solo en su aplicación. La razón, como guía perpetua de todos los hombres, se llama *derecho natural*; y se llama *derecho de gentes* en las relaciones entre los pueblos.

Si se habla de un derecho de gentes natural y de un derecho de gentes positivo es para distinguir aquellos principios eternos de justicia que los pueblos no han elaborado y a los que se someten tanto los distintos cuerpos de naciones como el último de los individuos, mediante las capitulaciones, los tratados y las costumbres que son obra de los pueblos.

Al echar un vistazo a las definiciones que la mayoría de los jurisconsultos han dado de la ley, hemos advertido cuán defectuosas son dichas definiciones. No facilitan el apreciar la diferencia existente entre un principio de moral y una ley de Estado.

En toda ciudad, la ley es una declaración solemne de la voluntad del soberano sobre una cuestión de interés común.

Todas las leyes se refieren a las personas o a los bienes, y en cuanto a estos, por la utilidad que tienen para las personas.

Es importante, incluso al tratar solo de las materias civiles, dar una noción general de los distintos tipos de leyes que rigen un pueblo, pues todas las leyes, del orden que sean, mantienen entre ellas relaciones necesarias. No hay cuestión privada en la que no aparezca algún interés de administración pública, del mismo modo que no hay cuestión pública que no afecte de algún modo a los principios de esa justicia distributiva que regula los intereses privados.

Para conocer los distintos órdenes de leyes basta con observar los distintos tipos de relaciones existentes entre los hombres que viven en la misma sociedad.

Las relaciones de quienes gobiernan con quienes son gobernados y de

cada ciudadano con todos son la materia de las leyes constitucionales y políticas.

Las leyes civiles disponen acerca de las relaciones naturales o convencionales, obligatorias o voluntarias, necesarias o de simple conveniencia, que vinculan a un individuo con otro individuo o con varios.

El código civil está bajo la tutela de las leyes políticas; debe estar en armonía con ellas. Sería muy perjudicial que hubiera contradicciones entre las máximas que gobiernan a los hombres.

Las leyes penales o criminales son más una sanción de todas las demás que una especie de leyes particulares.

Hablando con propiedad, no regulan las relaciones de los hombres entre sí, sino las de cada hombre con las leyes que velan por todos.

Los asuntos militares, el comercio, el fisco y otras muchas cuestiones suponen relaciones particulares que no pertenecen exclusivamente a ninguna de las divisiones anteriores.

Las leyes, propiamente dichas, difieren de los simples reglamentos. Son aquellas las que deben establecer las reglas fundamentales en cada materia y determinar sus formalidades esenciales. Los detalles de ejecución, las cautelas provisorias o accidentales, las cuestiones instantáneas o variables, en una palabra, todas las cosas que exigen más la vigilancia de la autoridad que administra que la intervención de la potestad que instituye o que crea dependen de los reglamentos. Los reglamentos son actos de magistratura y las leyes actos de soberanía.

Al no poder obligar las leyes sin ser conocidas, nos hemos ocupado de la forma de su promulgación. No pueden ser notificadas a cada individuo. Hay que contentarse con una publicidad relativa que, si bien no puede proporcionar a tiempo a cada ciudadano el conocimiento de la ley a la que debe conformarse, basta al menos para prevenir lo arbitrario acerca del momento en que la ley debe ejecutarse.

Hemos determinado los diferentes efectos de la ley. Permite o prohíbe; ordena, establece, corrige, castiga o recompensa. Obliga sin distinción a todos cuantos viven bajo su imperio; incluso los extranjeros, durante su residencia, son súbditos ocasionales de las leyes del Estado. Habitar en el territorio es someterse a la soberanía.

Lo que no es contrario a las leyes es lícito. Pero lo que es conforme a ellas no siempre es honrado, pues las leyes se ocupan más del bien político de la sociedad que de la perfección moral del hombre.

En general, las leyes no tienen efecto retroactivo. El principio es indiscutible. Sin embargo hemos limitado este principio a las nuevas leyes, no lo hemos ampliado a las que solo mencionan o explican las leyes antiguas. Los errores o los abusos intermedios no se convierten en derecho, a menos que hayan sido consagrados en el intervalo entre una y otra ley por transacciones, por sentencias en última instancia o por decisiones arbitrales con fuerza de cosa juzgada.

Las leyes conservan su efecto mientras no hayan sido abrogadas por otras leyes o no hayan caído en desuso. Si no hemos autorizado formalmente la abrogación por desuso o por no uso es porque habría sido peligroso hacerlo. Pero no puede ocultarse la influencia y la utilidad de ese concierto involuntario, de ese poder invisible por el cual los pueblos se hacen justicia a sí mismos contra las malas leyes sin sobresalto ni conmoción, y que parece proteger la sociedad de aquello que sorprende al legislador y al legislador de sí mismo.

El poder judicial, establecido para aplicar las leyes, necesita ser dirigido en dicha aplicación por ciertas reglas. Las hemos fijado: son de tal suerte que la razón particular de un hombre no pueda prevalecer jamás sobre la ley, razón pública.

Tras haber redactado el libro preliminar, *Del derecho y de las leyes en general*, hemos pasado a las cuestiones que las leyes civiles se encargan de definir y de regular.

Francia, otrora dividida en *países de derecho consuetudinario* y *países de derecho escrito*, se regía en parte por las *costumbres* y en parte por el *derecho escrito*. Había algunas ordenanzas reales comunes a todo el imperio.

Desde la revolución, la legislación francesa ha experimentado cambios considerables en puntos importantes. ¿Ha de descartarse todo lo nuevo? ¿Ha de despreciarse todo lo antiguo?

El derecho escrito, compuesto de las leyes romanas, ha civilizado Europa. El descubrimiento por parte de nuestros antepasados de la compilación de Justiniano fue para ellos una especie de revelación. Fue en esa época cuando nuestros tribunales adoptaron una forma más regular y cuando el terrible poder de juzgar fue sometido a principios.

La mayoría de los autores que censuran el derecho romano con tanta amargura como ligereza maldicen lo que ignoran. Pronto se convencerá uno de ello si se saben distinguir, en las colecciones que nos ha transmitido este derecho, las leyes que han merecido la denominación de *razón escrita* de

aquellas que no obedecían sino a instituciones particulares, ajenas a nuestra situación y a nuestros usos; si se saben distinguir, además, los senadoconsultos, los plebiscitos y los edictos de los buenos príncipes de los rescriptos de los emperadores, una especie de legislación mendigada, otorgada al crédito o a la importunidad y hecha en las cortes de tantos monstruos que desolaron Roma y que vendían públicamente las sentencias y las leyes.

Entre nuestras costumbres hay, sin duda, algunas que llevan la huella de nuestra barbarie originaria; pero también las hay que honran la prudencia de nuestros antepasados, que han conformado el carácter nacional y que son dignas de mejores tiempos. Solo hemos renunciado a aquellas cuyo espíritu se ha desvanecido ante otro espíritu, cuya letra no es a diario sino fuente de controversias interminables y que repugnan tanto a la razón como a nuestras costumbres.

Al examinar las últimas ordenanzas reales, hemos conservado de ellas todo lo que se refiere al orden fundamental de las sociedades, a la conservación de la decencia pública, a la seguridad de los patrimonios y a la prosperidad general.

De las leyes publicadas por nuestras asambleas nacionales sobre las materias civiles, hemos respetado todas las que están vinculadas a los grandes cambios ocurridos en el orden político o que, por sí mismas, nos han parecido claramente preferibles a instituciones viejas y defectuosas. Hay que cambiar cuando la innovación más funesta sea, por decirlo así, no innovar. No hay que claudicar ante prevenciones ciegas. Todo lo que es antiguo fue nuevo. Lo fundamental es grabar en las nuevas instituciones ese carácter de permanencia y de estabilidad que les garantiza el derecho a convertirse un día en antiguas.

Hemos hecho, si está permitido expresarse así, una transacción entre el derecho escrito y las costumbres siempre que nos ha sido posible conciliar sus preceptos, o modificar unas con otras, sin romper la unidad del sistema y sin ofender el espíritu general. Es útil conservar todo lo que no es necesario destruir: las leyes deben preservar las costumbres cuando estas no son vicios. Se piensa demasiado a menudo como si el género humano acabara y comenzara a cada instante, sin comunicación alguna entre una generación y la que viene a sustituirla. Las generaciones, una tras otra, se mezclan, se entrelazan y se confunden. Un legislador aislaría sus instituciones de todo lo que pueda naturalizarlas sobre la tierra si no observara con cuidado las relaciones naturales que unen siempre, más o menos, el presente al pasado y el porvenir al presente, y que hacen que un pueblo, salvo que sea exterminado o que caiga

en una degradación peor que la aniquilación, no deje nunca de parecerse de algún modo a sí mismo. Nos han gustado demasiado, en nuestros tiempos modernos, los cambios y las reformas. Si, en materia de instituciones y de leyes, los siglos de ignorancia son teatro de abusos, los siglos de filosofía y de ilustración no son a menudo sino teatro de excesos.

El matrimonio, el gobierno de las familias, el estado de los hijos, la tutela, las cuestiones de domicilio, los derechos de los ausentes, la diferente naturaleza de los bienes, los distintos modos de adquirir, de conservar o de aumentar el patrimonio, las sucesiones y los contratos son los temas principales de un código civil. Debemos exponer los principios que han motivado nuestros proyectos de ley sobre estas importantes materias e indicar las relaciones que estos proyectos pueden tener con el bien general, con las costumbres públicas, con la felicidad de los particulares y con el estado actual de todas las cosas.

Hasta hace poco no se han tenido ideas precisas sobre el matrimonio. La mezcla de instituciones civiles y de instituciones religiosas había ofuscado las primeras nociones. Algunos teólogos no veían en el matrimonio sino el *sacramento*; la mayor parte de los jurisconsultos no veían en él sino el *contrato civil*. Algunos autores hacían del matrimonio una especie de acto mixto que contiene a la vez un contrato civil y un contrato eclesiástico. La ley natural no contaba para nada en el primero y más importante acto de la naturaleza.

