

Notemos aquí, tan sólo, en conclusión:

1.º Que la costumbre es el primer elemento del Derecho *supletorio*, pero que es la *costumbre del lugar*: frase de cuya exégesis nos ocupamos en el capítulo siguiente (1), al tratar de la *costumbre* como fuente del Derecho.

2.º Que el segundo elemento de dicho Derecho *supletorio* lo constituyen los *principios generales del Derecho*: texto cuya explicación tiene su lugar oportuno, para evitar repeticiones, al tratar del Derecho natural y de las opiniones de los jurisconsultos ó Derecho científico (2).

3.º Que el Código omite mencionar lo que se ha venido entendiendo hasta aquí por *doctrina legal* ó *de jurisprudencia*, de cuya omisión nos hacemos cargo al estudiar dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo, como una de las fuentes, *hasta que aquél se promulgó*, del Derecho civil de España (3).

Declárase al mismo Código, por su art. 16, *Derecho supletorio* en todos los casos que se rijan por *leyes especiales* cuya *deficiencia* habrá de suplirse por las disposiciones de aquél.

Nos parece que el sentido de este artículo no puede ser otro que el de que se considere al Código *complemento legal*, respecto de todas las materias que se rijan por *leyes especiales*; pero adviértase bien que sólo en lo que toque á *doctrinas de carácter general*, que en aquéllas no existan y que pueda ofrecer el Código, pero nunca en *preceptos especiales* que éste contuviera respecto de dichas materias, porque, en tal caso, dichos preceptos del Código habrían de aplicarse con preferencia á la misma ley especial.

Como se ve, el art. 16 reconoce que hay materias que se rigen por *leyes especiales*, y que en ellas «su *deficiencia* se suplirá por las disposiciones del Código», pero no concreta, aunque se sobreentienda, cuáles sean esas materias y leyes especiales.

50. GENERALIDAD DE LAS DISPOSICIONES ANTERIORES.—Aparte de la doctrina á que se alude bajo el nombre de *estatutos*, ó sea la que se refiere al criterio del *Derecho interprovincial*, que hace el art. 12 objeto de nuevo estudio en el *Apéndice* de este tomo (4), dicho artículo consagra el natural principio de que las disposiciones del tít. 1.º del Código, «*en cuanto determinan los efectos de las leyes y de las reglas generales para su aplicación*», deben reputarse de observancia general, considerándose obligatorias en todas las provincias del Reino.

51. APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LEYES QUE DEBEN CONSIDERARSE SUBSISTENTES.—El art. 1.976, bajo el epígrafe de disposición final (5),

las costumbres subsistentes, pero después de los principios generales del Código y antes de la equidad.

(1) Núm. 16.

(2) Núm. 25, cap. 3.º de este tomo.

(3) Núm. 17, cap. 2.º de este tomo.

(4) Relativo á las *especialidades* del Derecho foral.

(5) Cuyo texto insertamos en el núm. 35 de este capítulo.

contiene dos párrafos distintos. Es el primero relativo á declarar la derogación de todos los Cuerpos legales, *usos* y *costumbres* que constituyen el Derecho civil común *en todas las materias que son objeto de este Código*, previniendo que queden sin fuerza y vigor, así en su concepto de *leyes* directamente obligatorias, como *en el de Derecho supletorio*.

La primera duda que á una crítica imparcial se ofrece al comparar este primer párrafo del art. 1.976, que contiene un precepto de carácter general, tan fundamental é importante, con el segundo párrafo del art. 6.º del Código, antes estudiado (1), por el cual se previene que, cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la *costumbre del lugar*, que es, también, un precepto de carácter general, y con algunos otros de índole especial, relativos á actos ó instituciones determinados, en el cual se invoca igualmente la costumbre, es como se compadecen y armonizan estos textos legales entre sí; porque, si es radical y absoluta la derogación de todos los Cuerpos legales, *usos* y *costumbres* del antiguo Derecho civil de Castilla, y deben quedar sin fuerza y vigor, *si se refieren á materias que son objeto del mismo*, de igual manera como leyes directas que como *Derecho supletorio*, no se concibe la compatibilidad del referido segundo párrafo del art. 6.º, que eleva la *costumbre del lugar* precisamente al carácter de *primer elemento* del Derecho *supletorio*, cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido.

