

la autorizacion concedida por las mismas, se publicaron dos nuevas leyes sobre propiedad, uso y aprovechamientos de aguas, que derogaron todas las anteriores disposiciones que con ellos estuviesen en contradiccion (1); la segunda de estas leyes trata exclusivamente del dominio y uso de las aguas del mar y de sus playas.

467. Para regular el ejercicio de la caza, se publicó la ley de 10 de Enero de 1879, de la cual hacemos mencion por la parte en que se refiere al derecho civil.

468. La ley de casacion civil, publicada en este mismo período (22 de Abril de 1878), vino á sustituir á la promulgada con carácter provisional en 18 de Junio de 1870.

469. En el Código de Comercio se hicieron tambien alteraciones notables, suprimiendo algunos de sus artículos, y reformando otros, por la ley de 30 de Julio de 1878, cuya observancia se hizo extensiva despues á las provincias de Ultramar.

470. En virtud de autorizacion concedida al Gobierno por la ley de 30 de Diciembre de 1878, se publicó en 16 de Octubre de 1879 una *Compilacion general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal*. Bien pronto se notaron en ella varios defectos, y con el fin de corregirlos y subsanarlos, se dictó el decreto de 6 de Mayo de 1880, al que ha seguido la publicacion de una nueva compilacion reformada, que es la que en el dia tiene fuerza obligatoria y autoridad legal.

471. Respecto á Ultramar, la abolicion de la esclavitud, ya definitivamente decretada para Puerto-Rico, se hizo extensiva á Cuba por la ley de 13 de Febrero de 1880, despues de haber cesado las especiales y tristes circunstancias que hasta este tiempo habian impedido adoptar tan importante y laudable resolucion.

---

(1) Leyes de 13 de Junio de 1879 y de 7 de Mayo de 1880.

## CAPÍTULO VIII.

### Del orden de prelación entre las leyes y entre las diversas compilaciones legales.

472. Principio general es que las leyes posteriores derogan implícitamente las anteriores, no sólo en todo lo que las contrarían, sino en cuanto es incompatible con el espíritu que las domina; y esto sin necesidad de declaracion expresa del legislador que, sin embargo, frecuentemente lo prescribe. Sucede tambien muchas veces que al establecerse lo nuevo, quiere el legislador que desaparezca todo lo antiguo que acerca de la misma materia se hallaba establecido, abrogando así las prescripciones legales que precedieron á su obra, que debe ser la única aplicable; en este caso, las leyes antiguas sólo tienen fuerza por lo que toca á los derechos adquiridos con anterioridad, para salvar el principio que exponemos en otro lugar. Muchas leyes podríamos citar de esta clase, pero nos limitaremos á indicar la Real cédula que dió autoridad al Código de Comercio, el artículo de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, las disposiciones finales del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal en los tribunales del fuero comun, y el artículo último de la Ley de Enjuiciamiento civil, que respectivamente abrogaron todas las leyes y disposiciones generales y especiales que eran referentes á la materia de que trata cada uno de los códigos expresados. Podemos, pues, decir que en lo que se refiere al derecho mercantil, al penal, y á los procedimientos, todas las disposiciones, anteriores respectivamente á cada una de estas diferentes partes del derecho, han sido abrogadas, ó sea derogadas por completo; que pertenecen ya casi exclusivamente á la historia de nuestra legislacion, y que aunque pueden ser citadas como doctrina y servir para explicar la manera de entender lo nuevamente establecido para reemplazarlas, carecen de la autoridad del derecho vivo, si bien por ellas deberán ser juzgados los actos verificados y los derechos adquiridos cuando estaban en observancia.

473. No sucede lo mismo con las demás leyes cuando no hay una cláusula de abrogacion ó de derogacion general. Aunque pa-

rece que respecto de ellas debia regir inflexiblemente el principio de que la ley posterior deroga la que le antecede, no sucede así siempre, porque lo impide la ley 1.<sup>a</sup> del título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá, explicada y ampliada por la ley 1.<sup>a</sup> de Toro, que se halla inserta en la Novísima Recopilacion, y que es la que forma regla en la materia.