Las confusas ideas que se tenían sobre la esencia y sobre los rasgos de la unión conyugal producían inconvenientes diarios en la legislación y en la jurisprudencia. Siempre existían conflictos entre el sacerdocio y el imperio cuando se trataba de hacer leyes o de emitir juicios acerca de esta importante materia. Se ignoraba lo que es el matrimonio en sí, lo que las leyes civiles añadieron a las naturales, lo que las leyes religiosas añadieron a las civiles y hasta dónde puede extenderse la autoridad de estos diferentes tipos de leyes.

Todas estas dudas se han desvanecido, todos estos inconvenientes se han despejado a medida que se ha retrocedido hasta los verdaderos orígenes del matrimonio, cuya fecha es la de la propia creación.

Estamos convencidos de que el matrimonio, que existía antes de establecerse el cristianismo, que es anterior a cualquier ley positiva y que deriva de la propia constitución de nuestro ser, no es ni un acto civil ni un acto religioso, sino un acto natural que atrajo la atención de los legisladores y que fue santificado por la religión.

Al hablar del matrimonio, los jurisconsultos romanos confundieron a menudo el orden físico de la naturaleza, común a todos los seres animados, con el derecho natural, que rige a los hombres en particular y que se funda en las relaciones de los seres inteligentes y libres con sus semejantes. Por ello se ha discutido si había algún rasgo de moralidad en el matrimonio considerado en el orden puramente natural.

Se admite que los seres desprovistos de inteligencia, que obedecen solo a una inclinación o a un movimiento ciegos, no tienen entre ellos sino encuentros fortuitos o uniones periódicas despojados de moralidad. Pero en los hombres la razón se mezcla siempre, más o menos, con todos los actos de su vida, los sentimientos están junto a los apetitos, el derecho sustituye al instinto y todo se depura y se dignifica.

Sin duda, el deseo general que dirige un sexo hacia el otro pertenece únicamente al orden físico de la naturaleza. Pero la elección y la preferencia, el amor que determina ese deseo y lo hace fijarse en un solo objeto o que, al menos, le da un mayor grado de energía sobre el objeto elegido, el respeto mutuo, los deberes y las obligaciones recíprocas que nacen de la unión una vez constituida y que se establecen entre seres racionales y sensibles, todo ello pertenece al derecho natural. Y por eso, ya no vemos un simple encuentro, sino un verdadero contrato.

El amor o el sentimiento de preferencia que constituye este contrato nos da la solución a todos los problemas planteados acerca de la pluralidad de mujeres o de hombres en el matrimonio, pues es tal el imperio del amor que, a excepción del objeto amado, un sexo ya no es nada para el otro. Se quiere obtener la preferencia que se otorga; el compromiso ha de ser recíproco. Bendigamos la naturaleza que, dándonos inclinaciones irresistibles, ha puesto en nuestro propio corazón reglas y frenos a esas inclinaciones. Se ha dicho que en ciertos climas y en ciertas circunstancias la poligamia es algo menos indignante que en otras circunstancias y en otros climas. Pero en todas partes es incompatible con el fundamento de un compromiso por el cual se da todo, el cuerpo y el corazón. Así pues, hemos sentado la máxima de que el matrimonio no puede ser sino el compromiso de dos individuos y que, mientras se mantenga un primer matrimonio, no está permitido contraer el segundo.

La unión de dos sexos que la naturaleza no ha hecho tan diferentes sino para unirlos produce en seguida efectos sensibles. La mujer se convierte en madre; un nuevo instinto se desarrolla, nuevos sentimientos de nuevos deberes fortalecen los primeros. La fecundidad de la mujer tampoco tarda en

manifestarse. La naturaleza amplía insensiblemente la duración de la unión conyugal consolidando cada año esa unión mediante nuevos goces y nuevas obligaciones. Aprovecha cada situación, cada acontecimiento, para sacar de ellos un nuevo orden de placer y de virtudes.

La educación de los hijos exige durante muchos años de los autores de sus días cuidados en común. Los hombres existen durante mucho tiempo antes de saber vivir, del mismo modo que, al final de su carrera, dejan a menudo de vivir antes de dejar de existir. Hay que proteger la cuna infantil de las enfermedades y de las necesidades que la asedian. A una edad más avanzada, el espíritu necesita cultura. Conviene vigilar los primeros progresos del corazón, reprimir o guiar los primeros arrebatos de las pasiones, proteger los esfuerzos de una razón incipiente contra cualquier género de seducción que pueda envolverla, vigilar la naturaleza para no contrariar sus operaciones a fin de rematar con ella la gran obra a la que se digna asociarnos.

Durante todo ese tiempo, el marido, la mujer y los hijos, reunidos bajo el mismo techo y por los más caros intereses, contraen el hábito de los más tiernos afectos. Ambos cónyuges sienten no solo la necesidad de amarse sino también el deber de amarse para siempre. Se ven nacer y afanzarse los más tiernos sentimientos conocidos por los hombres, el amor conyugal y el amor paterno.

La vejez, si está permitido decirlo, no llega jamás para los esposos fieles y virtuosos. En medio de los achaques de esta edad, la carga de una vida que languidece queda mitigada por los recuerdos más conmovedores y por los cuidados tan necesarios de la familia joven en la que uno se ve renacer y que parece detenernos al borde de la tumba.

Así es el matrimonio, considerado en sí mismo y en sus efectos naturales, con independencia de la ley positiva. Nos ofrece la idea fundamental de un contrato propiamente dicho y de un contrato perpetuo por su destino.

Como este contrato, según las observaciones que acabamos de presentar, somete a los cónyuges a obligaciones respectivas del uno hacia el otro, como los somete a obligaciones comunes hacia aquellos a quienes han dado el ser, las leyes de todos los pueblos civilizados han creído que debían establecer formalidades que permitan reconocer a quienes tienen que cumplir dichas obligaciones. Hemos determinado esas formalidades.

La publicidad y la solemnidad de los matrimonios pueden, por sí solas, evitar esas uniones equívocas e ilícitas tan poco favorables a la propagación de la especie.

Las leyes civiles deben interponer su autoridad entre los cónyuges y entre los padres y los hijos; deben regular el gobierno de la familia. Hemos buscado en las indicaciones de la naturaleza el proyecto de dicho gobierno. En una sociedad de dos individuos, la autoridad marital se basa en la necesidad de otorgar el voto ponderado a uno de los asociados y en la preeminencia del sexo al que se le atribuye esta ventaja. La autoridad de los padres está motivada por su ternura, por su experiencia, por la madurez de su razón y por la debilidad de la de sus hijos. Esta autoridad es una suerte de magistratura a la que, sobre todo en los Estados libres, conviene dar cierta amplitud. Sí, es necesario que los padres sean verdaderos magistrados allí donde la conservación de la libertad requiere que los magistrados no sean sino padres.

Cuando se conocen la esencia, los rasgos y el fin del matrimonio se descubre sin esfuerzo cuáles son los impedimentos que, por su propia fuerza, hacen a una persona incapaz de contraerlo, y cuáles de esos impedimentos derivan de la ley positiva y cuáles son establecidos por la propia naturaleza. En los establecidos por la naturaleza hay que incluir la falta de edad. En general, está permitido el matrimonio a todos aquellos que pueden cumplir lo que demanda su institución. No hay excepción natural a esta regla de derecho natural sino para las personas con parentesco hasta cierto grado. El matrimonio debe prohibirse entre todos los ascendientes y descendientes en línea recta. No necesitamos dar las razones para ello; han preocupado a todos los legisladores. Debe prohibirse también el matrimonio entre hermanos y hermanas, pues la familia es el santuario de las costumbres y las costumbres se verían amenazadas por todos los preliminares de amor, de deseo y de seducción que anticipan y preparan el matrimonio. Cuando la prohibición se extiende a los grados más alejados no puede ser sino con fines políticos.

La falta de libertad, el rapto y el error sobre la persona son igualmente impedimentos naturales, pues excluyen la idea de un verdadero consentimiento. La intervención de los padres y de los tutores no es sino una condición prescrita por la ley positiva. La falta de esta intervención solo produce la nulidad civil. El legislador, con miras al orden público, puede establecer los impedimentos que juzgue convenientes, pero entonces tales impedimentos no son sino de puro derecho positivo.

Al sopesar los impedimentos referidos al matrimonio y las formalidades y las condiciones requeridas para su validez, hemos señalado los casos en los que es más oportuno reparar el daño que castigarlo, y hemos distinguido las circunstancias en las que la nulidad puede subsanarse por la conducta de las

partes o por el mero paso del tiempo, de aquellas en las que el abuso requiere siempre el castigo de las leyes.

De lo que llevamos dicho resulta que el matrimonio es, por su destino, un contrato perpetuo. Algunas leyes recientes autorizan el divorcio: ¿hay que mantener estas leyes?

Al admitir el divorcio, el legislador no cree contrariar el dogma religioso de la indisolubilidad ni decidir sobre un tema de conciencia. Supone simplemente que las pasiones más violentas, que han producido y producen aún tantos estragos en el mundo, pueden destruir la armonía que debe reinar entre ambos cónyuges; supone que los excesos pueden ser tan graves como para hacerles insoportable la vida en común. Entonces, ocupándose con solicitud de su tranquilidad, de su seguridad y de su felicidad presente, de las que únicamente está encargado, se abstiene de obligarlos a permanecer inseparablemente unidos el uno al otro pese a tantos motivos que los separan. Sin ofender los propósitos de la religión que, sobre esta cuestión como sobre tantas otras, continúa gobernando a los hombres en lo tocante al mérito y a la libertad, el legislador no emplea en tal caso el poder coactivo sino para prevenir los desórdenes más funestos para la sociedad y determinar los límites de las pasiones y de los abusos, cuya fuente no puede prometerse agotar por completo. Con este planteamiento, la cuestión del divorcio se convierte en una mera cuestión civil cuya solución ha de buscarse en los inconvenientes o en las ventajas que puedan seguirse del propio divorcio considerado desde el punto de vista político.

En todas las épocas se ha entendido que es tan peligroso como inhumano atar sin remisión a dos cónyuges hastiados el uno del otro. De ahí el recurso, incluso en los pueblos en los que la indisolubilidad del matrimonio está sancionada por las leyes civiles, a separaciones que relajan sin romperlo el vínculo del matrimonio.

Las ventajas y los inconvenientes del divorcio se han presentado de diferentes formas por los distintos autores que han escrito sobre esta materia.