Si el primer párrafo del art. 1.976 que estudiamos no hubiera prohibido la fuerza y vigor de los usos y costumbres anteriores al Código, hasta con el carácter de Derecho *supletorio*, entonces no se presentaría tal dificultad de exégesis; pero como no es así, surge esa racional duda, ó, mejor dicho, se ofrece tal *antinomia* entre dos disposiciones del Código—el segundo párrafo del art. 6.º y el primero del 1.976,—que son, nada menos, que preceptos de carácter general y fundamental en el Código mismo: dificultad que no desaparece ni aun después de haber suprimido en la nueva redacción la frase «*aunque no sean contrarias á él*», que aparecía en la edición oficial primitiva.

Por el segundo párrafo del art. 1.976 se exceptúan del precepto derogatorio del anterior *las leyes que en el Código se declaran subsistentes*.

Con respecto á este punto, que tan desfavorablemente afecta á la *crítica general* del Código (2) y tanto reduce los fines y los beneficios de toda codificación, de claridad, sencillez y orden en el precepto legislativo, puesto que se opone á sus notas características de *unidad* y *uniformidad*, ahora sólo observaremos:

1.º Que, á pesar de decir el texto del Código que tal derogación no es aplicable á las leyes que se declaran subsistentes, ha de entenderse, no sólo de las *expresamente declaradas*, sino de algunas otras que, por

(1) Núm. 49 de este capítulo.

(2) V. Art. 3.º, cap. 23.º, t. I, 2.ª edic.

legítima y evidente interpretación, *resulte necesario considerar subsistentes*, no obstante el Código.

2.º Que como un *ejemplo* de unas y otras, bien pueden considerarse *subsistentes*, después del Código, las leyes siguientes:

A. Por *declaración expresa* del Código:

a. La *ley de Registro civil*, de 17 de Junio de 1870, por el art. 332, y en lo que no haya sido modificada por los arts. 325 al 331 del Código.

b. La *ley Hipotecaria*, de 3 de Diciembre de 1869, con sus reformas posteriores, por el art. 1.880 y demás concordantes del Código, teniendo en cuenta las novedades que pudieran contener los arts. 1.857 á 1.862 y 1.874 á 1.879 del mismo (1); y ahora la reformada por la de 21 de Abril de 1909, según la edición oficial de 16 de Diciembre del mismo año.

c. La *ley de Caza* de 10 de Enero de 1879, hoy la de 16 de Mayo de 1902, por el art. 611.

d. Las disposiciones sobre *pesca*, del Real decreto de 3 de Mayo de 1834, Ordenanzas marítimas de 12 de Agosto de 1802, ley de 22 de Marzo de 1873 y Reglamento de 16 de Enero de 1876, y ahora la vigente de 27 de Diciembre de 1907, por el mismo artículo 611.

e. La *ley de Minas*, ó como la llama el Código, la *ley especial de Minería*, conocida por *ley de Bases* para una legislación de minas, de 29 de Diciembre de 1868, en sus relaciones con el art. 19 de la de 24 de Julio de 1871 y la de 4 de Marzo de 1868, y Reglamento de 24 de Julio del mismo año, por el art. 427.

f. La *ley de Aguas* de 13 de Junio de 1879, en lo que no esté modificada por los arts. 407 á 424, por los arts. 425, 563 y concordantes del Código.

g. La *ley de Propiedad intelectual*, de 10 de Enero de 1879, por el art. 429 del Código.

h. Todo lo *concordado entre la Iglesia y el Estado y leyes relativas al reconocimiento de las Corporaciones y su personalidad para adquirir*, por los arts. 37 y 38.