474. Esta anomalía tiene una explicacion sencilla cuando se consulta la historia. Don Alonso XI, hombre de Estado, en su deseo de dar fuerza á las Partidas, conoció que su empresa fracasaria, como habia sucedido á su ilustre predecesor el Rey Sabio, si se ponía como él en contradiccion abierta con los fueros establecidos, sin salvar intereses y hábitos de que no puede desentenderse el legislador que ha de dar estabilidad á su obra. Por eso, contemporizando con la opinion general y no desistiendo de su propósito de ir á la unidad, dió fuerza á las Partidas, sólo en la parte en que la legislacion foral era deficiente ó no estaba en uso, conociendo bien que el derecho supletorio, más científico, más completo, más racional, vendria á sobreponerse al derecho preferido, sobre todo teniendo en cuenta el auxilio que á esta obra prestarían los jurisconsultos. Así consiguió que, aunque lentamente, el sistema foral viniera á considerarse como un privilegio, y que sucesivamente fuera absorbido por el general, representado por las Partidas.

475. Por consecuencia de esta especie de transaccion, las leyes de Partida quedaron pospuestas en fuerza obligatoria á las del Fuero Juzgo, Fuero Real y fueros municipales, en la parte en que eran usados y guardados; única desviacion que se hizo de la regla general, en virtud de la cual la ley posterior deroga la anterior en lo que le es contraria (1). Pero esta desviacion ha dado lugar á que sea necesario fijar la autoridad respectiva de cada uno de los códigos y de las colecciones legales que tenemos. El orden de preferencia es el siguiente:

1.<sup>o</sup> *Leyes y disposiciones generales últimamente publicadas; las de los últimos reinados, y las de D. Fernando VII.*—Entre ellas, cuando están en contradiccion, rige la más moderna, por la regla general que queda expuesta repetidamente. Mas como, segun hemos dicho ántes, hay en la coleccion que las contiene

(1) Ley 3.<sup>a</sup>, tit. II, lib. III de la Novísima Recopilacion.

algunas omisiones de disposiciones generales de importancia, puede suscitarse la duda de si son ó no obligatorias las omitidas. No vacilamos en decir que no son aplicables en perjuicio de las personas ó de los intereses á que se refieran, cuando no han sido publicadas de una manera oficial, porque de lo contrario quedaria violado el principio de que la ley no obliga hasta que se promulga. Pero publicadas oficialmente, la falta de su inclusion en la Coleccion legislativa no puede servir de disculpa para quedar sin observancia.

Los decretos y órdenes de las Córtes, comprendidos en la coleccion que lleva este nombre, no tienen actualmente por sí fuerza alguna; es menester que hayan sido expresamente restablecidos, y entónces su fuerza emana del decreto en que se mandaron observar, segun dejamos expuesto anteriormente. Los restablecidos se hallan incluidos en los tomos de decretos.

2.<sup>o</sup> *Suplemento de la Novísima Recopilacion.*—Ni este suplemento ni la Novísima Recopilacion son otra cosa que colecciones dispuestas con cierto método, de leyes y disposiciones dispersas que se refieren á puntos diferentes del derecho, y que son la obra lenta y sucesiva del legislador, atemperándose á las necesidades públicas. El estar coleccionadas no puede cambiar el orden de prelacion que las posteriores tienen por regla general sobre las más antiguas, en el caso en que estén en desacuerdo, como á las veces acontece en la Novísima Recopilacion. Si fueran estas colecciones verdaderos *códigos* en el sentido moderno de esta palabra, como no habria orden de precedencia entre sus diferentes artículos, porque todos tendrian un nacimiento simultáneo, en la imposibilidad de aplicar la regla que dejamos enunciada, seria necesario buscar en las de interpretacion el verdadero sentido de la ley, y estudiar el modo de poner en armonía disposiciones que en el espíritu del Código no podian estar en oposicion, aunque de las palabras aparentemente se infiera lo contrario.