Respecto al divorcio, se ha dicho que se elimina toda la dulzura del matrimonio al declarar su indisolubilidad; que al querer estrechar demasiado el nudo conyugal, se debilita; que las penas domésticas son espantosas cuando lo más consolador que se tiene a la vista es su perpetuidad; que la vida de dos cónyuges que no se entienden y que están unidos de manera inseparable se pierde para la descendencia; que las costumbres están amenazadas por matrimonios inadecuados que es imposible romper; que un marido *hastiado de*

una mujer eterna se entrega a un comercio que, sin satisfacer el objeto del matrimonio, representa, todo lo más, sus placeres; que los hijos sufren más por un divorcio que por las discordias que desgarran un matrimonio desgraciado; en fin, que la indisolubilidad incondicional es tan contraria al interés real de las familias como al interés general del Estado.

Se objeta, sin embargo, que es peligroso dejar el corazón preso de sus caprichos y de sus veleidades; que uno se resigna a soportar los disgustos domésticos y que se esfuerza incluso en prevenirlos cuando se sabe que no tiene la facultad del divorcio; que donde se admite dicha facultad ya no existe autoridad marital ni autoridad paterna ni gobierno doméstico; que para aliviar todos los sinsabores de la vida en común basta con la separación; que el divorcio es poco favorable para las mujeres y para los hijos; que amenaza las costumbres dando demasiados vuelos a las pasiones; que nada es intangible ni respetable para los hombres si el vínculo del matrimonio no es inviolable; que la propagación regular de la especie humana queda mejor asegurada por la confianza de dos cónyuges fieles que por las uniones que los placeres pasajeros pueden volver inestables e inseguras; en fin, que la duración y el buen orden de la sociedad en general son esencialmente el resultado de la estabilidad de la familia, que es lo primero en todas las sociedades y el germen y el fundamento de los imperios.

Estos son los argumentos que se han propuesto a favor y en contra del divorcio. De ello resulta que la utilidad del divorcio se funda en el peligro y en la violencia de las pasiones, y que solo la moderación de los deseos y la práctica de las más austeras virtudes podrían alejar de la indisolubilidad incondicional los inconvenientes que se consideran inherentes.

¿Qué debe hacer el legislador? Sus leyes no deben nunca ser más perfectas de lo que los hombres a quienes van destinadas puedan admitir. Debe examinar las costumbres, el carácter y la situación política y religiosa de la nación a la que representa.

¿Hay una religión dominante? ¿Cuáles son los dogmas de esa religión? O bien, ¿están todos los cultos autorizados por igual? ¿Estamos ante una sociedad naciente o ante una sociedad madura? ¿Cuál es la forma de gobierno? Todas estas cuestiones influyen más de lo que se piensa sobre el divorcio.

No olvidemos que no se trata de saber si el divorcio es bueno en sí, sino si es conveniente que las leyes hagan intervenir el poder coactivo en una cosa que es tan libre por naturaleza y en la que el corazón ha de tener tanta parte.

En una sociedad que nace, el matrimonio no es considerado sino en relación con la propagación de la especie, pues un pueblo nuevo tiene necesidad de crecer y de multiplicarse.

No les resulta incómodo a los hombres simples y toscos el tener muchos hijos; temerían no tener bastantes: no se ve escandaloso que una mujer pase sucesivamente por los brazos de varios maridos; se permite la exposición de los hijos débiles o deformes; se priva de la facultad de casarse a las personas que, por su edad, ya no son aptas para los designios de la naturaleza. En tal caso, el matrimonio se rige más por algunas leyes políticas que por leyes civiles y por las leyes naturales. El antiguo uso que autorizaba a un ciudadano romano a prestar a su mujer a otro para tener hijos de mejor naturaleza era una ley política.

Cuando la nación está formada, la población resulta suficiente; el interés por la propagación es menos apreciable; existe una mayor preocupación por las dulzuras y por la dignidad del matrimonio que por sus fines; se intenta establecer un orden permanente en las familias y conceder al amor un ámbito tan ordenado que no pueda jamás alterar ese orden.

Entonces se proscribe o se abandona la facultad del divorcio según las costumbres o las ideas admitidas en cada país, según la mayor o menor libertad que se entienda se ha de dejar a las mujeres, según la mayor o menor autoridad de los maridos, según el interés que se tenga en afianzar el gobierno doméstico o en hacerlo menos represor, en favorecer la igualdad de los patrimonios o en evitar su excesiva división.

En nuestros tiempos modernos, son sobre todo las doctrinas religiosas las que han influido en las leyes del divorcio.

El divorcio fue admitido por los romanos. La religión cristiana se estableció en el imperio; el divorcio duró aún hasta el siglo IX, pero cesó ante los nuevos principios que se proclamaron sobre la naturaleza del matrimonio.

Mientras la religión católica predominó en Francia, mientras las instituciones religiosas estuvieron inseparablemente unidas a las civiles, fue imposible que la ley civil no declarara indisoluble un compromiso designado como tal por la religión, pues ella misma era una ley del Estado: es necesario que haya armonía entre los principios que gobiernan a los hombres.

Hoy la libertad de cultos es una ley fundamental; y la mayor parte de las doctrinas religiosas autorizan el divorcio. Así pues, entre nosotros la facultad del divorcio está vinculada a la libertad de conciencia.

Los ciudadanos pueden profesar diferentes religiones, pero son necesarias leyes para todos.

Hemos creído, por lo tanto, que entre nosotros no debía prohibirse el divorcio, pues nuestras leyes estarían en contradicción de forma demasiado terminante con los diferentes cultos que lo autorizan, y no podrían aspirar a hacer del matrimonio un vínculo más fuerte que la propia religión de los hombres que profesan esos cultos.

Además, con independencia de la consideración derivada de la diversidad de cultos, la ley civil, por temor a males mayores, puede muy bien no emplear coacción ni coerción para obligar a dos cónyuges desgraciados a permanecer unidos o a vivir en un celibato forzoso, tan funesto para las costumbres como para la sociedad.

La ley que otorga la facultad del divorcio a todos los ciudadanos sin distinción, sin estorbar a los cónyuges que tienen unas creencias contrarias al divorcio, es una secuela, una consecuencia de nuestro régimen, es decir, de la situación política y religiosa de Francia.

Pero la aspiración a la perpetuidad del matrimonio, por ser la propia aspiración de la naturaleza, necesita que las leyes pongan un freno saludable a las pasiones. Es necesario que impidan que el contrato más sagrado se convierta en un juguete del capricho y de la inconstancia, o incluso en objeto de las vergonzosas especulaciones de la vil codicia.

Con nuestras nuevas leyes, la simple alegación de la incompatibilidad de humor y de caracteres podía producir la disolución del matrimonio.

Alegar no es probar; la incompatibilidad de humor y de caracteres no es susceptible siquiera de prueba rigurosa y legal. Así pues, en última instancia, autorizar el divorcio por dicho motivo es conceder a cada uno de los cónyuges el funesto derecho de disolver el matrimonio a voluntad. ¿Existe un solo contrato en el mundo que pueda ser disuelto arbitraria y caprichosamente por uno solo de los contratantes sin el consentimiento de la parte con la que contrató?

Se advierte que la alegación de la incompatibilidad de humor y de caracteres puede esconder causas muy reales cuya discusión pública resultaría humillante para las familias y un escándalo para la sociedad. Se añade que la vida en común de los cónyuges puede llegar a ser insoportable por un sinnúmero de conductas hostiles, de amargos reproches, de desprecios diarios, de continuas contradicciones punzantes y porfiadas; en una palabra, por una multitud de actos que, si ninguno de ellos puede considerarse grave, en conjunto suponen una desgracia y un tormento para el cónyuge que los sufre.

Todo esto puede ocurrir. Pero también es cierto que la simple alegación de la incompatibilidad de humor y de caracteres no puede sino estar escondiendo la ausencia de un motivo razonable. ¿Quién nos garantizará que existen causas suficientes de divorcio en un caso en el que no se manifiesta ninguna?

El matrimonio no es una situación, sino un estado. No debe parecerse a esas uniones pasajeras y efímeras ocasionadas por el placer, que terminan con el placer y que han sido reprobadas por las leyes de todos los pueblos civilizados.

Es necesario, se dice, acudir en auxilio de dos cónyuges mal avenidos. Se acusa a nuestras costumbres y a nuestros usos de favorecer los malos matrimonios. No se halla mejor remedio a estos males que la facilidad para el divorcio.

Es muy cierto que dos esposos se unen a menudo sin conocerse y que están condenados a vivir juntos sin amarse. Es muy cierto que propósitos de ambición y de fortuna, y a menudo las fantasías y la ligereza, dominan el arreglo de las alianzas y el destino de las familias. Las conveniencias morales y naturales se sacrifican de ordinario a las conveniencias civiles.

Pero ¿deben llevar estos abusos a otros? ¿Hay que añadir la corrupción de las leyes a la de los hombres? Ya que hay matrimonios mal concertados, ¿habrá que concluir que no debe haberlos sagrados e inviolables? Cuando los abusos son obra tan solo de las pasiones pueden corregirse por las leyes; pero cuando son obra de las leyes, *el mal es incurable, pues está en el propio remedio.*

Las leyes hacen todo cuanto está en su poder para prevenir en los matrimonios errores y equivocaciones que podrían ser irreparables; garantizan mayor libertad a los contrayentes; dan mayor publicidad al contrato; exigen el consentimiento de los padres, si bien consentimiento motivado por la conmovedora consideración de que la prudencia paterna, iluminada por los más tiernos sentimientos, está por encima de cualquier otra cautela. Si, pese a estas precauciones, las leyes no alcanzan siempre el objeto que se proponen no acusemos de ello sino a las debilidades inherentes a la humanidad.

¿En qué momento se reclama la extrema facilidad del divorcio en favor de los matrimonios mal concertados? Cuando los matrimonios son más libres que nunca, cuando la igualdad política ha hecho desaparecer la extrema desigualdad de las condiciones y ambos cónyuges pueden someterse a las tiernas inspiraciones de la naturaleza sin tener ya que luchar contra los prejuicios del

orgullo, contra todas esas vanidades sociales *que introducían en las alianzas y en los matrimonios el malestar, la necesidad y, nos atrevemos a decirlo, la fatalidad del propio destino.*

Lo que se debe temer hoy es que la licencia de las costumbres sustituya la antigua carga del matrimonio y que, por la excesiva facilidad de los divorcios, el propio matrimonio sea sustituido por un libertinaje, por decirlo así, regular, fruto de una inconstancia autorizada.