i. Todas las leyes especiales para establecimientos de instrucción y beneficencia, por el art. 38.

j. Todo el Derecho de las provincias forales, á excepción de lo referente al Título preliminar, *en cuanto determina los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación*, y el tit. 4.º del lib. I del Código—que, aunque redactado en estos términos generales, debe entenderse concretado á las *formas* del matrimonio—por el art. 12 del Código, *que regirá tan sólo como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales*.

k. Y, por último, todas las leyes de nuestro Derecho civil precedente, relativas á *materias que no sean objeto del Código*—que, por razón de este criterio, pueden considerarse *vigentes* multitud de ellas, cuya apli-

(1) Transcritos y estudiados en las páginas 94 á 948, t. IV de esta obra, 2.ª edic.

cación, ó de alguno de sus preceptos, pueda resultar necesaria (1), siempre que se cumpla la condición negativa de que versen sobre materias que no sean objeto del Código, ó sea de disposición alguna en él (2)—por el art. 1.976.

B. Por *deducción de lógica y de necesidad*, ó sea *virtualmente*, pueden considerarse *subsistentes*, después de la publicación del Código, entre otras, las leyes y disposiciones siguientes:

a. La *nota 5.ª, tit. 14, lib. I de la Nov. Rec.*, como desarrollo necesario del núm. 3.º, art. 17 y del art. 25 del Código.

b. La *ley 3.ª, tit. 11, lib. VI de la Nov. Rec.*, por igual motivo, respecto del núm. 4.º del art. 17 y art. 25 del Código.

c. Algún artículo del *Decreto-ley sobre extranjería*, y de la *Ley de 4 de Diciembre de 1855*, sobre asilo en España de los extranjeros y su extradición.

d. El *Reglamento, circulares y multitud de disposiciones* para la ejecución, aclaración y complemento de la ley de Registro civil.

e. El *Reglamento y otras disposiciones complementarias* para la ejecución de la ley Hipotecaria, y, en cierto modo, las resoluciones de la Dirección de los Registros sobre las materias objeto de aquélla.

f. La *ley de propiedad industrial de 30 de Julio de 1878*, puesto que el tit. 4.º del lib. II lleva por epígrafe: «De algunas propiedades especiales», dando á entender claramente que reconoce la existencia de otras de que no se ocupa, tal como la industrial.

g. El *tit. 34 de la Part. VII*, en cuanto que, ya que por el art. 6.º del Código se habla de principios generales del Derecho que no se contienen en el mismo y habrá que invocarlos alguna vez ante los Tribunales, se hará de uso forense y práctica judicial indicar la fuente de donde se toma el principio ó regla invocados.

h. Toda la *jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, sentada con anterioridad al Código, en lo que se refiera á la materia de *reglas de Derecho, Registro civil, Legislación hipotecaria*, y, en general, á la de cada una de las leyes, que por variados motivos se *declaran* ó se *consideran* subsistentes, á pesar del Código.

(1) Y aun exigida por la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, en cuanto alguna, como la 4.ª, quiere conservar los principios esenciales del *estado legal presente*, esto es, el Derecho existente al tiempo de publicarse dicha ley, que no es otro que el anterior al Código.

(2) Sirva de ejemplo á este propósito, que estudiamos al tratar del *Derecho de familia*—t. IV de la 1.ª edic. y V de la 2.ª—la importante y conocida ley 61.ª de las de Toro, relativa á las obligaciones mancomunadas contraídas por marido y mujer, respecto de cuya materia guarda completo silencio el Código, mientras la 4.ª de las Bases de la ley de 11 de Mayo de 1888 declara «que las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio, en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges..., efectos civiles del contrato, y en suma, cuantas constituyen el Derecho de familia, se determinarán de conformidad con los principios esenciales en que se funda el estado legal presente...» La duda consiste en apreciar el valor, dado este texto, de *no haberse determinado nada en el Código*, combinado con la salvedad derogatoria del art. 1.976, en todas las materias que son objeto de este Código, cuyo problema resolvemos en el núm. 51, cap. 17, t. V, 2.ª edic.