Como, segun hemos dicho en el lugar oportuno, se encuentran en el suplemento algunas leyes que no pertenecen á los años de 1805 y 1806, sino á los anteriores, y que fueron comprendidas en él para corregir la omision, puede suscitarse la duda de cuáles son las que deben preceder, en caso de que entre ellas y las de la Novísima Recopilacion aparezca alguna antinomia. Nos parece que deben considerarse del mismo modo que si estuvieran

insertas en esta última colección: la circunstancia de no estar incluidas en ella por descuido y de haberse suplido este silencio, no puede darles otra fuerza que la que tendrían si no se hubiera incurrido en la omisión.

Las notas que tienen algunas leyes del suplemento, sirven como las de la Novísima Recopilación para instrucción y observancia en los casos particulares de que tratan.

3.º *Novísima Recopilación.*—El orden de preferencia entre las leyes de esta colección, que no guardan armonía; el que tienen en concurrencia con las del suplemento, anteriores al año de 1805, y la autoridad de las notas puestas al pie de las leyes, son las que acabamos de exponer en el párrafo anterior, en que tratamos principalmente del suplemento.

4.º *Leyes y disposiciones legales que, aunque no se encuentran en la Novísima Recopilación, se hallan en la Recopilación ó en las Ordenanzas Reales de Castilla.*—Respecto á las insertas en la Recopilación, hay en la Novísima una ley (1) que expresamente lo establece, y también por lo que á ella concierne y á las Ordenanzas Reales de Castilla, existe otra disposición general, que ordena la observancia de todas las leyes del reino que expresamente no se hallan derogadas, sin que pueda alegarse su desuso (2). La circunstancia, pues, de no estar en la Novísima Recopilación, no las ha borrado del número de las leyes, hallándose comprendidas entre las que con preferencia al Fuero Real y á los fueros municipales mandaron guardar las leyes de Toro (3). El haber sido sustituidas las colecciones de que aquí tratamos, por la Novísima Recopilación, obra sin duda más completa y más adecuada á las necesidades de esta época, hace que haya que acudir á ellas en la vida práctica. La posterioridad de la fecha es también en este caso la regla que decide de su respectiva preferencia.

5.º *El Fuero Juzgo (4), Fuero Real y fueros municipales en cuanto sean usados y guardados.*

6.º *Las Partidas.*

(1) Ley 10, tít. II, lib. III de la Novísima Recopilación.

(2) Ley 11 del mismo título y libro.

(3) Ley 3.ª del mismo título y libro.

(4) Aunque la ley 3.ª que acabamos de citar, no hace mención del Fuero Juzgo, debemos considerarle vigente y con prelación á las Partidas:

476. Lo que queda expuesto respecto á la autoridad relativa de los códigos, y que está fundado en la ley del Ordenamiento, repetido por la de Toro y confirmado en la Nueva y Novísima Re-

dictámen que vemos confirmado por la respuesta que en el pleito sobre sucesión de un religioso dió el Consejo de Castilla, en el año de 1788, á la Chancillería de Granada, según ya dejamos manifestado en otro lugar. No ha faltado algún juriconsulto que ha sostenido la opinión de que la referida cédula tuvo por único objeto declarar que el Fuero Juzgo, considerado como cuaderno municipal, estaba en observancia en el pueblo en que se suscitó el pleito referido, y que de ninguna manera se había propuesto el Consejo reconocerle como ley general. Pero en esto se ha padecido una equivocación notable, porque ni la Chancillería de Granada dudó que el libro de los godos fuese obligatorio en cuanto á cuaderno foral, ántes bien así lo reconocía en su misma consulta; ni de ésta se deduce, aun acudiendo á la más violenta interpretación, que en el mencionado litigio se tratara de averiguar si el Fuero Juzgo se había dado ó no como municipal á aquella población. Al contrario, lo que los oidores de la Chancillería sostienen, es que las leyes de esta compilación no son leyes del reino; que no están comprendidas entre *las que juraron guardar, y según las cuales se les manda librar los pleitos*; y por consiguiente, suplican que el monarca se digne decidir, si en efecto se halla el tribunal obligado á conformar sus determinaciones con la enunciada ley 12, tít. IV, lib. IV del Fuero Juzgo, mirándola como verdadera ley del reino para la decisión, no sólo del presente caso, sino también de los demás de esta clase, que con frecuencia podrán presentarse..... En la Real cédula á su vez se contesta á la consulta, declarando que esta ley es de las comprendidas por el Consejo en sus provisiones de 1771 y 1781 bajo la expresión genérica y demás leyes del reino, y se manda á la Chancillería que se arregle á ellas en la determinación de éste y semejantes negocios sin tanta adhesión como manifiesta á las de Partida. Por consiguiente, por más que nosotros creamos, como en otra parte hemos advertido, que el Fuero Juzgo no tuvo durante algunos siglos otra fuerza que la de un fuero municipal, no podemos menos de reconocer que desde que se dictó la anterior resolución, es preciso considerarle como una ley general. Se dirá, sin embargo, que esta cédula no se encuentra inserta en la Novísima Recopilación; pero aun suponiendo que las leyes omitidas estuvieran derogadas, lo que estamos muy distantes de creer, según lo que decimos en el texto, de todos modos podría contestarse que la inserción de ella era innecesaria, porque no establecía un derecho nuevo, sino que declaraba la existencia de leyes, de cuya autoridad jamás debió dudarse en concepto del Consejo.