Se dice, sin embargo, que si no se permite que se mantenga la simple alegación de la incompatibilidad de humor y de caracteres se le retiran al divorcio todas sus ventajas. Decimos, por el contrario, que si se permite que permanezca el medio deducido de la incompatibilidad de humor y de caracteres no se hace sino multiplicar y agravar los abusos del divorcio.

La alegación de esta incompatibilidad será el medio de todos aquellos que no tienen ninguna. El más importante, el más venerable de los contratos no tendrá firmeza alguna y no logrará ser respetado. Las costumbres serán violadas sin cesar por las leyes.

El divorcio podía realizarse además por el consentimiento mutuo, basándose en que el matrimonio es una sociedad y una sociedad no alcanzaría a ser eterna.

Pero ¿puede equipararse el matrimonio a las sociedades ordinarias?

El matrimonio es una sociedad, pero la más natural, la más sagrada y la más inviolable de todas.

El matrimonio es necesario; los otros contratos de sociedad no lo son.

El objeto que se convierte en materia de las sociedades ordinarias está determinado de forma arbitraria por la voluntad del hombre; el objeto del matrimonio lo está por la propia naturaleza.

En las sociedades ordinarias no se trata sino de la comunicación más o menos limitada de bienes o de industria. Los bienes no entran en el matrimonio sino de modo accidental: la esencia de este contrato es la unión de las personas.

En las sociedades ordinarias se estipula para uno mismo, sobre intereses oscuros y privados y como árbitro soberano del patrimonio propio. En el matrimonio no se estipula solo para uno mismo, sino para los demás; uno se compromete a ser como la providencia de la nueva familia que se va a crear; se estipula para el Estado, se estipula para la sociedad general del género humano.

Así pues, lo público forma siempre parte de las cuestiones sobre el matri-

monio; y, con independencia de lo público, siempre existen terceros que merecen la mayor protección y a los cuales no se puede tener ni la voluntad ni el poder de perjudicarlos. La sociedad conyugal no se parece, pues, a ninguna otra.

Por consiguiente, el consentimiento mutuo no puede disolver el matrimonio aunque pueda disolver cualquier otra sociedad.

Las enfermedades, los achaques, tampoco nos parece que puedan proporcionar causas legítimas de divorcio. ¿No se asocian ambos cónyuges tanto para lo bueno como para lo malo? ¿Deben abandonarse cuando todo les impone la obligación de socorrerse? ¿Terminan los deberes con el encanto y con los placeres? Según la hermosa expresión de las leyes romanas, ¿no es el matrimonio una sociedad completa y perfecta que supone, para ambos cónyuges, la participación en lo bueno y en lo malo de la vida, la comunicación de todas las cosas divinas y humanas?

La dolencia del cónyuge que se querría estar autorizado a repudiar puede haber sido contraída durante el matrimonio: ¿cómo podría convertirse en una circunstancia razonable para el divorcio? ¿No deben entonces trocarse la piedad y el agradecimiento en auxiliares del amor?

La naturaleza, que ha distinguido a los hombres por los sentimientos y por la razón, ha querido que, entre ellos, las obligaciones que nacen de la unión de los dos sexos se guiaran siempre por la razón y por los sentimientos.

Se ha escrito en ciertas ocasiones que todo lo que permite la separación de bienes debe permitir el divorcio, y que ninguna de estas dos cosas debe ir sin la otra. Pues bien, ¿por qué los medios que pueden legitimar la separación de bienes podrían disolver el matrimonio? El matrimonio es solo una unión de personas; los cónyuges tienen libertad para no comprometer su patrimonio. Así pues, ¿por qué hacer depender el matrimonio de algo que en realidad le resulta absolutamente ajeno?

La separación de cuerpos ocasionaba antaño la separación de bienes, pero la separación de bienes jamás había ocasionado la de cuerpos.

Un hombre puede ser un mal administrador sin ser un mal marido. Puede tener derecho al afecto de su esposa sin tenerlo a que se le confíen determinadas cuestiones. ¿Esta esposa estaría, pues, obligada a forzar su corazón para conservar su patrimonio, o a abandonar su patrimonio para seguir los impulsos de su corazón?

En general, el divorcio no debe ser pronunciado sin causa. Las causas del divorcio han de ser infracciones manifiestas del contrato. De ahí que no admitamos como causas legales más que la muerte civil, que imita la muerte

natural, y los crímenes o delitos por los que un cónyuge puede denunciar al otro. No hemos creído que fuera tolerable hacer el divorcio más fácil de lo que lo eran antes las separaciones.

Las cuestiones de divorcio se atribuían al consejo de familia; las hemos llevado a los tribunales. Es indispensable la intervención de la justicia cuando se trata de cuestiones de tal importancia. Un consejo de familia, formado por lo común por personas prestas de antemano a consentir todo lo que se exigía de ellas, no proporcionaba más que un grupo de adeptos complacientes siempre dispuesto a coludir con los cónyuges contra las leyes. Además, los parientes pueden fácilmente ser sospechosos de cariño o de odio contra una u otra parte: sus intereses influyen mucho en su opinión. Es raro que las camarillas conserven, en los asuntos que tratan con tanta ligereza, la gravedad que ordena la moral en todo lo que atañe a las costumbres. Una triste experiencia ha demostrado demasiado bien que los amigos o los aliados, reunidos para un divorcio, no creen cumplir mejor la misión encomendada que firmando una decisión redactada a sus espaldas y mostrándose indiferentes ante todo lo que ocurre.

Además todo lo que atañe al estado civil de los hombres, sus convenciones y sus respectivos derechos, pertenece fundamentalmente al orden judicial.

Si el divorcio no puede ya pronunciarse sino por una causa, es necesario que esa causa sea comprobada. Se comprende que los puntos de hecho y los puntos de derecho a que lleve dicha comprobación no puedan discutirse seriamente sino en un tribunal.

Para alejar el peligro de discusiones hemos diseñado una forma particular de proceder capaz de hacer que sean serias y suficientes sin hacerlas públicas. Todas las cuestiones del divorcio deben tratarse a puerta cerrada si se quiere que lo sean sin escándalo.

Hemos dejado todas las salidas convenientes para la reconciliación, para unir de nuevo a los cónyuges.

El cónyuge que obtiene el divorcio debe conservar, a título de indemnización, alguno de los beneficios estipulados en el contrato de matrimonio. Suponemos que no puede obtenerlo sino por causas fundadas; y a partir de ese momento, su acción, al poner término a sus males, le despoja sin embargo de su estado y deja en consecuencia un gran perjuicio que reparar. No hay que mantener el equilibrio entre la persona que hace que se pronuncie el divorcio y la que lo ha hecho necesario.

Hemos creído, en favor de la honestidad pública, que debíamos calcular un período entre el divorcio y un segundo matrimonio.

El juez tiene el derecho de no ordenar sino una separación momentánea si espera el restablecimiento de la armonía en la pareja. Mientras no está obligado a fallar, exhorta e invita.

En general, en las leyes proyectadas sobre el divorcio, nuestro objetivo ha sido prevenir el abuso y defender el matrimonio de la relajación de las costumbres. Se va hacia el mal por una rápida pendiente; no se vuelve al bien sino con esfuerzo.

Las familias se crean por el matrimonio, son el vivero del Estado. Cada familia es una sociedad particular y distinta cuyo gobierno importa a la gran familia que las comprende a todas.

Además, según las ideas que hemos expuesto sobre el contrato de matrimonio, es evidente que es el consentimiento de las partes lo que constituye este contrato. Es la fidelidad, es el compromiso lo que hace merecedora de la calidad de esposa a la compañera con la que un hombre se asocia; calidad tan honrosa que, según expresión de los antiguos, no es la sensualidad sino la virtud, el honor mismo, lo que hace que se la designe con ese nombre. Pero es también evidente que era necesario estar seguro de la verdadera intención del hombre y de la mujer que se unen mediante condiciones y formalidades que pudieran dar a conocer su naturaleza y garantizar los efectos de esta unión. De ahí todas las precauciones de las que ya hemos hablado y que hemos tomado para la honestidad y la certeza del matrimonio.

Gracias a estas precauciones, los cónyuges son conocidos. Su compromiso queda bajo la protección de las leyes, de los tribunales y de todas las gentes de bien. Se aprende a distinguir la incontinencia de la fidelidad conyugal, y los extravíos de las pasiones del uso ordenado de los derechos más preciados de la humanidad.

La acción de la naturaleza en los misterios de la procreación es impenetrable; nos resultaría imposible levantar el velo que nos la oculta. Sin el matrimonio público y solemne todas las cuestiones de filiación quedarían en el limbo; la maternidad podría ser cierta, la paternidad no lo sería nunca. ¿Existe un matrimonio con la forma requerida, confirmado por la ley y reconocido por la sociedad? El padre queda determinado: es el que se demuestra por el matrimonio. La presunción de la ley, fundada en la convivencia de los cónyuges, en el interés y la vigilancia del marido y en la obligación de dar por supuesta la inocencia de la mujer antes que su crimen, pone fin a la incerti-

dumbre del magistrado y garantiza el estado de las personas y la tranquilidad de las familias.

La regla de que la paternidad queda demostrada por el matrimonio es tan favorable que no puede ceder sino ante la prueba evidente de lo contrario.

Los hijos que nacen de un matrimonio regular se llaman legítimos, pues son fruto de un compromiso cuya legitimidad y validez no pueden ser inciertas a los ojos de la ley.

En el caso de matrimonio nulo pero contraído de buena fe por ambos contrayentes o por uno de ellos, el estado de los hijos no queda comprometido. Las leyes positivas, que no se apartan nunca por completo de la ley natural y que, cuando parecen apartarse, no lo hacen sino para adaptar mejor el propósito de dicha ley a las necesidades de la sociedad, han rendido homenaje al principio natural de que la esencia del matrimonio consiste en la fidelidad que los esposos se prometen. De ahí que, aunque, por lo regular, para legitimar a los hijos solo sea idóneo el matrimonio celebrado en la forma prescrita y establecido conforme a derecho, se admita sin embargo como hijos legítimos a los nacidos de un matrimonio putativo, es decir, de un matrimonio que los cónyuges creían legítimo, contraído libremente por las partes con la intención de cumplir con los deberes inseparables de su estado y de vivir con coherencia bajo los auspicios de la virtud y en la pureza del amor conyugal.