52. TRÁNSITO DE LA LEGISLACIÓN CIVIL ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL: DISPOSICIONES TRANSITORIAS.— El más grave problema, según tenemos dicho (1), es el relativo á la *forma y efectos* de la aplicación del Código, en cuanto al *estado transitorio* en que su promulgación coloca á la vida civil.

Su realidad y gravedad las ha reconocido la misma Comisión de Códigos y el Gobierno al publicar la nueva edición oficial, reformada por Real decreto de 24 de Julio de 1889.

Dice así la Comisión:

«Algunos Sres. Senadores y Diputados echaron de menos en el Código las disposiciones transitorias que habían de determinar, con regularidad y justicia, el paso de la antigua legislación á la nueva, de modo que ésta no tuviera efecto retroactivo y quedaran á salvo todos los derechos legítimamente adquiridos bajo el anterior régimen jurídico. La observación de estos oradores era muy fundada. No bastaba decir en el art. 1.976 que las variaciones en la legislación que perjudicaran derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo, pues la definición y la determinación de estos derechos es hoy uno de los problemas más difíciles de la ciencia de la legislación.

»Tal vez habría sido mejor hacer esto en una ley separada, como se verificó en Italia y en otros países, donde, bien directamente por el Poder legislativo, bien por el Gobierno, mediante autorización constitucional, se dictaron estas disposiciones transitorias. Pero no habiéndose dado ni siquiera iniciada dicha ley, y teniendo la Sección el encargo de hacer en el Código las enmiendas y adiciones que creyese necesarias y convenientes según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores, se ha creído en el deber de establecer también las reglas según las cuales deben aplicarse las nuevas disposiciones que varíen en algún punto el Derecho anteriormente constituido.

»Dos sistemas podían seguirse para el desempeño de esta difícil obra: uno, señalar minuciosamente todas aquellas variaciones, determinando en cada caso la aplicación del Derecho correspondiente; otro, establecer reglas generales, aplicables á todos los casos que puedan ocurrir de aquella especie. El primero de estos sistemas daría lugar á un casuismo indefinido y tal vez deficiente; el segundo respondería mejor á su objeto; pero, sobre ser de difícil ejecución, no daría un resultado tan comprensivo que excluyera en absoluto la necesidad de reglas especiales para casos determinados.

»Era, pues, necesario determinar cuáles son las variaciones de ley que perjudican derechos anteriormente adquiridos y que no deben, por tanto, aplicarse con efecto retroactivo. Para ello, no basta decir que son aquellas disposiciones legales que privan de la posesión actual de algún beneficio, interés ó acción jurídica; pues si la existencia, efectividad ó extensión del derecho dependen de eventualidades independientes de la voluntad del que lo posee, podrá éste tener una esperanza, pero no un verdadero derecho adquirido. Por eso los herederos legítimos y los instituidos, así como los legatarios de las personas que viven, no tienen derecho alguno adquirido hasta la muerte de éstas, porque la existencia del que en lo futuro podrán disfrutar depende, ya de la eventualidad de su propia muerte, ya de las vicisitudes de la fortuna ó de la libre y variable voluntad de los testadores.

(1) En la advertencia que va al frente de este tomo.

»Fundada en estas consideraciones, la Comisión, que estima peligrosa la definición abstracta de los derechos adquiridos, ha preferido desenvolver las doctrinas más comúnmente admitidas en algunas prescripciones generales y en una serie de reglas concretas que puedan ofrecer solución á los casos más frecuentes y servir de criterio en todos los análogos.