Fijada ya la autoridad del Fuero Juzgo, debemos examinar breve-

copilacion, se refiere especialmente al territorio en que rigen las leyes de Castilla; no así en los que están regidos por fueros provinciales, respecto á los cuales hay que atenerse á lo que se halla en ellos establecido en cuanto al modo de suplir el silencio del

mente otra cuestion importante. Esta es, si su autoridad se limita, como la del Fuero Real y de los fueros municipales, á lo que se ha usado y guardado, ó si se extiende á todo lo que prescribe, que no se halle derogado por disposiciones posteriores, como sucede, por ejemplo, con la Novísima Recopilacion. A pesar de la respetable opinion de Lardizábal, que sostiene que siempre que haya una ley del Fuero Juzgo que decida un punto y no esté expresamente derogada por otra, debe juzgarse por ella con preferencia á la de las Partidas, sin que se pueda alegar el no uso y falta de observancia, somos de dictámen que en tanto valen sus disposiciones, en cuanto son usadas y guardadas. A no ser así, deberian considerarse como vigentes, por ejemplo, la ley que en ciertos casos permite á los mayores de diez años disponer de sus bienes por última voluntad; la que fija como término de la edad pupilar la de quince años, y sólo considera huérfanos á los que, sin haber salido aún de ella, se quedan sin padre y sin madre, atribuyendo á ésta implícitamente la patria potestad, y otras muchas en oposicion abierta con las de Partidas que están adoptadas sin contradiccion en la práctica de los siglos, del mismo modo que algunas inconciliables con el espíritu y la necesidades de los tiempos modernos. La Real cédula de que ántes hicimos mencion no se opone á esto, porque en el caso á que se referia, fundaba la prelación de la ley del Fuero Juzgo, en que no habia sido derogada y estaba conforme con el Fuero Viejo, el Fuero Real, las Ordenanzas Reales de Castilla y las leyes de la Recopilacion, contra las cuales, como queda dicho, no puede alegarse el no uso, aunque sí la costumbre contraria, como expondremos en otro lugar.

En una palabra; la Real cédula de 1788 ha declarado, en nuestro concepto, la autoridad del Fuero Juzgo en todos los pueblos de la monarquía, apartándose en este punto de la opinion de la Chancillería de Granada; pero esta declaracion no se ha extendido hasta dar prelación y fuerza á las leyes de aquel código que han caido en desuso ó sido derogadas por la costumbre, sino tan sólo á las que han sido usadas y guardadas.