Dos motivos principales han llevado a adoptar este principio: el primero es la consideración que se atribuye al concepto del matrimonio, concepto tan poderoso que incluso basta su sombra para purificar en los hijos el principio de su nacimiento. El segundo es la buena fe de quienes han contraído dicho compromiso: la patria tiene en cuenta su intención de darle hijos legítimos. Realizaron un compromiso honesto; creyeron seguir el mandato dispuesto por la ley para dejar una descendencia legítima. Un impedimento secreto, un acontecimiento imprevisto burla sus previsiones: no se deja de recompensar su compromiso, la apariencia, el nombre de matrimonio, y se atiende menos a lo que son los hijos que a lo que sus padres querían que fueran.

Se ha llevado tan lejos la consideración hacia el derecho común que se ha pensado que la buena fe de uno solo de los contrayentes basta para legitimar a los hijos que nacen de su matrimonio. Algunos antiguos jurisconsultos habían pensado acertadamente que, en tal caso, los hijos debían ser legítimos respecto a uno de los cónyuges e ilegítimos respecto al otro. Pero se ha rechazado su opinión sobre la base de que el estado de los hombres es indivisible y que, en esta concurrencia, había que decidirse sin reservas por la legitimidad.

Se ha discutido si el subsiguiente matrimonio debe legitimar a los hijos nacidos antes del matrimonio. Las leyes inglesas no admiten la legitimación por subsiguiente matrimonio; consideran esta clase de legitimación capaz de fomentar la disolución de las costumbres y de perturbar el orden de las familias. En Francia se ha contado más con la equidad natural, que hablaba a favor de los hijos, que con esa razón de Estado que sacrifica todo en aras del interés de la sociedad general. Nuestras leyes presumen que los padres y madres que se casan tras haber vivido en una relación ilícita han tenido siempre la intención de comprometerse con los vínculos de un matrimonio solemne; suponen que el matrimonio se ha contraído, al menos como compromiso y como deseo, desde el momento del nacimiento de los hijos y, mediante una ficción equitativa, conceden efectos retroactivos al matrimonio.

No hemos creído tener que cambiar esta disposición que la equidad de nuestros antepasados parece habernos recomendado; pero no nos hemos olvidado de las precauciones que evitan que se vuelva peligrosa.

El estado de los hijos nacidos fuera del matrimonio es siempre más o menos incierto, pues al no contar con la ayuda de ninguna presunción de derecho solo se basa en hechos dudosos cuya prueba es a menudo imposible. Ocurría que, al amparo de la legitimación por subsiguiente matrimonio, seres misteriosos que no podían disimular el vicio de su origen comprometían la tranquilidad de las familias con reclamaciones ficticias. Estas reclamaciones, que no solían producirse sino tras la muerte de todos aquellos que hubieran podido rechazarlas de manera eficaz, retumbaban en los tribunales por discusiones cuyo escándalo y peligro estremecían a la sociedad entera.

Estos inconvenientes se evitarán si la ley no aplica la legitimación por subsiguiente matrimonio sino a los hijos legalmente reconocidos en el momento mismo del matrimonio.

Como la ley no presume nada, ni nada puede presumir respecto a los hijos nacidos de una unión que no reconoce, es necesario que estos hijos sean reconocidos por los autores de sus días para poder reclamar algún derecho. Si fuera de otro modo, el honor de las mujeres, la armonía del matrimonio y la fortuna de los ciudadanos estarían siempre en peligro. Las nuevas leyes se han ocupado de estos perjuicios y, a este respecto, conservamos las disposiciones de estas leyes.

La posesión fue la primera y, durante mucho tiempo, la única prueba del estado de los hombres. Eran considerados padres o hijos quienes vivían públicamente en una de estas relaciones dentro de una determinada familia.

Todo cambió tras el descubrimiento de la escritura: los matrimonios, los nacimientos y las defunciones se comprobaron mediante registros. Por consiguiente, la prueba más legítima en las cuestiones de estado es la que se extrae de los registros públicos. Este principio es una especie de derecho de gentes común a todas las naciones civilizadas.

Pero esta prueba, por auténtica y legítima que pueda parecer, no es sin embargo la única. Y como no es justo que la negligencia de los padres, la prevaricación de quienes conservan los registros públicos, las desgracias y los estragos del tiempo puedan condenar a un hombre a la imposibilidad de probar su estado, está en la equidad de la ley conceder, en todos esos casos, otra prueba que pueda suplir el defecto y reparar la pérdida de los registros. Y esta prueba no puede ser sino la que se obtiene de otros títulos y de la deposición de testigos.

Advirtamos sin embargo que, en las cuestiones de estado, la prueba testifical no debe ser admitida sino con precaución; nunca lo ha sido sin un comienzo de prueba documental. Es necesario tener seguridad contra un tipo de prueba que produce tanta desconfianza: los testigos pueden estar corrompidos o haber sido sobornados; su memoria puede engañarlos; pueden dejarse arrastrar, sin saberlo, por influencias extrañas. Todo nos advierte que hay que ponerse en guardia contra el simple testimonio.

No es un buen argumento el alegar, en las materias de estado, la facilidad con la que la prueba de testigos se admite en las materias criminales.

En materia criminal, si la ley no admitiera la prueba testifical se vería impotente para conocer el crimen que quiere reprimir, pues los crímenes son hechos en los que la escritura no interviene sino accidental y muy raramente. Pero los hechos no pueden probarse sino con testigos. La admisión de la prueba testifical en la investigación y la instrucción de los crímenes deriva, pues, de la necesidad.

No existe la misma necesidad en las cuestiones de estado. La ley quiere que el estado de los hombres se compruebe mediante documentos públicos: se ocupa más de las familias que de los individuos; la suerte de un oscuro ciudadano que puede ver su estado injustamente comprometido le afecta menos que el peligro que amenazaría a la sociedad entera si, con algunos testimonios mendigados o sospechosos, se pudieran naturalizar en una familia a seres desconocidos que no pertenecen a ella.

En segundo lugar, en la investigación de un crimen se trata de un hecho que no se remonta a una época remota y que está, por así decirlo, ante nues-

tros ojos. Pues bien, la prueba testifical es la prueba natural de los hechos recientes. Este tipo de prueba es menos conveniente en los asuntos cuyo origen se pierde casi siempre en épocas lejanas y que, por las circunstancias que las complican, no brindan por lo común ni certeza ni tranquilidad de espíritu.

Finalmente, en la instrucción de un crimen la prueba de testigos se depura por la contradicción, por las impugnaciones del acusado y por todas las formalidades que garantizan a dicho acusado el derecho a defenderse; mientras en las cuestiones de estado, el litigio no se entabla nunca sino tras la defunción de las personas que podrían aclarar el misterio o rechazar la calumnia. No existe ninguno de los recursos que tan bien sirven, en materia criminal, para desbaratar la mentira y la impostura.

Así pues, hemos consagrado la máxima de que, en las cuestiones de estado, la prueba de testigos no es admisible salvo que se refuerce al comienzo con una prueba más contundente, es decir, con documentos privados, con escritos de personas difuntas y no sospechosas, con cartas ordinarias enviadas y recibidas en el momento oportuno y, en fin, con la concurrencia de hechos que dejen huellas permanentes que puedan ser recogidas con éxito para esclarecer la verdad.

Tras haber determinado las pruebas que garantizan el estado civil de las personas, hemos entrado en los detalles acerca del gobierno de la familia. El marido es el jefe de dicho gobierno. La mujer no puede tener más domicilio que el del marido. Él administra todo, vigila todo, los bienes y las costumbres de su compañera. Pero la administración del marido debe ser prudente y su vigilancia moderada; la influencia del marido se muestra más como protección que como autoridad; el más fuerte es el que está destinado a defender y a sostener al más débil. Una dominación sin límites sobre las mujeres, tal como lo vemos en ciertas regiones, disgustaría tanto al carácter de la nación como a la bondad de nuestras leyes. Toleramos en un sexo amable indiscreciones y ligerezas que son sus encantos; y sin alentar acciones que podrían perturbar el orden y ofender la decencia, descartamos cualquier medida que sea incompatible con la libertad pública.

Los hijos deben estar sometidos al padre. Pero este no debe escuchar sino la voz de la naturaleza, la más amable y la más tierna de todas. Su nombre es a la vez un nombre de amor, de dignidad y de poder; y su magistratura, que de manera tan respetuosa fue llamada *piEDAD paterna*, no conlleva más rigor que el que conduce al arrepentimiento de un corazón extraviado, y su objetivo no es tanto infligirle una pena como hacerlo merecedor del perdón.

La potestad de los padres cesa con la mayoría de edad de los hijos; pero no cesan sino sus efectos civiles: el respeto y la gratitud siguen exigiendo una consideración y unos deberes que el legislador ya no ordena. Y la deferencia de los hijos hacia los autores de sus días es entonces obra más de las costumbres que de las leyes.

Durante la Revolución la mayoría de edad se fijó en los veintiún años. No hemos creído tener que reformar una precisión que puede justificarse por tantas razones. En nuestra época, miles de causas colaboran en buena medida en formar a la juventud; a menudo ella incluso envejece al salir de la infancia. El espíritu de sociedad y el espíritu de industria, hoy extendidos de manera tan general, dan una energía al alma que sustituye las lecciones de la experiencia y prepara a los individuos para llevar pronto el peso de su propio destino. Sin embargo, pese a estas consideraciones, hemos retrasado hasta los veinticinco años la necesidad de obtener el consentimiento paterno para el matrimonio. Un acto como el del matrimonio decide la felicidad para toda la vida. Sería poco prudente, cuando se trata de algo que está tan cerca del imperio de las más terribles pasiones, abreviar el tiempo durante el cual las leyes asocian la prudencia de los padres a las decisiones de los hijos.