»Lo primero que debía resolver era el punto de partida de los derechos, á fin de determinar cuáles quedaban al amparo de la legislación antigua y cuáles sometidos á la nueva. Y como todo derecho nace necesariamente de un hecho voluntario ó independiente de la humana voluntad, la fecha de este hecho, que puede ser anterior ó posterior á la promulgación del Código, es la que debe determinar la legislación que ha de aplicarse al derecho que de aquel hecho naciera. Ni es necesario que el derecho originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior se halle en ejercicio, para que merezca respeto, pues si existía legítimamente según la ley bajo la cual tuvo origen, si dependía solamente de la voluntad del que lo poseyera ponerlo ó no en ejercicio, es un derecho tan adquirido como el que hubiera ya producido ó estuviera produciendo su debido efecto. Pero si se trata de un derecho nuevo, declarado por primera vez en el Código, y no reconocido por la legislación anterior, deberá regirse por el mismo Código, aunque el hecho que lo origine hubiera tenido lugar bajo aquella legislación, á menos que perjudique á otro derecho adquirido bajo la misma; porque en este caso es más digno de respeto el que va á sufrir el daño que el que va á recibir un beneficio gratuito.

»Establecido este principio en la regla 1.<sup>a</sup>, no se podrá hacer novedad alguna en el estado legal de las madres que, siendo viudas y ejerciendo la patria potestad, hubiesen contraído nuevo matrimonio antes de regir el Código, aunque éste prive de aquel derecho á las madres viudas que se casen después. Por igual razón, las incapacidades para heredar, así absolutas como relativas, deberán calificarse con arreglo á la legislación vigente á la muerte del testador ó causante de la herencia. Por idéntico motivo, y conforme á la misma regla 1.<sup>a</sup>, no deberá entenderse que han perdido el beneficio de la restitución *in integrum* las personas que lo tuvieran por la legislación anterior, cuando el hecho que haya ocasionado el perjuicio que deba repararse hubiera tenido lugar bajo aquel régimen; y sólo cuando hubiese ocurrido después deberán aplicarse las disposiciones del cap. V, tit. 2.<sup>o</sup>, lib. IV del Código. De la misma regla 1.<sup>a</sup> emana la 7.<sup>a</sup>, que no permite á los padres, madres y abuelos retirar las fianzas que tengan constituidas por la curatela que se hallen ejerciendo de sus descendientes. Esta garantía es un derecho adquirido por los menores é incapacitados, del cual no se les puede privar sin justicia, aunque la nueva ley dispense para lo sucesivo de la obligación de afianzar á las personas anteriormente nombradas, cuando las llama á la tutela de sus descendientes.

»De esta regla general se derivan otras varias, que la Sección ha consignado también, aunque sea por vía de ejemplo. Así, pues, conforme á la regla 2.<sup>a</sup>, los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, que fueran válidos según ella, deben serlo también después de promulgado el Código, aunque con las limitaciones, en cuanto á su ejecución, establecidas en las disposiciones transitorias. Por eso deben valer los testamentos otorgados bajo aquella legislación, con arreglo á la misma, estén ó no otorgados en forma autorizada después. Por eso serán válidos, aunque el Código no los permite, siempre que procedan del tiempo en que regían las leyes que los autorizaban, los testamentos mancomunados, los poderes para testar, las memorias testamentarias, las cláusulas llamadas *ad cautelam*, y los fideicomisos en que el testador

encarga al fiduciario dar á sus bienes un destino desconocido. Lo que no podrá hacerse es alterarlos ni modificarlos en manera alguna después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo; porque lo que pudo hacerse legítimamente bajo el régimen anterior, no es lícito repetirlo bajo el nuevo régimen.

»Por efecto de la misma regla 2.<sup>a</sup> no podrá alterarse el estado legal en que se hallen los que, por pacto anterior á la promulgación del Código, estén dando ó recibiendo alimentos; ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior habrá perdido su derecho á heredar abintestato al padre adoptante, aunque el Código no reconozca este derecho á los adoptados después. En el mismo caso se hallan las reglas que determinan la colación de las dotes y las donaciones de cualquiera especie otorgadas bajo el régimen anterior, en todo aquello en que difieran de las consignadas en el Código. También es consecuencia de la misma regla 2.<sup>a</sup> la 6.<sup>a</sup>, que permite al padre continuar disfrutando los derechos que se haya reservado sobre los bienes adventicios del hijo, á quien hubiese emancipado con esta condición. Todos estos derechos, como originados de pactos ó convenios celebrados bajo la legislación precedente, son dignos de mayor respeto, aunque el Código no los reconozca ó los estime de modo diverso. En el mismo caso se hallarán cualesquiera otros derechos nacidos de contratos lícitos en su tiempo, aunque no sean permitidos después.

