

se concibieron esperanzas halagüeñas de conseguir su curacion; hubo otros de presagios siniestros. Mientras tanto, el paciente, sufrido y resignado, no abandonaba el cumplimiento de los deberes anejos á su elevado cargo, y aún se ocupaba además en otros asuntos de público interés, agravando de este modo una dolencia, para cuyo alivio eran indispensables la tranquilidad de espíritu y un reposo absoluto. A principios de Diciembre de 1871 el mal se exacerbó tan considerablemente, que llegó á inspirar serios temores de una pronta y funesta terminacion: por desgracia, estos temores no eran infundados, pues á las ocho de la noche del día 12 del mismo mes, el Sr. Gomez de la Serna exhalaba el último aliento y entregaba su alma al Criador, despues de haber recibido los auxilios espirituales y la bendicion de Su Santidad. Grande y general fué el sentimiento que esta muerte produjo. Una multitud de personas de todas opiniones y de las diferentes clases de la sociedad, acudió presurosa á dar el pésame á su afligida é inconsolable familia: la prensa periódica anunció este triste suceso, haciendo al mismo tiempo en sentidas frases justos elogios del difunto: el Estado, que tantos servicios le debia, costeó sus funerales, y el Gobierno, como su más alta personificación, presidió el duelo: un inmenso concurso acompañó su cuerpo inanimado á la última morada; y al pasar por delante del Palacio de la Justicia, los dignos magistrados del Tribunal Supremo, tomando parte en la general manifestacion, depositaron una corona sobre el fúnebre ataud, cuyas cintas eran llevadas por representantes de las corporaciones á que habia pertenecido este varon insigne.

El cementerio de San Isidro guarda sus restos mortales. ¡Dios misericordioso habrá recibido su alma inmortal en el cielo!

Juan Manuel Montalban.

PRÓLOGO.

Cuando por primera vez empezamos en 1841 á publicar los *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, no podíamos prometernos que encontrarán la feliz acogida con que fueron recibidos. Deseando sólo contribuir al adelantamiento del estudio de nuestro derecho, no teníamos la pretension de ser institutistas de la juventud; queríamos únicamente alentar á otros con nuestro ejemplo, para que de este modo en las escuelas se fueran introduciendo libros que llenaran las nuevas necesidades de la enseñanza. Conociendo la debilidad de nuestras fuerzas, más que luchar con la antigua y bien merecida reputacion del autor que dominaba en las aulas en esta parte de la ciencia, nos proponíamos abrir el camino que condujera á otros á coronar con buen éxito la empresa que nosotros no teníamos inconveniente en acometer. Sala, el ilustrado jurisconsulto á quien tanto debe nuestro derecho, nos inspiraba la veneracion profunda que se concilian el saber y el magisterio: sus lecciones fueron las primeras que guiaron nuestros estudios de derecho español; ellas fueron también el texto por el que durante algunos años enseñamos á los jóvenes cuya direccion científica nos estuvo confiada. Pero este mismo respeto que todos los juristas españoles tributan á la memoria del Pavorde de Valencia, pudo contribuir á que por tanto

tiempo se sintiera la necesidad de unas instituciones de nuestro derecho, que llenaran las nuevas exigencias de la ciencia, se acomodaran al espíritu de nuestra época, y comprendieran las variaciones que las leyes y la práctica habían introducido.

Poco tiempo, en verdad, había transcurrido desde la publicación de la *Ilustración del Derecho Real de España*, cuando por primera vez dimos á luz esta obra; pero este tiempo había sido entre nosotros más fecundo en el cambio de la dirección de los estudios jurídicos, que los tres siglos que le habían precedido. Ábrase nuestra historia literaria; cotéjense los libros de los jurisperitos; escudríñense sus sistemas, sus doctrinas y hasta su estilo, y se conocerá la exactitud de lo que decimos.

Mas no era sólo la literatura jurídica la que reclamaba que se formara una nueva obra elemental de este género; lo exigían también á la vez el cambio de nuestras instituciones políticas, la influencia que habían venido á ejercer en el derecho civil y en el penal, y la variación misma de muchas de las reglas que ántes pasaban sin contradicción. Así es, que en el sentimiento de todos estaba la necesidad de la reforma; emprendiéndola nosotros, no hicimos más que constituirnos intérpretes de esta opinión general.

El público así lo comprendió: doce ediciones numerosas acreditan más la necesidad de este libro que el acierto de sus autores. La aceptación general que ha tenido en nuestras universidades, manifiesta también que la enseñanza pública la reclamaba.