La tutela es, en el gobierno doméstico, una especie de magistratura subsidiaria cuya duración y funciones hemos determinado mediante reglas que son comunes a todas las naciones civilizadas. El tutor es el encargado de la persona y de los bienes. Debe ser elegido por la familia y dentro de la familia, pues es necesario que tenga un interés real por conservar los bienes y un interés de honor y de afecto por velar por la educación y la seguridad de la persona. No puede enajenar sin causa y sin forma el patrimonio confiado a su cuidado; debe administrar con inteligencia y gestionar con fidelidad; es contable puesto que es administrador; responde de su conducta; no puede actuar mal sin estar obligado a reparar el daño que hace. He aquí toda la teoría sobre la tutela.

Las cuestiones sobre el domicilio están, en su mayor parte, ligadas a las cuestiones sobre el estado de las personas. Así como el domicilio de la mujer es el de su marido, el domicilio de los hijos menores es el de su padre o el de su tutor.

El domicilio civil no tiene nada en común con el domicilio político. Puede existir el uno sin el otro, pues las mujeres y los menores tienen un domicilio civil sin tener un domicilio político. Esta última clase de domicilio depende del derecho de ciudadanía, dado que designa el lugar en el que, cumpliendo

las condiciones que prescriben las leyes constitucionales, se está autorizado a ejercer los derechos políticos unidos a la calidad de ciudadano.

El domicilio civil es el lugar al que uno traslada la sede de sus negocios, de su patrimonio, de su vivienda habitual. La simple ausencia no interrumpe el domicilio. Se puede cambiar de domicilio cuando se quiera. En toda cuestión de domicilio se mezclan los hechos y el derecho. Hemos fijado las reglas según las cuales se puede decidir cuál es el verdadero domicilio de un hombre, porque en todas las acciones judiciales e incluso en los asuntos ordinarios de la vida importa saber dónde está domiciliada una persona para poder dar con ella.

La ausencia es una situación transitoria. Se puede estar ausente por interés propio o por el de la república. Los ausentes, y sobre todo quienes lo son por causa pública, tienen el derecho a que las leyes les protejan: hemos determinado ese derecho. Ha habido que determinar también la presunta vida de un ausente del que no se tienen noticias, para no dejar a las familias y las propiedades en una incertidumbre funesta. Hemos cotejado la diferente jurisprudencia sobre los diversos puntos que conciernen a los ausentes y hemos optado por los principios que nos han parecido más equitativos y menos susceptibles de causar inconvenientes.

Se verá que en cualquiera de los proyectos de ley relativos al estado de las personas únicamente nos hemos ocupado del estado civil. El estado político de los hombres queda fijado por la constitución. Sin embargo, hemos hablado de los extranjeros para indicar hasta qué punto pueden ser equiparados a los franceses en las cosas civiles y hasta qué punto difieren de ellos.

Hay que admitir que, antiguamente, los distintos pueblos se comunicaban poco entre ellos; que no había relación entre los Estados y que no se ponían en contacto sino por la guerra, es decir, para exterminarse. A estas épocas se remontan, según el autor de *El espíritu de las leyes*, «los insensatos derechos de aubana y de naufragio». «Los hombres», dice, «pensaron que como los extranjeros no estaban unidos a ellos por ninguna relación de derecho civil, no les debían, ni justicia ni piedad».

Al desarrollarse el comercio nos curó de prejuicios bárbaros y destructores; unió y mezcló a los hombres de todos los países y de todas las comarcas. La brújula abrió el universo; el comercio lo hizo sociable.

Los extranjeros fueron tratados entonces con justicia y con humanidad. Las relaciones entre los pueblos se multiplicaron; y se entendió que si no se puede pertenecer como ciudadano a una sociedad en particular, se pertenece

como hombre a la sociedad general del género humano. En consecuencia, si bien las instituciones políticas continúan siendo las propias de los miembros de cada Estado, se acepta que los extranjeros participen más o menos en las instituciones civiles, que atañen más a los derechos privados del hombre que al estado público del ciudadano.

Después de haber repasado todo lo relativo a las personas, nos hemos ocupado de los bienes.

Hay diferentes especies de bienes; existen diferentes modos de adquirirlos y de disponer de ellos.

Los bienes se dividen en muebles e inmuebles. Es la división más general y más natural.

Los inmuebles de cada país son poseídos, por lo general, por sus habitantes. Hasta ahora, la mayor parte de los Estados han tenido leyes que disuadían a los extranjeros de adquirir sus tierras. Solo la presencia del dueño les otorga valor. Este género de riqueza pertenece pues a cada Estado en particular. Pero los efectos muebles, como el dinero, los vales, las letras de cambio, las acciones de los bancos o de las compañías, los buques, todas las mercancías, pertenecen al mundo entero, que, en esta relación, no forma sino un solo Estado cuyos miembros son todas las sociedades. El pueblo que posee mayor cantidad de estos efectos muebles es el más rico. Los Estados los adquieren por la exportación de sus productos, por el trabajo de sus manufacturas, por la industria y los descubrimientos de sus negociantes, por el propio azar.

La distinción de los inmuebles y de la riqueza mobiliaria nos da una idea de las cosas puramente civiles y de las cosas mercantiles. La riqueza mobiliaria pertenece al comercio; los inmuebles dependen en particular de la ley civil.

Hay sin embargo efectos muebles que se consideran inmuebles porque se pueden ver como dependencias o accesorios de los fundos y de otros objetos civiles.

En el antiguo régimen, la distinción entre personas privilegiadas y no privilegiadas, nobles y plebeyos entrañaba respecto a los bienes una multitud de distinciones que han desaparecido y ya no pueden resurgir.

Se puede decir que los bienes eran clasificados como las propias personas. Había bienes feudales y no feudales, bienes serviles y bienes libres. Nada de esto existe ya: no hemos conservado sino las servidumbres urbanas y rústicas, que la proximidad entre los hombres hace indispensables y que derivan de los únicos deberes y consideración que pueden hacer posible la sociedad.

Al hablar de la diferente naturaleza de los bienes, hemos distinguido el simple uso del usufructo y el usufructo de la propiedad. Hemos enumerado las diferentes especies de rentas y de derechos que pueden entrar en el patrimonio de un particular.

Las reglas que hemos establecido para estos diferentes objetos, y cuyo detalle sería inútil presentar aquí ahora, son conformes a lo que siempre se ha practicado. No hemos cambiado o modificado sino las que ya no se adecuaban al orden actual de las cosas o aquellas cuya práctica había mostrado los inconvenientes.

Los contratos y las sucesiones son los medios más importantes de adquirir lo que aún no se tiene y de disponer de lo que se tiene.

Al tratar de los contratos, hemos desarrollado primero los principios de derecho natural que se aplican a todos.

Luego hemos hablado de las formalidades como deben ser redactados.

La escritura es la prueba natural de los contratos en todas las naciones civilizadas. Sin embargo, acomodándonos a todas las leyes anteriores, autorizamos la prueba de testigos en los casos en que exista un comienzo de prueba por escrito. Este comienzo no es necesario en los asuntos mercantiles que se realizan a menudo en la Bolsa, en la plaza pública o en una conversación imprevista.

En general, los hombres han de poder tratar libremente de todo lo que les interesa. Sus necesidades los aproximan; sus contratos se multiplican tanto como sus necesidades. No hay legislación en el mundo que haya podido determinar la cantidad y precisar la diversidad de los acuerdos de los que son susceptibles los asuntos humanos. De ahí esa multitud de contratos conocidos en las leyes romanas bajo el título de contratos *innominados*. La libertad de contratar solo puede ser limitada por la justicia, por las buenas costumbres y por la utilidad pública.

Pero es precisamente al tratar de fijar estos límites cuando las dificultades surgen por todas partes.

Hay cuestiones sobre las cuales se manifiesta claramente la justicia. Un socio, por ejemplo, quiere compartir todos los beneficios de una sociedad sin compartir los riesgos. La pretensión es indignante; no hace falta buscar fuera de un pacto como este una iniquidad ya consumada por la propia letra del pacto. Pero hay cosas sobre las cuales la cuestión de la justicia se complica con otras cuestiones a menudo ajenas a la jurisprudencia. Así, hemos de buscar en nuestros conocimientos adquiridos sobre la agricultura la justicia o la

injusticia, la utilidad o el peligro de ciertas cláusulas o de ciertos pactos estipulados en los arrendamientos rústicos. Nuestros conocimientos mercantiles han puesto término a nuestras interminables discusiones sobre el préstamo a interés, sobre el monopolio, sobre la legitimidad de las condiciones fijadas en los contratos marítimos y sobre varias cuestiones semejantes. Nos hemos percatado de que, en estas materias, la cuestión de derecho o de moral está subordinada a la cuestión de cálculo o administración.

El dinero es el signo de todos los valores. Proporciona todo lo que da beneficios o frutos. Así pues, ¿por qué quien necesita de este signo no habría de pagar por su uso, como paga el uso de todos los objetos que necesita? A semejanza de todas las otras cosas, el dinero puede ser dado, prestado, alquilado, vendido. La renta a fondo perdido es una enajenación; el préstamo a interés es un arrendamiento; el uso gratuito que se cede de una suma de dinero es un simple préstamo; la liberalidad sin estipulación de intereses y sin esperanza de contrapartida es una donación. La donación y el préstamo son actos de generosidad; pero el arrendamiento y la enajenación no son actos injustos.

Para que los negocios de una sociedad puedan avanzar es necesario que el dinero tenga un precio. Sin ello no hay prestamistas o, por decirlo mejor, los hay, pero saben vengarse de la ineptitud de las leyes mediante estipulaciones simuladas, haciendo pagar muy caro el riesgo de la contravención. Nunca ha sido tan terrible la usura como cuando se ha prohibido el interés. Al prohibir algo honrado y necesario no se hace sino envilecer y convertir en personas deshonestas a quienes lo hacen.

Si el dinero ha de tener un precio, es necesario también que este precio no sea considerable. El interés moderado del dinero estimula todas las empresas útiles; concede a los propietarios de tierras que quieren dedicarse a nuevos cultivos la esperanza fundada de obtener ayudas a un precio razonable; pone a los comerciantes y a los manufactureros en situación de luchar con éxito contra la industria extranjera.

Las relaciones que determinan el precio del dinero son independientes de la autoridad; los gobiernos jamás pueden aspirar a fijarlo mediante leyes imperativas. Sin embargo, siempre se ha adoptado un interés legal para los contratos de hipoteca y para todas las actuaciones públicas. En los negocios civiles ordinarios, cuyo provecho puede valorarse con cierta rigidez, no se ha creído que la tasa de interés hubiera de entregarse a las desviaciones de la avaricia, a las maniobras particulares y al abuso de los prestamistas. Pero, con independencia del interés legal que rige en el orden civil, existe en el

comercio un interés corriente que no puede convertirse en objeto de una ley invariable y precisa.