»Por lo mismo que deben respetarse y surtir su efecto los derechos nacidos de hechos pasados bajo la legislación anterior, los que, según ésta, no producían penalidad civil ó pérdida de derechos y se ejecutaron en aquella época, no deberán producirla, aunque el Código después los establezca. En este caso podrán hallarse los matrimonios contraídos antes, sin la licencia ó el consejo de quien corresponda.

»Pero si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer, se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tienen carácter adjetivo, y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo. Así, pues, según la regla 4.<sup>a</sup>, los derechos adquiridos y no ejercitados todavía cuando el Código empezó á regir deberán hacerse valer por los procedimientos en el mismo establecidos, y sólo cuando éstos se hallen pendientes en dicha época podrán optar los interesados por ellos ó por los nuevos.

»Consecuencia es también de esta regla la 8.<sup>a</sup>, que mantiene en su cargo á los tutores y curadores nombrados antes de regir el Código y á los poseedores y administradores interinos de bienes de ausentes, pero sometiéndolos, en cuanto á su ejercicio, á la nueva legislación.

»También emana de la misma regla 2.<sup>a</sup> lo dispuesto en la 9.<sup>a</sup>, que manda constituir, bajo el régimen de la legislación anterior, las tutelas y curatelas cuya constitución esté pendiente de la resolución de los Tribunales; pero entendiéndose esto sin perjuicio de que los curadores ya en ejercicio tomen el nombre genérico de tutores, y de que todos ellos se sometan, en cuanto al desempeño de su cargo, á las disposiciones del Código.

»De la regla 2.<sup>a</sup> procede igualmente la 11.<sup>a</sup>, que manda sigan su curso los expedientes de adopción, emancipación voluntaria y dispensa de ley, pendientes ante el Gobierno ó los Tribunales.

»Pero el rigor de la regla fundamental en esta materia, ó sea la de atender á la legislación vigente al tiempo de adquirirse el derecho, exige también ciertas excepciones aunque de corta trascendencia. Los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos, según el Código, no siempre convienen

con los mismos efectos según la legislación anterior. En su consecuencia, aquello en que difieran debería regirse por dicha legislación cuando los padres estuvieren, conforme á ella, ejerciendo su potestad. Pero la patria potestad en el moderno Derecho no tiene, ni ha tenido, á los ojos de los autores del Código, el sentido que le dió la legislación romana. Concédese á los padres el poder tuitivo á que se llama patria potestad; no para su personal provecho, sino para el más fácil cumplimiento de los altos deberes que la Naturaleza y la ley les impone respecto á sus hijos. Á este fin se encaminan, de un lado, el reconocimiento de la autoridad paterna, y de otro, el disfrute y administración de los peculios. Por lo mismo, sólo se pueden mantener y asegurar al padre estas facultades en cuanto subsistan los deberes para cuyo cumplimiento fueron otorgados. Si, pues, los hijos, al salir de la patria potestad, prefieren vivir bajo la autoridad y en el domicilio de sus padres y seguir, como en tales casos es presumible, la dirección y los consejos de éstos, parece natural que subsistan la administración y el usufructo de los peculios por todo el tiempo que la anterior legislación los mantenía. No será entonces el legislador, sino la voluntad tácita del hijo quien prorrogue la autoridad y las facultades paternas. Y por la misma razón, desde que el hijo mayor de veintitrés años salga de la casa de su padre, cesará la presunción en que descansa la regla 5.<sup>a</sup> y con ella los derechos de administración y usufructo que al padre corresponden sobre los bienes del peculio.