Reconocidos á la benevolencia con que fueron acogidas nuestras tareas, nos consideramos siempre obligados á ir introduciendo en la obra las mejoras de que era susceptible. Al publicar la segunda edición, ya hicimos correcciones, adiciones y reformas interesantes, disponiendo en el método de sus libros algunas variaciones para aproximarla á la enseñanza oficial de las escuelas. Más notables aún fueron las introducidas en la tercera edición, que salió al público enriquecida con algunos títulos que se echaban de ménos en las anteriores, con notas importantes para mejor inteligencia del texto, y con variaciones considerables en el método.

Constantes en nuestro propósito de dar mayor utilidad á la obra, creímos todavía que debíamos corregirla de nuevo, reformarla y aumentarla en la cuarta edición, para que así sirviera mejor á su objeto. Importantes fueron las variaciones y adicio-

nes que en ella hicimos, ya completándola en la parte que después de madura deliberación nos pareció deficiente, ya declarándola en lo que por conciso pudiera degenerar en confuso, ya ilustrándola con notas en que sucintamente manifestamos, respecto á las cuestiones más interesantes, los motivos en que fundábamos nuestra opinión, y en que exponíamos la que llevaban los jurisperitos españoles que más influencia habían tenido y conservaban en las escuelas y en el foro. Si alguna vez creímos que no era la más acertada una opinión que ántes habíamos emitido, la rectificamos con franqueza, huyendo así de sacrificar al amor propio los intereses de la ciencia.

Entre las notas con que aumentamos entónces la obra, no fueron las ménos interesantes las que destinamos á exponer concisamente los puntos en que las leyes especiales de Aragón, Cataluña y Navarra difieren de las que fueron dictadas para la antigua corona de Castilla; pero no hicimos extensivo este trabajo á las otras comarcas que se rigen por fueros y costumbres particulares; y á fin de que el libro no llegara á tener más volúmen del que convenia, considerando que servia de texto en las universidades, en los fueros á que nos referimos nos limitamos á marcar las diferencias más esenciales entre sus disposiciones y las de la legislación general, omitiendo por lo común las que proceden del derecho canónico y romano, supletorio en algunas provincias, y que éran, como son ahora, objeto de especiales asignaturas. El nuestro no fué sólo llamar la atención de la juventud que algun día había de administrar y defender la justicia en los países que se rigen por los referidos fueros, sino excitar á que los estudios de derecho comparado, que empezaban á ser favoritos entre nosotros, no se circunscribiesen al romano y á los códigos civiles modernos, que parecen todos vaciados en una misma turquesa, y á que tomaran un carácter más nacional, más variado, más inmediatamente útil, atendidas nuestras necesidades presentes, y más favorable á los intereses perpétuos de la ciencia. Dignas son de este estudio comparado nuestras leyes forales: digna es también de recomendación y memoria en la historia de la literatura jurídica, la fama que han sabido adquirirse los jurisperitos aragoneses y catalanes en la exposición y explicación de sus leyes. En la undécima edición adicionamos ya esta parte de la obra con las disposiciones del Fuero de Vizcaya relativas al derecho civil privado, de que carecen los de Alava y Guipúzcoa, por cuya causa

no se hace de las de estos especial mención. También omitimos las del de Mallorca, porque en su territorio rige casi exclusivamente el derecho romano.

De una supresion notable hecha en la cuarta edicion debimos dar cuenta á nuestros lectores. Esta supresion fué de toda la parte que en las ediciones anteriores comprendia los procedimientos en materia civil y penal: supresion que hicimos para acomodar más y más la obra á la enseñanza universitaria, que siempre ha separado el estudio del derecho civil y penal del de procedimientos, y que da á estos una extension que no tenia la parte que trataba de ellos en nuestros antiguos ELEMENTOS. Agregábase á esto, que el haber escrito nosotros posteriormente un *Tratado Académico-forense de Procedimientos Judiciales*, parecia exigir que no publicáramos de nuevo el compendio que sirvió de base para formararlo.

Despues de publicada la tercera edicion, se promulgó el Código penal. Para evitar perjuicios á la juventud, nos apresuramos á arreglar á la nueva ley la parte penal, y como estaba ya próxima la cuarta edicion de la obra, hicimos además imprimir suficiente número de ejemplares para ella: las correcciones que en el Código se hicieron, dieron lugar á que publicáramos un suplemento.

En la quinta edicion corregimos y adicionamos la obra, teniendo presentes las disposiciones dictadas con posterioridad á la anterior edicion, que fueron ciertamente poco numerosas, excepto en la parte penal, que ya habíamos dado por apéndice, y que incorporamos en cada uno de los títulos correspondientes del tratado comprendido en el tercer tomo de los ELEMENTOS.