No hemos tocado la determinación del interés legal. El hecho de fijarlo solo puede depender del gobierno, y las medidas que el gobierno puede tomar a este respecto no deben ser precipitadas.

El interés legal solo puede ser respetado en la medida en que se halle en armonía con la tasa del dinero en el comercio. En la actualidad, miles de causas conocidas rompen dicha armonía. La paz, al dar nuevo auge al comercio, al disminuir los gastos del Estado y al poner término a las operaciones forzosas del gobierno, restablecerá el equilibrio y hará que los negocios vuelvan al seno de la honradez.

Con todo, las leyes civiles pueden preparar esta feliz revolución al dar a los prestamistas una seguridad capaz de animarlos a conformarse con una retribución moderada. Así, instituciones que puedan inspirar confianza, buenos reglamentos sobre las obligaciones solidarias o no solidarias de las garantías, leyes prudentes que aseguren la estabilidad de las hipotecas y que, al simplificar la acción de los acreedores contra sus deudores, la hagan más rápida y menos costosa, son muy convenientes para mantener esa circulación cuya influencia sobre la tasa de interés y sobre la prosperidad nacional es tan grande.

Lo cierto es que la tasa de interés es el pulso del Estado: muestra todas las enfermedades del cuerpo político. La moderación de esa tasa es el signo menos equívoco de la verdadera riqueza y de la felicidad pública.

El dinero regula el precio de todas las demás cosas, tanto muebles como inmuebles. Dicho precio se basa en la comparación de la abundancia y de la escasez relativa del dinero con la escasez o la abundancia relativa de las cosas o de las mercancías que se compran. No puede fijarse mediante reglamentos. El principio más importante en estas materias es confiar en la competencia y en la libertad.

Antes del uso de la moneda todos los negocios de la sociedad se hacían mediante un simple préstamo o mediante el trueque. Desde el uso de la moneda se procede mediante ventas, compras y una multitud de actos que constituyen lo que llamamos el comercio de la vida civil y para los que hemos establecido las principales reglas que los gobiernan.

El comercio ordinario de la vida civil, reducido tan solo a los compromisos contraídos entre individuos unidos por sus necesidades mutuas y por ciertas conveniencias, no debe confundirse con el comercio propiamente dicho,

cuya función es unir las naciones y los pueblos y atender a las necesidades de la sociedad universal de los hombres. Este tipo de comercio, cuyas operaciones se vinculan casi siempre a los grandes proyectos de la administración y de la política, debe regirse por leyes particulares que no pueden entrar en el proyecto de un código civil.

El espíritu de estas leyes difiere por naturaleza del espíritu de las leyes civiles.

Sin duda, tanto en materia civil como en materia mercantil se necesita de la buena fe, de la reciprocidad y de la igualdad en los contratos; mas para garantizar esa buena fe, esa igualdad y esa reciprocidad en los compromisos, sería un error pensar en los negocios civiles como en los negocios de comercio.

Es muy prudente, por ejemplo, excluir de los negocios de comercio las acciones reivindicatorias, pues este tipo de asuntos tratan de cosas muebles que circulan con rapidez, que no dejan ninguna huella y cuya identidad sería casi siempre imposible de comprobar y de reconocer. Pero no se podría, sin que fuera injusto y absurdo, dejar de admitir las acciones reivindicatorias en los negocios civiles, relativos casi todos ellos a inmuebles, que tienen un asiento fijo que puede seguirse cualesquiera que sean las manos a las que pasen y que, por su estabilidad, hacen posibles e incluso fáciles todas las discusiones que pueda exigir el interés de la justicia.

Jamás se ha admitido en el comercio la acción rescisoria por lesión de más de la mitad del precio justo, porque la movilidad de las cosas mercantiles, los riesgos, la incertidumbre y los casos fortuitos que rodean las operaciones de comercio no podrían admitir esta acción. Es incluso razonable que, en la época del papel moneda y de la degradación más o menos rápida de dicho papel, se aboliera la acción rescisoria incluso en las materias civiles, pues durante esa época estas materias se enfrentaban a la misma movilidad y a la misma incertidumbre que las materias mercantiles. Pero en la actualidad nos hemos creído en el deber de restablecerla, pues la justicia puede recobrar sus derechos sin inconvenientes y los contratos privados ya no están amenazados como lo estaban a causa del desorden de los asuntos públicos.

En el comercio, donde las mayores fortunas son con frecuencia invisibles, se sigue más a la persona que los bienes. De ahí que la prenda y la hipoteca sean cosas prácticamente desconocidas para el comercio. Pero en las materias civiles, en las que se siguen más los bienes que a la persona, se necesitan leyes hipotecarias, es decir, se necesitan leyes que puedan dar toda la seguridad que se busca sobre los bienes. Pero no hay que extremar las pre-

cauciones. Nuestras últimas leyes sobre esta cuestión son excesivas, y el bien político, como el bien moral se encuentra siempre entre dos extremos.

Se gobierna mal cuando se gobierna demasiado. Un hombre que trata con otro hombre debe ser cuidadoso y prudente; debe velar por su interés, recoger las informaciones convenientes y no descuidar lo que es útil. El oficio de la ley es protegernos contra el fraude ajeno, no el de eximirnos de hacer uso de nuestra propia razón. De otro modo, la vida de los hombres bajo la vigilancia de las leyes no sería sino una larga y vergonzosa minoría de edad; y la propia vigilancia degeneraría en inquisición.

Existe otro principio: que las leyes, hechas para prevenir o reprimir la maldad de los hombres, deben mostrar cierta franqueza, cierto candor. Si se parte de la idea de que es necesario prever el daño y los abusos de los que algunas personas son capaces, todo está perdido. Se multiplicarán las formalidades hasta el infinito, no se otorgará a los ciudadanos sino una protección ruinosa y el remedio será peor que la enfermedad. Algunos hombres son tan malvados que, para gobernar a la masa con prudencia, hay que considerar a los peores hombres mejores de lo que son.

Parecen haberse olvidado por completo estos principios al redactar nuestras últimas leyes hipotecarias.

Desde luego, es necesario que los hombres no puedan engañarse mutuamente al negociar entre ellos; pero hay que dejar cierto margen a la confianza y a la buena fe. Formalidades inquietantes e inconvenientes pierden el crédito sin acabar con los fraudes; abruman sin proteger. Estamos realmente convencidos de que nuestras últimas leyes sobre esta materia no podían sino contribuir a paralizar todos los negocios de la sociedad y a cansar a las partes interesadas con procedimientos ruinosos, y de que, con el aparente fin de conservar la hipoteca, no servían más que para complicarla. Hemos creído que debía volverse a un régimen menos sospechoso y más moderado.

No podemos hacernos ilusiones acerca del verdadero origen de las leyes relativas a la conservación de las hipotecas: dicho origen solo es fiscal, como el de las leyes del control o del registro de los diferentes actos civiles. Sabemos que el erario público puede hacer una prudente alianza con la legislación y que el interés de este puede combinarse de forma útil con el de la policía. Pero cuidémonos de ello, temamos siempre que, en estas combinaciones, no se sacrifique al fisco el interés de la legislación o de la policía. El registro, por ejemplo, es una de esas instituciones fiscales que proporcionan beneficios, a la vez, al erario público y a los ciudadanos: garantiza la veracidad de los con-

tratos y de los actos entre particulares. Pero deja de ser útil, e incluso llega a ser funesto cuando se vuelve excesivo. El exceso de derechos hace que los hombres, mucho más impresionados por el beneficio presente que por un peligro futuro, se vuelvan confiados por avaricia y comprometan su seguridad mediante convenciones verbales u ocultas incapaces de garantizarla. Es también un enorme perjuicio que los derechos registrales, con independencia de su moderación o de su exceso, sean recaudados de manera demasiado conflictiva; esto es, cuando la recaudación de estos derechos se vincula a las cuestiones más espinosas de la jurisprudencia y el administrador o el arrendatario de impuestos, gracias a esta misteriosa oscuridad, puede ejercer el más peligroso de los poderes. Lo que decimos del registro se aplica al código hipotecario. Evitemos las sutilezas en todas estas instituciones y no multipliquemos las precauciones onerosas; busquemos conciliar el interés del fisco con el de la legislación. La experiencia demuestra que, en las materias de las que se trata, el exceso de derechos disminuye su recaudación y que el fisco no puede perjudicar al ciudadano sin su propio perjuicio.

Hemos mantenido las saludables reformas que, desde la Revolución, se han realizado en las ventas de inmuebles. Dichas ventas ya no están trabadas por esa multitud de derechos y de redenciones estatutarias que tenían el terrible inconveniente de dejar el bien vendido sin un propietario cierto durante uno o varios años, lo que resultaba muy nocivo para la agricultura. Pero hemos pensado que se había ido demasiado lejos cuando, con el pretexto de borrar hasta las mínimas huellas del feudalismo, se habían prohibido la enfiteusis y el arrendamiento con renta de bienes raíces, que nunca fueron contratos feudales, que favorecían las roturaciones, que animaban a los grandes propietarios a vender las heredades que no podían cultivar con esmero y que proporcionaban a los cultivadores diligentes, cuyos brazos producían la riqueza, medios fáciles para convertirse en propietarios. Sin embargo, no hemos podido ocultar los grandes inconvenientes ligados a la legislación tan particular y muy complicada que siempre ha exigido este tipo de contratos, y hemos dejado a la prudencia del gobierno la cuestión de saber si conviene promover su restablecimiento.

Los contratos de matrimonio ocupan un lugar particular en el proyecto de código civil.

Hemos dejado la mayor discrecionalidad a estos contratos que unen familias, que crean otras nuevas y que tanto contribuyen a la reproducción humana.

La dote era el régimen de los países de derecho escrito. La comunidad era el uso de los países de derecho consuetudinario.

Los cónyuges tendrán libertad a este respecto para darse, mediante acuerdos, la ley particular que juzguen apropiada.

Cuando no haya un acuerdo particular, los cónyuges tendrán comunidad de bienes.