»Pero cuando los derechos del padre procedan de un acto suyo, legítimo y voluntario, otorgado con condiciones recíprocas bajo el antiguo régimen jurídico, la justicia manda respetarlo y mantenerlo sin limitación alguna. Así, el padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad según la legislación anterior.

»También tiene carácter en cierto modo excepcional del principio que domina en esta materia la regla 10.<sup>a</sup>, que establece ciertas restricciones á la introducción inmediata del consejo de familia cuando la tutela estaba ya constituida ó constituyéndose al empezar á regir el Código. Siendo esta nueva institución enteramente desconocida en España, su establecimiento requiere temperamentos de lentitud y prudencia si no ha de comprometerse su éxito. Por eso, aunque el Código, legislando para lo por venir, dispone que los Jueces y Fiscales municipales procedan de oficio al nombramiento del Consejo de familia si supieren que hay en su territorio alguna persona sujeta á tutela, la Sección entiende que este precepto no es aplicable sino á los menores ó incapacitados cuya tutela no estuviese definitivamente constituida al empezar á regir el Código, sin perjuicio de que, tanto en este caso como en el de estar funcionando el tutor, deberá nombrarse el Consejo cuando lo solicite persona interesada y siempre que deba ejecutarse algún acto que requiera su intervención. Mientras no vaya entrando en las costumbres la nueva institución, la iniciativa fiscal, para promover su uso, podría más bien perjudicarla que favorecerla. Por la misma razón, cuando la tutela estuviese ya constituida bajo el régimen de la legislación anterior no se deberá proceder al nombramiento del Consejo sino á instancia de cualquiera de las personas que tengan derecho á formar parte de él, ó del tutor, y seguramente no faltarán estas instancias, siendo tantos los casos en que los actos del menor ó de la administración de su patrimonio no pueden verificarse legalmente sin la intervención del Consejo de familia. Á estos casos, más que á la espontánea acción del fiscal, se deberán con el tiempo la realidad y la práctica de la nueva institución.

»Algo de excepcional ofrece también la regla 12.<sup>a</sup>, la cual, después de prescribir que los derechos á la herencia de los fallecidos, con testamento ó sin él, antes de estar en vigor el Código, se rijan por la legislación anterior, y que la de los fallecidos después se reparta y adjudique con arreglo á aquél, dispone que se respeten las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía si de otro modo no se pudiese dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según la nueva ley. La legislación anterior no reconocía porción legítima á los cónyuges ni á los hijos naturales, como lo hace la vigente, ni permitía al padre disponer libremente del tercio de su haber. El que hizo testamento válido bajo el régimen de aquella legislación, no pudo disponer, teniendo hijos, más que del quinto de sus bienes, ni mejorar á cualquiera de aquellos en más del tercio de éstos. Pero si murió después, rigiendo el Código, como por razón del tiempo en que ha ocurrido su muerte resultará aumentada la parte disponible del testador y reducida, por tanto, la legítima y acrecentadas en su caso las mejoras, el testamento habrá de cumplirse reduciendo ó aumentando las porciones hereditarias, si así fuere necesario, para que todos los partícipes forzosos en la herencia, según el nuevo Derecho, reciban lo que les corresponda conforme al mismo.

»Aunque la Sección ha buscado detenidamente en el Código todos los casos de conflicto que puedan ocurrir entre sus disposiciones y las del antiguo Derecho, y cree que todos los conocidos podrán resolverse por las reglas transitorias que quedan expuestas, le ha parecido conveniente prever otros casos que puedan ocurrir en la práctica y no se hallen directamente comprendidos en aquéllas. Si esto ocurriese, toca á los Tribunales decidir lo que, á su juicio, corresponda; pero no á su libre arbitrio, sino aplicando, según la regla 13.<sup>a</sup>, los principios que sirven de fundamento á las demás transitorias.»