Notabilísimas reformas en el derecho civil se hicieron en el intermedio de la quinta á la sexta edicion. Sobresalian entre ellas por su número é importancia, las introducidas por la Ley de Enjuiciamiento civil y por la Hipotecaria. La Ley de Enjuiciamiento (1), si bien parecia exclusivamente destinada á establecer la tramitacion de los juicios y de los actos de jurisdiccion voluntaria, resolvió puntos importantísimos de derecho civil que, ya eran objeto de empeñadas cuestiones entre los jurisconsultos, ya ofre-

(1) Muy adelantada ya la impresion de este tomo, se ha publicado la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, que lleva la fecha de 3 de Febrero de 1881.

cian dudas por la incertidumbre de la práctica, ya sin estar decididos en la ley, se hallaban suplidos por una costumbre que quedó desde entónces elevada á derecho escrito. Más grandes, más trascendentales fueron las reformas que introdujo la Ley Hipotecaria, porque como oportunamente dijo en la Exposicion de motivos la Comision de Codificacion: «Apénas hay una de las instituciones de derecho civil á que no afecte la innovacion: en el orden de la familia, á la sociedad conyugal y á la potestad paterna; en el de tutela y curaduría, á las relaciones entre el menor ó incapacitado y los que están encargados de su guarda; en el de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, á su adquisicion, su conservacion, su trasmision y sus modificaciones; en el de las sucesiones, al respeto á la voluntad del testador ó á la disposicion de las leyes; en el de contratos, á la seguridad del cumplimiento de muchos importantísimos. Todo está íntimamente ligado con la Ley de hipotecas; todo afecta gravemente al nuevo sistema; todo ha sido sujetado á revision; todo ha sufrido grandes modificaciones.» Fué preciso, pues, ocuparnos en cambios tan radicales al dar de nuevo á luz nuestra obra, la cual, de otro modo, sobre notables vacíos que hubiera tenido, habria dejado de prestar utilidad práctica, que ha sido hasta ahora la circunstancia que más la recomienda á la benevolencia pública.

Desde el establecimiento de los recursos de nulidad en 1838, nació entre nosotros otra nueva fuente de derecho, desconocida ántes. No contento el legislador con proclamar en la ley fundamental la igualdad y la unidad del derecho privado, al establecer que unos mismos códigos regirían en toda la monarquía, precepto constitucional cumplido sólo en parte, y cuya completa ejecucion está aplazada hasta que se publique un nuevo código civil, quiso que la unidad de la jurisprudencia viniera á fortalecerlo. Creyó, pues, y con razon, que para la unidad de derecho no bastaba la unidad de códigos: si estos son entendidos, interpretados y aplicados de diferente manera, la unidad aparecerá escrita por el legislador; pero en la vida real, en la práctica, no existirá, y cada tribunal vendrá indirectamente á erigirse en legislador, en lugar de limitarse á su verdadera, á su única mision, que es la de aplicar las leyes en los negocios civiles y criminales, juzgando y haciendo cumplir lo juzgado. Al efecto estableció que la alta atribucion de guardar fielmente el depósito sagrado de las leyes, evitando su desuso é impidiendo que fueran torci-

damente interpretadas ó aplicadas contra su letra ó contra su espíritu, estuviera en el Tribunal Supremo de Justicia, como cuerpo el más alto y autorizado de la magistratura, y eligió los recursos de nulidad como el medio de que esta atribucion fuera eficaz y fecunda en útiles resultados. La Ley de Enjuiciamiento civil, al establecer los recursos de casacion y al ordenar que se publicaran las decisiones y sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo, dió mayor ensanche á lo que en 1838 se habia establecido con muy estrechas condiciones. Así es que hoy puede decirse ya, que nuestro derecho se ha enriquecido y se está enriqueciendo cada día más, con las decisiones y fallos del Tribunal Supremo en los recursos de nulidad y casacion y en las cuestiones de competencia: los considerandos en que se fundan los fallos y resoluciones del Tribunal, deben ser una leccion continúa, que enseñe á los que han de aplicar la ley y á los que tienen que reclamarla, cuál es su genuina inteligencia, cuál el sentido que debe dársele en la práctica. Tampoco en nuestra obra podíamos desentendernos de este origen de derecho, de esta interpretacion usual, de lo que hoy se llama la *jurisprudencia de los tribunales*. Procuramos, sin embargo, evitar en lo posible la repeticion de sentencias dictadas sobre idénticas materias, y más aún citar las que no hacen otra cosa que conformarse con lo dispuesto, no por leyes de interpretacion dudosa, sino claras, terminantes, de indisputable y no interrumpida observancia. Lo contrario habria dado lugar á que se aumentara sin necesidad alguna el volúmen de la obra.