Hemos regulado las mejoras que pueden hacerse mutuamente; hemos seguido el espíritu de la sociedad conyugal, que es la más dulce y la más necesaria de todas las sociedades.

En cuanto a los otros contratos, nos hemos limitado a indicar de nuevo las reglas comunes. En esta materia no iremos nunca más allá de los principios que nos ha transmitido la antigüedad y que nacieron con el género humano.

La parte del Código civil destinada a fijar el orden de las sucesiones no nos ha parecido la de menor importancia.

¿Tiene el derecho de sucesión su fundamento en la ley natural o, simplemente, en las leyes positivas? De la solución de este gran problema depende el sistema que se ha de establecer.

El hombre nace con necesidades. Debe poder alimentarse y vestirse. Tiene derecho, por lo tanto, a las cosas necesarias para su subsistencia y su conservación. Este es el origen del derecho de propiedad.

Nadie habría plantado, sembrado o edificado si sus propiedades no hubieran estado separadas y si a cada individuo no se le hubiera garantizado la pacífica posesión de su territorio.

Así pues, el derecho de propiedad en sí es institución directa de la naturaleza, y la manera en que se ejerce es un accesorio, un desarrollo, una consecuencia del propio derecho.

Pero el derecho de propiedad acaba con la vida del propietario. Por lo tanto, tras su muerte, ¿qué será de sus bienes, vacantes a causa de su defunción?

El sentido común, la razón y el bien público no permiten que se abandonen. Hay poderosas razones de conveniencia y de equidad para dejárselos a la familia del propietario; pero, hablando con propiedad, ningún miembro de dicha familia puede reclamarlos por riguroso título de propiedad. ¿Cómo se hará el reparto entre los hijos y, a falta de hijos, entre los parientes? ¿Será más favorecido un sexo que otro? ¿Se dará alguna preferencia a la primogenitura?

¿Se tratará igual a los hijos naturales que a los legítimos? Si no hay hijos, ¿se llamará indistintamente a todos los colaterales, cualquiera que sea su grado? ¿Se admitirá la facultad de testar, se prohibirá o bastará con limitarla?

En todas estas cuestiones es indispensable la intervención del Estado, pues hay que conceder y garantizar a alguien el derecho a suceder y hay que fijar el método de reparto. Sobre los bienes vacantes por la muerte del propietario, en principio, no se ve más derecho propiamente dicho que el del Estado. Pero no nos engañemos: este derecho no es ni puede ser un derecho a heredar; es un simple derecho de administración y de gobierno. El derecho de sucesión en los patrimonios privados jamás ha formado parte de las prerrogativas del poder público. Y se puede leer en la vida de Agrícola, de Tácito, que siempre se maldijo, por tiranos, de esos emperadores romanos a los que era obligado instituir herederos de una parte de los bienes relictos para que se comprometieran a no usurpar la otra. Por lo tanto, el Estado no sucede; no ha sido establecido sino para regular el orden de suceder.

Es necesario que tal orden exista, como es necesario que haya leyes. El derecho de sucesión en general es, pues, una institución social. Pero todo lo que atañe al método de reparto en las sucesiones no pertenece sino al derecho político o al civil.

La ley política, que no se detiene en lo que conviene a los particulares cuando percibe un punto de vista más general, se guía más por la razón de Estado que por un principio de equidad. La ley civil, por el contrario, cuya principal función es regular los derechos y los acuerdos entre particulares, se inclina más hacia la equidad que hacia la razón de Estado.

Los primeros preceptos de los romanos sobre las sucesiones fueron dirigidos por el derecho político; por eso, dichos preceptos contienen disposiciones que nos parecen extrañas. Se había hecho un reparto igualitario de las tierras; se quería mantener, en la medida de lo posible, la igualdad de dicho reparto. De ahí que las hijas, destinadas por el matrimonio a pasar a familias extrañas, no pudieran recibir nada de sus propias familias. Ni siquiera heredaba la hija única. Estos preceptos son injustos e indignantes cuando se juzgan según la razón civil.

Igual ocurre con el derecho político que inspiró nuestras antiguas costumbres francesas, relacionadas todas ellas con el espíritu de la monarquía, que admite por doquier distinciones, privilegios y preferencias.

Las últimas leyes de Roma, recogidas en la compilación de Justiniano, están redactadas por entero atendiendo al provecho y a la equidad natural.

La sucesión de los padres y de las madres se asigna a todos los hijos a partes iguales, sin distinción de sexo; y a falta de hijos, a los parientes más cercanos.

A menos que una nación encuentre en su situación particular motivos poderosos para seguir la razón política, actuará con prudencia guiándose por la razón civil, que no sorprende a nadie, previene los enfrentamientos y el odio en las familias, difunde el espíritu de fraternidad y de justicia y mantiene con mayor firmeza la armonía general de la sociedad.

En estos últimos tiempos se ha hablado mucho contra la facultad de testar; y en el sistema de nuestras nuevas leyes francesas se había restringido tanto esta facultad que era ya casi inexistente.

Reconocemos que ningún hombre tiene, por derecho natural e innato, el poder de mandar después de su muerte y de sobrevivir, por así decirlo, mediante un testamento. Reconocemos que son las leyes las que deben establecer el orden o la manera de suceder y que sería irrisorio y peligroso dejar a los particulares una facultad ilimitada de destruir arbitrariamente la obra de las leyes.

Pero las leyes, que no pueden gobernar sino mediante principios generales, permanentes y absolutos ¿no deben, por las mudables circunstancias de la vida, dejar algo al arbitrio del ciudadano? ¿El poder que a un testador le proporciona la ley no es el poder de la propia ley?

¿Es conveniente privar a un hombre, en sus últimos momentos, del amable intercambio de las buenas acciones? Un pariente colateral viejo e inválido, no languidecerá sin auxilio y sin recursos si aquellos de quienes podría rodearse carecen de expectativas? ¿Qué será del vínculo de parentesco en los grados lejanos si no se refuerza con otros vínculos? El interés que tan a menudo divide a los hombres ¿no debe aprovecharse, cuando es posible, para aproximarlos y unirlos?

¿No es un deber sancionar las virtudes domésticas, la autoridad paterna y el gobierno de la familia? Si se teme que haya padres injustos, ¿por qué no temer que haya hijos desnaturalizados? Según la posición en la que se encuentre una familia, ¿no sería el reparto igualitario de los bienes entre los hijos fuente de la más monstruosa desigualdad? En las clases trabajadoras de la sociedad, ¿qué hijo se resignará a confundir su trabajo con el de los autores de sus días si no percibe ninguna recompensa por sus esfuerzos y si está amenazado con ser despojado del fruto de su propia industria? ¿Y qué será de los artesanos y agricultores si, en su vejez, son abandonados por todos aquellos a

quienes han dado la vida? Además, ¿no hay patrimonios cuyo reparto necesita ser dirigido por el prudente destino del padre de familia?

Se ha hecho bien sin duda, en beneficio de la libertad de circulación de bienes y de la agricultura, al prohibir esas absurdas sustituciones que someten los intereses del pueblo vivo a los caprichos del pueblo muerto y en las cuales, por voluntad de la generación que ya no existe, la generación existente se sacrifica siempre en aras de la que aún no existe. Es prudente someter a reglas la facultad de testar y ponerle límites. Pero hay que conservarla y concederle cierto margen: cuando la ley no deja libertad alguna a los hombres en cuestiones que, como esta, tocan tan de cerca los afectos humanos, los hombres, por su parte, no se ocupan sino de eludir la ley. La liberalidad disfrazada y la simulación sustituirán a los testamentos si la facultad de testar se prohíbe o se restringe demasiado; y se producirán en las familias, incluso en las más honradas, los fraudes más horribles.

En la sucesión *ab intestato*, se opone al sentido común la representación de los colaterales llevada demasiado lejos. Llama a desconocidos en perjuicio de los más próximos; amplía las relaciones de liberalidad más allá de las supuestas relaciones de afecto; provoca interminables conflictos sobre la cualidad de las personas y divisiones ridículas en la partición de bienes. Ofende las ideas de justicia, de conveniencia y de razón.

La protección del matrimonio, la conservación de las buenas costumbres y el interés de la sociedad exigen que los hijos naturales no sean tratados igual que los hijos legítimos. Va además contra el orden establecido que el derecho de sucesión, considerado por todas las naciones civilizadas no como un derecho de ciudadanía, sino como un derecho de la familia, pueda pertenecer a unos seres que son, sin duda, miembros de la ciudad, pero que la ley que establece los matrimonios no puede reconocer como miembros de una familia. Solo hay que garantizarles, en una medida equitativa, el auxilio que la humanidad reivindica para ellos. En vano se exigen en su favor los derechos de la naturaleza: el derecho a suceder no es un derecho natural; no es sino un derecho social, regulado por entero por la ley o política o civil y que no debe ir en contra de las otras instituciones sociales.

Estos son los principales fundamentos de los que hemos partido en la redacción del Código civil. Nuestro propósito ha sido vincular las costumbres a las leyes y extender el espíritu de familia, tan favorable, se diga lo que se diga, al espíritu ciudadano. Los sentimientos se debilitan al generalizarse: es necesario un asidero natural para conformar los vínculos convencionales. Solo

las virtudes privadas pueden garantizar las virtudes públicas, y *es a través de la pequeña patria que es la familia como se vincula uno a la grande*. Los buenos ciudadanos son los buenos padres, los buenos maridos y los buenos hijos. Ahora bien, corresponde fundamentalmente a las instituciones civiles sancionar y proteger todos los afectos honestos de la naturaleza. El plan que hemos diseñado para estas instituciones ¿alcanzará la meta que nos hemos propuesto? Pedimos indulgencia para nuestro imperfecto trabajo, en favor del celo que lo ha sustentado y lo ha alentado. Quedaremos, sin duda, por debajo de las respetables expectativas concebidas acerca del resultado de nuestra misión. Pero nos consuela que nuestros errores no sean irreparables: una discusión solemne, una discusión ilustrada los corregirá. Y la nación francesa, que ha sabido conquistar la libertad por las armas, sabrá conservarla y afianzarla con las leyes.

Firmado: Portalis, Tronchet,
Bigot-Préameneu, Maleville

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>

17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>
25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>

26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía e imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939), Madrid 2014, 487 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19797>