No hemos enumerado el Ordenamiento de Alcalá entre los cuerpos legales que tienen fuerza obligatoria, y reputamos necesario hacer una ligera indicacion del motivo que á ello nos impele. Es verdad que está implícitamente mandado guardar por la ley 1.<sup>a</sup> de Toro, inserta, segun queda dicho, en la ley 3.<sup>a</sup> del tit. II del lib. III de la Novísima Recopilacion, y que lo mismo se prescribe de un modo terminante en la ley 4.<sup>a</sup>; pero no lo es ménos, que ya en el siglo pasado se consideraba sin autoridad alguna

derecho escrito (1). Pero todo lo ordenado en los fueros cede ante las leyes y disposiciones generales que se han dado para que sean regla comun en la monarquía (2). Entre ellas se observa sin contradiccion el principio de que la ley posterior deroga á la que la antecede en todo lo que no se la opone. A esto se debe que hoy en toda la Península, Islas adyacentes y Canarias sean unos mis-

legal en la parte en que no habia sido incluido en la Recopilacion. En prueba de ello, citaremos la licencia para imprimir y publicar este Ordenamiento, concedida á los doctores Asso y de Manuel por el Consejo de Castilla en el año de 1773, en que se expresó que la concesion se entendia con la declaracion de que las leyes del Ordenamiento *se estimaran y servirán solamente como monumentos históricos de la legislacion española, y que en la parte legislativa se debia estar á los cuerpos legales ó leyes recopiladas del reino*. Mayor prueba aún es el olvido en que por tan largo tiempo cayó esta obra, generalmente desconocida, y que no llegó á imprimirse hasta el último tercio del siglo pasado, á pesar de su pequeño volúmen, y aún entónces con la nota que hemos visto en la licencia. Esto supuesto, ¿puede reputarse como coleccion legal con fuerza obligatoria, una que jamás se ha impreso para su observancia? ¿Pueden ser obligatorias leyes que no han salido de los archivos con carácter oficial? Sin duda los motivos que tuvo el Consejo para no considerar vigente el Ordenamiento sino en la parte que estaba incluido en la Recopilacion, fué que habia permanecido casi ignorado por muchos años, y que fuera de lo que estaba escrito en las leyes recopiladas, no era ya de aplicacion en la vida práctica. Hoy, despues de publicados el Código penal y la ley de Enjuiciamiento civil, hay más razones para que le consideremos puramente como un monumento histórico.

Tampoco hemos enumerado entre los cuerpos legales existentes con fuerza coactiva, el cuaderno de las leyes de Toro, porque éstas se hallan comprendidas en la Novísima Recopilacion.

(1) Con arreglo á este principio, el Tribunal Supremo tiene declarado que la ley 3.<sup>a</sup>, tit. II, lib. III de la Novísima Recopilacion, publicada, como todas las de Toro, en el año de 1505, no tuvo por objeto suprimir ni suprimió las legislaciones especiales que regian y se observaban en diversas provincias y reinos de España, y que con posterioridad á dicha ley han continuado y aún continúan vigentes, señaladamente en el orden civil. (Sentencia de 12 de Noviembre de 1872.)

(2) Respecto á la fuerza legal de todas las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, sin excepcion alguna, aún en las provincias regidas por su legislacion especial, se halla declarado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de Octubre de 1858: «Que segun el art. 1414 de la ley de

mos el derecho penal, el mercantil, los procedimientos en los juicios civiles, criminales y en los negocios de comercio, y demás leyes dictadas con carácter de generalidad, habiéndose hecho también extensivas á las provincias de Ultramar muchas de estas disposiciones.

---

»Enjuiciamiento civil, conforme con la base octava de la de 13 de Mayo de 1855, por virtud de la cual se publicó aquella, todos los tribunales del reino deben arreglar sus procedimientos á las disposiciones de la misma, sin que esté á su arbitrio exceptuar provincia alguna, pues que la ley no la exceptúa: Que todas las disposiciones contenidas en la referida ley de Enjuiciamiento, las miró el legislador como formularias del juicio, por el hecho mismo de haberlas incluido en ella, sin reservarlas para el Código civil ú otras declarativas de derechos, por lo cual tampoco pueden los tribunales atribuirles este carácter, cualquiera que sea su propia opinión: Y que, según la misma ley ya citada de 16 de Agosto de 1841, en Navarra, como en las demás provincias exentas, la administración de justicia debe sujetarse, en cuanto al procedimiento, á lo establecido ó que en adelante se establezca para toda la nación.» Otras declaraciones posteriores han venido á confirmar esta resolución.

ELEMENTOS

DEL

DERECHO CIVIL Y PENAL

DE ESPAÑA