Estas y las demás reformas hechas en los ELEMENTOS en la 6.^a edicion, iban acompañadas de otras en la *Reseña histórica*, á la que habíamos dado ya mucha mayor ampliacion en las tres últimas ediciones. Entre las adiciones importantes que hicimos en ella, debemos mencionar especialmente las breves noticias biográficas y bibliográficas de nuestros principales comentadores y escritores de derecho, tanto antiguos como modernos, aunque sólo de aquellos cuyas obras habian salido ya á luz ántes de finalizar el primer tercio del presente siglo. Jurisconsultos de gran nota y escritores de gran valía han florecido despues: si omitimos sus nombres ó únicamente hacemos de ellos indicaciones ligeras, no es porque desconozcamos su mérito, ni los servicios distinguidos que han prestado á la ciencia con sus notables producciones.

Esta *Reseña histórica* salió tambien bastante aumentada en

la 11.^a edicion, como se observará fácilmente cotejándola con las anteriores.

Graves y trascendentales alteraciones ha tenido nuestro derecho despues de publicada la 8.^a edicion de estos ELEMENTOS, debidas en parte al cambio de nuestras instituciones políticas, y en parte al deseo de perfeccionar nuestro derecho civil y penal.

Entre las primeras debe contarse la secularizacion del matrimonio civil; único que, segun la ley, habia de producir en lo sucesivo efectos civiles. Convencidos, sin embargo, de que la mayor parte de los españoles no dejaria de cumplir los deberes que la religion les impone, contrayendo además del civil el matrimonio religioso para santificar este enlace, y de que es necesario al jurista español el estudio del derecho canónico y del patrio en tan importantes materias, dimos cabida á ambos en las ediciones anteriores, desembarazando el canónico de las prescripciones civiles á que estaba sujeto cuando el matrimonio sacramental era al mismo tiempo el único civil, y exponiendo y explicando lo que nos pareció conveniente para la recta inteligencia y aplicacion de la legislacion novísima. Así tambien lo exigia la circunstancia de que por muchos años habia de ser necesario acudir á la legislacion canónica para todo lo relativo, á la validez ó nulidad de los celebrados segun las disposiciones de la Iglesia ántes de la publicacion de la ley de matrimonio civil, á la legitimidad de la prole, y á la multitud de cuestiones que están enlazadas íntimamente con la constitucion de la familia, cuya base habia sido hasta entónces el matrimonio contraído segun las prescripciones del Concilio de Trento.

Pero el matrimonio religioso ha vuelto á adquirir todas las consideraciones y á producir todos los efectos civiles de que constantemente estuvo disfrutando en España, y sólo han quedado autorizados para celebrar el civil los que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen á la Iglesia católica. Para los demás ha sido derogada la ley provisional de 18 de Junio de 1870, exceptuándose únicamente de esta derogacion las disposiciones contenidas en el capítulo V de la misma ley. En la anterior edicion, y en el lugar correspondiente, nos hicimos ya cargo de esta importantísima reforma, ó mejor dicho, del restablecimiento de nuestra legislacion secular sobre tan interesante materia.

Enlazadas con el matrimonio civil y comprendidas en la ley que lo estableció, se encuentran algunas reformas de mucha con-

secuencia, que conciernen á los efectos civiles del casamiento y á la modificacion de la familia, cuya conveniencia estaba reconocida generalmente por todos los que se dedicaban al estudio de nuestro derecho, lo comparaban con el de otras naciones, y buscaban en los principios del derecho universal la manera de perfeccionarlo. Estas reformas se refieren á la condicion de la mujer en la familia, á la de los hijos, á los derechos y deberes efectivos de los esposos, á los de aquellos que nacen de la union legitima del matrimonio. Entre ellas sobresalen por su mayor significacion, la patria potestad concedida á la madre despues del fallecimiento del padre, y la emancipacion de los hijos á la mayor edad; reformas anunciadas ya en el proyecto de Código civil, que con otras relativas á los bienes de los hijos, aclaran algunos puntos de nuestra legislacion secular, la completan á las veces, ó la modifican de una manera correspondiente á las necesidades y conveniencias del siglo en que vivimos. Estas reformas son las que ha dejado vigentes el decreto derogatorio de la ley de matrimonio civil.