En la edición oficial reformada, con el epígrafe de *Disposiciones transitorias*, contiene el Código hasta *trece* reglas, que deberán observarse para aplicar la legislación que corresponda, en los casos que no estén expresamente determinados en el Código, precedidas de este párrafo fundamental: «*Las variaciones introducidas por este Código que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo.*»

Obsérvese que este es un punto el más fundamental de todos, en lo que se refiere á la *crítica y aplicación* del Código, y aunque ya estudiado en otros lugares (1), merece consignemos aquí las conclusiones siguientes:

1.<sup>a</sup> Que, como es visto, por el primer párrafo del art. 1.976 pierden su *futura* autoridad legal todos los Cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el antiguo Derecho civil de Castilla, *en todas las materias que son objeto del Código.*

2.<sup>a</sup> Que el Código y leyes en él *declaradas subsistentes*, ó aun las que se *consideren* estarlo, sin haber sido objeto de expresa declaración, se aplicarán, *por regla general*, á todas las relaciones civiles *anteriores ó posteriores* á la promulgación de aquél.

3.<sup>a</sup> Que esta aplicación *total*, aunque contenga el Código novedad ó

(1) Art. 3.<sup>o</sup>, cap. 29.<sup>o</sup>, t. I, 2.<sup>a</sup> edic., y advertencia que va al frente de este tomo.

variación respecto de las reglas del Derecho anterior, tendrá lugar *siempre que sus variaciones no perjudiquen derechos adquiridos.*

4.<sup>a</sup> Que, por tanto, se aplicará *todo el Derecho civil anterior*, y no los preceptos del Código, *siempre que las variaciones perjudiquen derechos adquiridos*, ó lo que es lo mismo, que este precepto fundamental sobre la aplicación del Código y del Derecho anterior, ó sea la *base del sistema transitorio*, además de constituir á todo el Código dentro de la *excepción* de su precepto general del art. 3.<sup>o</sup>, que dice: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo *si no dispusiesen lo contrario*», exige, para que proceda la aplicación del Derecho anterior al Código, la concurrencia de estas dos indispensables circunstancias:

*Primera*, que existan *derechos adquiridos.*

*Segunda*, que con la aplicación de las *variaciones* del Código se *perjudiquen estos derechos adquiridos.*

5.<sup>a</sup> El criterio establecido para el *tránsito* de una legislación á otra es el que expresa las disposiciones transitorias y explica la Comisión de Códigos en la *Exposición* de la edición oficial reformada (1).

Dichas disposiciones son de dos clases: unas de índole *general* (2), y otras de aplicación *particular* á determinadas instituciones (3), si bien algunas de aquellas mismas de índole general contienen aplicaciones de carácter particular, como sucede con la segunda, que las hace expresas, á la validez de los testamentos, aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código, cláusulas *ad cautelam*, fideicomisos y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente.

El pensamiento á que obedecen, y de que es expresión fundamental la *primera*, es el de atender al *origen* de los *derechos nacidos*, según una ú otra legislación, por razón de la fecha de los hechos que los han producido y según que ésta sea anterior ó posterior al Código; así es que, aplicado el análisis á este primer precepto transitorio, produce las siguientes distinciones:

*Primera. Derechos nacidos, según la legislación precedente al Código, de hechos realizados antes de la promulgación de éste, y aunque el mismo los regule de otro modo ó no los reconozca.* Se les aplicará la legislación precedente.

Pero debe advertirse que, según revela la *Exposición de motivos* de esta reforma, ha de tratarse de derechos *perfectos*, ó sea ultimados en su creación, y no de *simples expectativas ó esperanzas*, que hagan que la existencia, efectividad ó extensión del derecho se deriven de eventua-

(1) Cuyos pasajes transcribimos antes.

(2) Que son la 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup>, que dejamos transcritas bajo el núm. 36 de este capítulo.

(3) De la 5.<sup>a</sup> á la 12.<sup>a</sup>, ambas inclusive, que estudiamos en los Tratados especiales correspondientes.