Complemento de esta fué la provisional tambien del registro civil, por más que su esfera se extienda á todos los actos que influyen en el estado de las personas: materia nueva en nuestra legislacion, preparada ya en el proyecto que acabamos de mencionar, y de gran importancia en el órden político y en el privado, por lo que afecta al Estado, á las familias y á los individuos. Como materia nueva entre nosotros, le hemos dado alguna mayor extension que la que generalmente acostumbramos dar en nuestras páginas á otras instituciones, para cuyo perfecto conocimiento están más preparados los que con mediana diligencia han estudiado el derecho romano. Además nos hacemos cargo de las modificaciones que ha experimentado respecto á la inscripcion de los matrimonios canónicos, obligatoria tambien para ellos desde el dia en que han vuelto á producir todos sus anteriores efectos civiles.

La *Ley hipotecaria*, que, como todas las nuevas instituciones, ha combatido por algunos años con los obstáculos que oponen casi siempre á las más importantes reformas, la rutina, los hábitos inveterados, las prácticas viciosas y aún los intereses bastardos ó mal entendidos, ha salido victoriosa de la lucha; pero con objeto de obviar algunas dificultades que en su ejecucion se habian presentado, y de que pudiera hacerse con facilidad el tránsito completo del antiguo sistema hipotecario al moderno, fué reformada

dentro de sus mismas condiciones. Esto exigia, naturalmente, que incluyéramos en nuestra obra, y así lo hicimos ya en las cuatro anteriores ediciones, las modificaciones introducidas para que este libro pudiera ser la expresion fiel de nuestro derecho en el dia mismo en que se publicara.

El Código penal habia venido siendo, bastante tiempo hacia, objeto de un estudio detenido para su reforma por la Comision de Codificacion. El cambio de las instituciones políticas de la monarquía determinó al Gobierno á realizarla, con el fin de poner de acuerdo muchas de las disposiciones del Código, con los principios que predominaban en la ley fundamental que entónces regia, y que ya hace tiempo ha dejado de tener existencia legal. Los cambios que en aquel se han hecho y las alteraciones que ha sufrido, son muy trascendentales: no los examinamos aquí, ni aún debemos indicarlos, porque oportunamente los manifestaremos y expondremos sobre ellos nuestra opinion en el tomo III, que es el destinado á tratar de nuestro derecho penal.

Ahora, sólo nos falta reiterar nuestra profunda gratitud por las pruebas singulares y numerosas de consideracion que hemos recibido. A nuestros compañeros, los ilustrados catedráticos de la noble facultad de derecho, á cuya enseñanza nosotros tambien estuvimos consagrados por espacio de muchos años, somos más especialmente deudores de la benévola acogida que se ha dispensado á esta obra. Su indulgencia ha sido siempre el estímulo más eficaz para alentarnos en nuestras tareas, y su aprobacion la más lisonjera recompensa á que se han extendido nuestras aspiraciones.

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICION.

El estudio de la jurisprudencia tiene en cada época un carácter particular, que marca las opiniones, los progresos y la tendencia de los pueblos. Ligada íntimamente, como todos los conocimientos humanos, con las vicisitudes de la sociedad, por su naturaleza participa más del movimiento que á ésta imprimen los días y los sucesos. Hasta la inflexibilidad severa de algunos de sus principios, que son, como dice un célebre publicista, la MORAL PRÁCTICA, la RAZON ESCRITA, se doblega á las exigencias del siglo, que si sumiso acata las máximas antiguas, reclama también que se expongan con método y precisión; condiciones indispensables hoy en los que escriben. Empresa difícil que no podremos llevar á término, y que abandonaríamos, á no alentarnos el bien de la juventud, á cuya instrucción hemos consagrado los mejores días de la vida.

Convencidos de que las obras elementales sólo deben comprender principios claros, demostrarlos con solidez, encadenar las ideas de modo que formen un todo uniforme, abrazar lo necesario y no descender á cuestiones poco útiles comunmente y casi siempre sin aplicación, nos separamos del camino trazado por la mayor parte de nuestros autores. Respetamos sus nombres, conocemos los adelantamientos de que les es deudora la ciencia, y ambicionaríamos con gusto poder elevarnos á su altura si confiáramos en nuestras fuerzas; pero su autoridad no alcanza á forzar nuestra convicción, tanto más profunda, cuanto que es hija del estudio y de la práctica de la enseñanza. El texto de la ley, su espíritu, su tendencia son nuestra guía: cuando hallamos ajustadas á ella las opiniones de los autores, nos complacemos en abrazarlas; en otro caso exponemos, aunque con desconfianza, nuestras doctrinas.